

ANA CATHARINA MACHADO NORMANTON

**BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: A ESTATURA DAS
NORMAS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS NO
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Enrique Ricardo Lewandowski

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2021**

ANA CATHARINA MACHADO NORMANTON

**BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: A ESTATURA DAS
NORMAS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS NO
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Titular Doutor Enrique Ricardo Lewandowski.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2020**

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

Normanton, Ana Catharina Machado

Bloco de constitucionalidade: a estatura das normas de direitos humanos e seus efeitos no direito brasileiro ; Ana Catharina Machado Normanton ; orientador Enrique Ricardo Lewandowski -- São Paulo, 2021.

188

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Bloco de constitucionalidade. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 4. Direito Constitucional. I. Lewandowski, Enrique Ricardo, orient. II. Título.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Titular Doutor Enrique Ricardo Lewandowski
(Orientador)

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura _____

Julgamento: _____

Professor (a): _____

Instituição: _____

Assinatura _____

Julgamento: _____

Professor (a): _____

Instituição: _____

Assinatura _____

Julgamento: _____

Professor (a): _____

Instituição: _____

Assinatura _____

Julgamento: _____

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	7
Resumo.....	8
Abstract.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
I. ASPECTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS HUMANOS.....	19
1.1 Introito.....	19
1.2 Conceito, terminologia e fundamentos	19
1.3 Principais características	28
1.4 Classificação quanto às dimensões	37
II. PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS, INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA ESTATAL	45
2.1 A expansão assimétrica do direito internacional e a relação entre o direito internacional e o direito interno.....	45
2.2 A internacionalização dos direitos humanos	48
2.3 Relação entre o direito internacional público e o direito interno e soluções para possíveis conflitos.....	52
2.4 Soberania estatal e direito internacional dos direitos humanos.....	60
III. INCORPORAÇÃO, RECEPÇÃO E HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	74
3.1 A incorporação das normas de direito internacional de direitos humanos no Brasil	74
3.2 Aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil	82
3.3 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito comparado	86
3.4 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.....	89
3.5 A hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e suas consequências	108
IV. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	115
4.1 Origem e evolução	115
4.2 Bloco de constitucionalidade no direito estrangeiro	118
4.2.1 <i>A origem do instituto na França e seus desdobramentos</i>	119
4.2.2 <i>O bloco de constitucionalidade e a autonomia das comunidades na Espanha</i>	123
4.2.3 <i>O caso das normas interpostas na Itália</i>	124
4.2.4 <i>A inovadora contribuição latino-americana para o conceito de bloco de constitucionalidade</i>	126
4.2.5 <i>Bloco de constitucionalidade e common law: os casos dos Estados Unidos e da Inglaterra</i>	132
4.3 Bloco de constitucionalidade no direito brasileiro.....	135
4.3.1 <i>Conteúdo do bloco de constitucionalidade brasileiro</i>	144

4.3.2 <i>Ingresso de normas de direitos humanos no bloco de constitucionalidade e seu eventual egresso</i>	148
4.4 Consequências do reconhecimento do bloco de constitucionalidade.....	150
4.4.1 <i>Ampliação do paradigma para controle de constitucionalidade</i>	151
4.4.2 <i>Alteração na classificação constitucional quanto ao critério sistemático</i>	153
4.4.3 <i>Funções interpretativa e integradora</i>	154
4.5 Influência das normas de direitos humanos no sistema de direitos e garantias da Constituição	154
4.6 Atuação do poder reformador e bloco de constitucionalidade	157
4.7 Harmonização e compatibilidade de normas no bloco de constitucionalidade.....	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus e à minha avó pelo amor infinito, por todo suporte e apoio em minha vida, pelo amoroso respaldo e perseverança de sempre. Ser sua neta me é motivo de imenso orgulho. Agradeço também à toda minha família pelo amor e apoio.

Meus agradecimentos especiais ao orientador, Prof. Dr. Enrique Ricardo Lewandowski, cuja história, trajetória e ensinamentos são de grande admiração e inspiração para mim. Agradeço também ao Prof. Dr. André de Carvalho Ramos por todos os ensinamentos e debates enriquecedores promovidos em suas disciplinas, que contribuíram imensamente na escrita do presente trabalho. Agradeço também à profa. Dra. Flávia Piovesan, por ter despertado minha paixão pelos Direitos Humanos ainda na graduação da Faculdade de Direito, bem como por todos os seus ensinamentos, que tanto me influenciaram na escrita dessa dissertação.

Agradeço à querida Ana Clara Toscano pelo carinho e motivação cotidianos, além das preciosas contribuições acadêmicas. Obrigada pelos inúmeros conselhos e atenciosas revisões. Tê-la em minha vida é uma felicidade ímpar.

Agradeço à Patrícia Gonçalves, pela amizade de décadas e pela revisão atenciosa e detalhada da escrita desta dissertação.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por todo conhecimento transmitido e por todas e todos que tive o prazer de aqui conhecer ao longo dessa trajetória acadêmica, bem como por ser responsável pela construção de quem hoje sou – pessoal, profissional e academicamente.

NORMANTON, Ana Catharina Machado. **Bloco de constitucionalidade: a estatura das normas de direitos humanos e seus efeitos no direito brasileiro**. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como objeto a análise do conteúdo e natureza jurídica do bloco de constitucionalidade, especificamente quanto às normas internacionais de direitos humanos, bem como os seus reflexos na doutrina e na jurisprudência. A pesquisa insere-se no campo dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, ramos do Direito Público voltados à salvaguarda da dignidade humana a partir de um princípio contramajoritário. A perspectiva aqui utilizada, da adoção das normas de tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil enquanto normas integrantes do bloco de constitucionalidade, encontra-se em consonância com a contemporânea bibliografia nacional e estrangeira específicas sobre o tema. O trabalho objetiva, por meio da análise da bibliografia especializada nacional e alienígena, bem como da jurisprudência e do estudo do direito comparado, definir o conceito, o conteúdo e a natureza jurídica do bloco de constitucionalidade brasileiro, bem como seus consequentes reflexos jurídicos. Os materiais objetos de análise da pesquisa são fundamentalmente doutrinários e jurisprudenciais constantes no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como as referências teóricas a respeito do tema produzidas pela teoria do direito ao longo do século XX e início do século XXI. Em termos metodológicos, a pesquisa utiliza-se da análise documental bibliográfica e jurisprudencial. A relevância do tema justifica-se pela importância do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade brasileiro, bem como sua delimitação e consequências para a interpretação e aplicação do direito pátrio. Ademais, verifica-se que ainda é incipiente o debate acadêmico sobre a matéria, necessitando que o seu conceito, natureza jurídica e alcance sejam mais bem delineados. Por encontrar controvérsia na doutrina e na jurisprudência, a questão justifica novos estudos. Trata-se, enfim, de tema ainda pouco explorado na doutrina brasileira sob o pretendido enfoque, embora seja de extraordinária importância prática e com profundos desdobramentos teóricos.

Palavras-chave: Bloco de constitucionalidade. Constitucionalização do Direito. Controle de constitucionalidade. Controle de convencionalidade. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

NORMANTON, Ana Catharina Machado. **Block of Constitutionality: the status of human rights norms and their effects on Brazilian law.** 188 f. Master in Law – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The master dissertation aims at analyzing the content and legal nature of the block of constitutionality, specifically regarding international human rights norms, as well as the reflexes of its adoption in the doctrine and in the judicial precedents. The research is part of Human Rights and Constitutional Law field, branches of Public Law aimed at safeguarding human dignity from a countermajoritarian principle. The perspective of the adoption of the international human rights treaties' standards incorporated by Brazil as constituent norms of the constitutionality block, used to approach the theme, is in line with the contemporary national and foreign bibliography specific on the subject. The objective of this research is to define the concept, content and legal nature of the Brazilian constitutional bloc, as well as its consequent juridical reflexes, through the analysis of the national and alien specialized bibliography, as well as of jurisprudence and the study of comparative law. The materials that of research are fundamentally doctrinal and jurisprudential in the scope of constitutional law and international human rights law, as well as the theoretical references on the theme produced by the theory of law throughout the twentieth century and the beginning of the twenty-first century. In methodological terms, the research uses bibliographic and jurisprudential documentary research methodology. The relevance of this theme is justified by the importance of recognizing the existence of the Brazilian constitutional bloc, as well as its delimitation and consequences for the interpretation and application of the country's law. In addition, it is verified that the academic debate on the subject is still incipient, necessitating that its concept, legal nature and scope be better delineated. The subject finds controversy in the doctrine and in the jurisprudence, what justifies new studies. Finally, it is a topic that has not yet been explored in Brazilian doctrine under the intended focus, although its extraordinary practical importance and profound theoretical developments.

Keywords: Block of constitutionality. Constitutionalization of law. Judicial review. International Human Rights Law.

INTRODUÇÃO

A plena soberania do legislador, presente nos primórdios do Estado de Direito, fruto das revoluções burguesas, vem cedendo espaço à supremacia da Constituição. Com o advento do fenômeno da constitucionalização do Direito, o princípio da legalidade sofreu profunda reconfiguração, passando a ser compreendido não somente como o dever de submissão às leis em sentido formal, mas também obediência à Constituição e ao Direito como um todo,¹ com a prevalência dos direitos humanos e fundamentais. No Brasil, tal força expansiva foi consagrada na Constituição Federal de 1988, por meio da incorporação da teoria do bloco de constitucionalidade, no art. 5º, parágrafo 2º – a também chamada cláusula de abertura.

O conceito jurídico de bloco de constitucionalidade teve início a partir da teoria administrativista francesa do “bloco de legalidade”, fundada com base nas atividades desenvolvidas pelo Conselho do Estado, órgão designado para exercer o controle dos atos administrativos na França.² A teoria sustentava a existência de um conjunto de normas, em um sistema jurídico, a formar um todo normativo de igual nível hierárquico. A ideia de “bloco” diz respeito a um conjunto de coisas consideradas como uma unidade sólida e unificada, que não pode ser dividida.³

¹ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Mestrado em. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 75.

² A França, desde a Revolução Francesa, adota o sistema de jurisdição dual, na qual dois órgãos distintos são capazes de produzir coisa julgada: o Conselho de Estado, que tem competência para julgar as questões jurisdicionais relativas à Administração Pública e o Poder Judiciário, responsável para julgar as demais questões jurisdicionais. O Brasil, porém, adota o sistema de jurisdição una, chamado também de modelo inglês, no qual apenas o Poder Judiciário é capaz de produzir coisa julgada. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que qualquer causa, qualquer litígio, deve ser apreciado pelo Poder Judiciário, consagrando assim a inafastabilidade do Poder Judiciário no tocante à apreciação de controvérsias jurídicas. O Brasil escolher sistema de jurisdição diverso em nada implica na existência do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que sua essência, sua razão de ser não guardam relação com sistemas de jurisdição.

³ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Simposium franco-espanhol de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991, p. 20.

Posteriormente, a teoria foi adaptada para o direito constitucional. Desse ponto de vista, o bloco de constitucionalidade é definido, em síntese, como o conjunto de normas que, juntamente com a constituição positivada de um Estado, formam um bloco normativo de *status* constitucional.⁴ Ainda na França, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, em 1971, do Conselho Constitucional, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Na Espanha, a noção de *bloque de constitucionalidad* emergiu somente nos anos 1980, por meio do Tribunal Constitucional, que consagrou pela primeira vez a expressão na STC 10/1982. No entanto, até hoje o Tribunal Constitucional espanhol ainda não definiu precisamente em que consiste e qual é o conteúdo do bloco de constitucionalidade perante o direito espanhol. De acordo com Rubio Llorente, ministro daquela Corte, isso ocorre porque o bloco de constitucionalidade é entendido em algumas ocasiões como conjunto concreto de normas aplicadas ao caso fático, ao passo que em outras situações é considerado como o rol de todas as normas que prevalecem sobre o restante das leis.⁵

A partir da Espanha, a teoria se difundiu para a América Latina através da doutrina e da jurisprudência. Porém, houve esforço para que a influência europeia não se caracterizasse como simples importação nos países latino-americanos. Buscou-se adaptar a teoria às necessidades e condições do direito constitucional desses países, nos âmbitos regional e nacional. A principal adaptação foi a adoção de normas internacionais ao bloco de constitucionalidade: se na Europa o conceito de bloco se referia primordialmente a um conjunto de normas domésticas usadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade, na América Latina as normas integrantes do bloco de constitucionalidade, juntamente com as Constituições, são as de origem internacional, essencialmente as normas presentes nos instrumentos de direitos humanos.⁶ A Constituição argentina, por exemplo, a partir da reforma constitucional de 1994, passou a atribuir hierarquia constitucional expressa a diversos tratados e declarações de direitos humanos.

⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila. MORAES, Ismael Evangelista Benevides. *Direito constitucional*. 2 ed. Fortaleza: LCR, 2008, p. 25.

⁵ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*, op. cit., p. 97.

⁶ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latino-americano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FIX-FIERRO, Héctor Felipe (Org.). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. Cidade do México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 308.

Assim, o bloco de constitucionalidade contemporaneamente, sobretudo na América Latina, visa a cumprir duas funções principais:⁷ 1) resolver a questão de hierarquia interna dos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo um mecanismo horizontal de harmonização entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos; 2) consolidar o uso do direito internacional como reforço aos compromissos dos Estados em matérias de direitos humanos.

No Brasil, como referido, a defesa da existência de um bloco de constitucionalidade é baseada, desde a promulgação da Constituição de 1988, em seu art. 5º, §2º, no qual se consagra que os direitos e garantias fundamentais expressos no texto 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. Tal norma corrobora a escolha constitucional em prol do reconhecimento da força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro. Em razão dessa escolha, os direitos e as garantias fundamentais não correspondem somente àqueles que constam expressamente na Constituição, mas também àqueles que hermeneuticamente decorrem do regime democrático adotado e das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Todavia, a controvérsia consiste em saber se as normas internacionais de direitos humanos presentes nos tratados dos quais o Brasil é signatário, apesar de não estarem previstas no texto constitucional, possuem ou não status de normas constitucionais. É sabido que todas as leis e atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição, ou seja, a ela subordinados formal, procedimental e substancialmente. Porém, a questão que se coloca é sobre qual escalão normativo deve se estabelecer para o controle de conformidade das leis e de atos normativos em matérias de direitos humanos e fundamentais.

As respostas a essa questão se dividem fundamentalmente em duas posições: 1) o parâmetro constitucional equivale à Constituição escrita; 2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, o que envolve o bloco de constitucionalidade e, assim, o juízo de legitimidade constitucional das leis e atos normativos deve ser feito não apenas segundo as normas positivadas na Constituição, mas também segundo normas que, apesar de não estarem positivadas no texto da Constituição, integram a ordem constitucional global, ou seja, o chamado bloco de constitucionalidade.

⁷ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana*, op. cit., p. 308-309.

De acordo com a segunda posição, os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil subscreve compõem o rol de direitos consagrados constitucionalmente.⁸ Além disso, é importante lembrar que a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, graças à força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos orientadores da compreensão do fenômeno constitucional, nos levam para a mesma conclusão acerca do status de norma constitucional que possuem os direitos internacionais.

O constitucionalista português Canotilho bem ensina que o programa normativo-constitucional não pode se reduzir de forma positivista ao texto – aqui entendido como o conteúdo redigido, literalmente escrito – da Constituição. Para extrair o verdadeiro conteúdo constitucional, com todo seu sentido e alcance, é preciso densificar em profundidade as normas e os princípios constitucionais, alargando assim o chamado bloco de constitucionalidade.⁹ Neste sentido, os direitos internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade.

Os tratados internacionais de direitos humanos possuem privilégio na Constituição Federal em razão de seu caráter especial, o que os tornam distintos dos tratados internacionais comuns. Enquanto os demais tratados buscam equilíbrio e reciprocidade nas relações entre Estados, os de direitos humanos vão além de compromissos recíprocos entre países. Eles buscam proteger os direitos humanos – direitos e garantias dos indivíduos que estão sob sua jurisdição; direitos dos administrados, em face do Estado e obrigações deste perante aqueles.

Essa posição, porém, está longe de ser pacífica na doutrina e na jurisprudência. Há outras três correntes a respeito da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, quais sejam: 1) tais tratados possuiriam hierarquia supraconstitucional; 2) tais tratados possuiriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 3) tais tratados possuiriam o mesmo grau hierárquico que as leis federais.

A fim de responder à polêmica controversia doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu um terceiro parágrafo ao artigo 5º da Constituição

⁸ Sendo que enquanto os demais tratados internacionais possuem status de normas infraconstitucionais supraleais (estão hierarquicamente acima das leis, porém, abaixo da Constituição) – em razão da redação do artigo 102, III, b, da Constituição, que se refere à declaração de *inconstitucionalidade* de tratado ou lei federal, as normas presentes em tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia de norma constitucional.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 982.

Federal, expressamente dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre, porém, como veremos nesta dissertação, que tal emenda gera delicado problema para a temática dos direitos humanos e sua garantia: deixa a critério do Congresso Nacional a escolha se os tratados internacionais de direitos humanos terão ou não status de norma constitucional. Isso é um tanto quanto prejudicial, porque sabemos que na prática alguns desses tratados serão aprovados de acordo com o procedimento previsto no artigo parágrafo 3º do artigo 5º e, portanto, adquirirão status de norma constitucional; outros, porém, não serão aprovados de acordo com o referido quórum, de modo que para o aludido dispositivo não terão, portanto, status de norma constitucional. Ora, essa disparidade cria uma hierarquia entre os próprios tratados de direitos humanos que não é real. Significa conceber que certos tratados de direitos humanos são mais importantes que outros, o que além de ser uma contradição teórica, leva a nefastas consequências práticas, como, por exemplo, deixar determinados grupos vulneráveis, sem as mesmas garantias jurídicas que outros.

Conforme afirma Flávia Piovesan, seria muito mais adequado e correto que a redação do parágrafo 3º do artigo 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, assim como faz o texto argentino,¹⁰ sem discriminação entre os mesmos em razão do quórum que cada um foi aprovado. Assim, questiona-se se a possível discriminação presente no parágrafo 3º seria contrária à própria Constituição como um todo.

Até 2008, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que as normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos possuíam a mesma hierarquia que as leis federais.¹¹ Em 2008 houve mudança de entendimento acerca do tema perante a Corte; no RE 466.343, o órgão estendeu a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com base no artigo 7º, §7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, permitindo a prisão por dívida apenas na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Sob esse novo entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir regime especial

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2018a.

¹¹ HC 72.131-RJ, em 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.05.1998; ADI 1480-3-DF, 04.09.1997; RE 243.613, 27.04.1999.

e diferenciado aos tratados de direitos humanos, diferente do regime jurídico aplicável aos demais tratados. O órgão divergiu, porém, quanto à hierarquia que deve ser atribuída aos tratados de direitos humanos, dividido entre a tese da suprallegalidade e a tese da constitucionalidade. Na divergência, foi majoritária a tese da *suprallegalidade*,¹² que não favoreceu a doutrina do bloco constitucional.

A existência do bloco de constitucionalidade implica importantes consequências teóricas e práticas perante o ordenamento jurídico brasileiro. A mais importante delas é a influência do referido bloco no controle de constitucionalidade, que encontra fundamentação jurídica no próprio conceito de Constituição, compreendida como norma suprema, fruto da vontade de um povo e que, por essa razão, é colocada em nível hierárquico superior a todas as outras normas daquele ordenamento jurídico, de maneira que estabelece o parâmetro de validade de todas as outras normas. Nesse sentido, os mecanismos de proteção do texto constitucional respondem à necessidade de proteger a ordem constitucional de possíveis violações decorrentes da edição ou omissão no dever de editar normas a ela hierarquicamente inferiores.

Conforme aprofundaremos nesta dissertação, a inclusão de normas internacionais de direitos humanos no bloco de constitucionalidade tem três efeitos jurídicos teóricos e práticos fundamentais¹³: 1) a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a legislação interna; 2) o reconhecimento dos tratados de direitos humanos como parâmetros de constitucionalidade, juntamente com as normas constitucionais nacionais, de maneira que um conflito entre tais normas e uma lei interna pode resultar em uma declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão; 3) os direitos internacionalmente protegidos pelos tratados de direitos humanos podem ser invocados por meio de ações judiciais nacionais destinadas a tutelar direitos constitucionais. Nesse sentido, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode, por exemplo, ser declarada não somente a partir da sua inadequação à Constituição tal como positivada, mas também a partir do conjunto de normas materialmente constitucionais.¹⁴

A constitucionalização dos tratados de direitos humanos tem tido significativo e relevante impacto na operação interna do Direito, porque contribui decisivamente para uma aplicação mais eficaz dos estandartes e de normas internacionais na atuação interna dos

¹² Foram vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Eros Grau e a ministra Ellen Gracie.

¹³ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana, op. cit, p. 301.

¹⁴ LIMA, Francisco Gerson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista opinião jurídica*, n. 3, ano II, Fortaleza, 2004, p. 104.

Estados em diversas temáticas de direitos humanos, tais como tortura, desaparecimento forçado, direitos das mulheres, crimes contra a humanidade, direitos dos povos indígenas e afrodescendentes, entre outros.

Portanto, o tema tem fundamental relevância jurídica e social, tendo em vista que o reconhecimento e a aplicação do bloco de constitucionalidade têm alto potencial de contribuir para a efetivação da garantia e promoção dos direitos humanos no Brasil (na forma de inclusão social). O reconhecimento do bloco de constitucionalidade permite que as normas internacionais de Direitos Humanos sejam usadas como parâmetro de controle de constitucionalidade, de maneira que o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo devem observá-las, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidades por ação ou omissão. Assim, o bloco de constitucionalidade é um conceito de fundamental instrumentalização para a garantia jurídica dos direitos humanos no país.

Ademais, se os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário possuem eficácia de normas constitucionais e eficácia imediata no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da escolha constitucional de lhes dar o status de normas materialmente constitucionais nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do artigo 5º da Constituição Federal, essa escolha constitucional acerca de sua eficácia pode ter importantes consequências jurídicas. Em primeiro lugar, o Estado não poderia se desobrigar de tais tratados perante mero ato de denúncia e, mesmo se o fizesse, suas normas já teriam sofrido processo de internalização tão forte que, por já terem se constituído como parte do bloco constitucional, permaneceriam em vigor no ordenamento jurídico interno. Em seguida, por elas integrarem o bloco de constitucionalidade, o Estado deveria observá-las para além de meros princípios, as encarando como deveres constitucionais de direitos humanos que devem obrigatoriamente ser respeitados por meio de prestações tanto positivas, quanto negativas.

Assim, a partir das problematizações que envolvem o tema, o presente trabalho pretende verificar a existência do chamado bloco de constitucionalidade, ou seja, a existência de normas possuidoras de status normativo e natureza jurídica constitucionais, apesar de não estarem presentes no texto da Constituição; bem como entender qual é seu conteúdo e quais são seus principais desdobramentos.

O objetivo principal do trabalho é conceituar o bloco de constitucionalidade brasileiro, tendo em vista o direito pátrio, e a partir disso, descobrir quais tipos de normas o compõe e quais são suas consequências teóricas e práticas em relação às normas constantes nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados internamente.

Ademais, buscar-se-á identificar as lacunas científico-doutrinárias acerca do tema dos blocos de constitucionalidade tanto no direito estrangeiro, como no direito brasileiro; analisar as possibilidades e dificuldades em encontrar um conceito unificado acerca do bloco de constitucionalidade e seu conteúdo; comparar os conceitos de bloco de constitucionalidade com base no direito brasileiro, determinados países europeus e latino-americanos em que se vislumbra a existência do bloco; investigar se, apesar da heterogeneidade da caracterização do bloco em cada ordenamento nacional, é possível estabelecer características comuns de um bloco de constitucionalidade latino americano, tendo em vista as peculiaridades do direito constitucional da região; conceituar o bloco de constitucionalidade no direito brasileiro e analisar seu conteúdo, bem como suas principais características e consequências jurídicas relacionadas às normas de direitos humanos.

O trabalho também pretende enfrentar críticas importantes à posição que intenta defender, como é o caso da alegação de uma suposta inflação constitucional a depender do conceito de bloco de constitucionalidade que seja adotado, causando certo nível de incerteza acerca do conteúdo constitucional. Nesse sentido, pretende-se investigar qual deve ser o critério para classificar tratados como tendo natureza constitucional ou não, bem como quais normas efetivamente integram o referido bloco.

O tema da teoria do bloco de constitucionalidade foi pouco estudado até o momento pela doutrina nacional, de maneira que as principais doutrinas de direito constitucional mencionam o tema de maneira breve, *en passant*. Há poucos trabalhos científicos que se debruçam especificamente sobre a questão, ou mesmo que tratem sobre o assunto de maneira reflexa. Por isso, há uma problemática vagueza conceitual no que se refere ao bloco de constitucionalidade brasileiro e a quais tipos de normas o compõem – o que justifica novos trabalhos sobre o tema. O assunto é de considerável importância científica, pois busca suprir importante lacuna presente na ciência jurídica nacional e até mesmo estrangeira, tendo em vista as insuficiências teóricas dos estudos até presente o momento. Enfim, trata-se de tema ainda pouco explorado na doutrina brasileira e internacional, mas de extraordinária importância prática para a ordem constitucional brasileira, com profundos desdobramentos teóricos.

I. ASPECTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Introito

O presente capítulo tem por objetivo abordar conceitos, bases e premissas teóricas que serão desenvolvidos ao longo do trabalho a respeito do bloco de constitucionalidade brasileiro e sua relação com os direitos humanos. Para tanto, é preciso analisar o conceito de direitos humanos, sua terminologia e seus fundamentos, bem como diferenciá-los dos direitos fundamentais, além de abordar suas principais características, classificações, o fenômeno de sua internacionalização e suas principais fontes.

1.2 Conceito, terminologia e fundamentos

O conceito e a definição de direitos humanos, por sua dificuldade de conceituação, apresentam uma pluralidade de significados e compreensões. Para o jurista espanhol Perez Luño, há três espécies de definições sobre direitos humanos.¹⁵ A primeira é a *definição tautológica*, que não ancora nenhum elemento novo apto a caracterizar tais direitos, a exemplo da conceituação de direitos humanos como aqueles que correspondem ao ser humano em razão de sua própria humanidade – o que pode soar redundante, pois de maneira geral, todos os direitos titularizados pelos indivíduos ou por suas emanções (pessoas jurídicas) decorrem de sua condição de seres humanos, capazes de serem titulares de direitos. A segunda espécie é a *definição formal*, que, ao não especificar o conteúdo dos direitos humanos, limita-se a indicar as peculiaridades de seu regime jurídico especial, definindo-os como aqueles direitos marcados pelas características da universalidade e indisponibilidade, que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e mulheres. A terceira é a *definição*

¹⁵ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22.

finalística/teleológica, a qual se assenta no objetivo ou na finalidade de certos direitos para definir o conjunto de direitos humanos, como a definição que conceitua direitos humanos enquanto aqueles essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana, sem os quais não é possível existir, ou se desenvolver, e participar plenamente da vida em coletividade.¹⁶

Assim, a fim de compatibilizar a inevitável evolução histórica desses direitos, bem como suas dimensões axiológicas e normativas, com a necessidade de definição de seu conteúdo, Perez Luño conceitua os direitos humanos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas – as quais devem ser positivamente reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional.¹⁷ Sob essa mesma lógica, pode-se conceituar os direitos humanos como aqueles protegidos pela ordem internacional enquanto *standards* mínimos de proteção (notadamente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais – que podem e devem ser incorporados em âmbito doméstico) e indispensáveis a uma vida com dignidade, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nessa linha, os direitos humanos representam valores essenciais, explícita ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais, que têm em comum quatro marcas distintivas:¹⁸ 1) a universalidade: os direitos humanos são de todos, de forma que se combate a visão estamental de odiosos privilégios conferidos a uma casta de indivíduos superiores; 2) a essencialidade: os direitos humanos representam valores indispensáveis e essenciais à vida humana digna; 3) a superioridade normativa (preferenciabilidade): os direitos humanos ocupam uma posição de prioridade no sistema jurídico; 4) e a reciprocidade: esses são direitos que unem toda a humanidade, tanto na titularidade, quanto na sujeição passiva, pois essa envolve não só o Estados, mas também a coletividade como um todo.

Também é de suma importância o estudo da terminologia dos direitos humanos, com a conseqüente análise comparativa entre a nomenclatura dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Apesar de muitas vezes serem utilizados como sinônimos e de maneira indistinta – até mesmo por Constituições e tratados internacionais –, é preciso analisar se os termos “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” possuem o mesmo significado ou sentidos distintos. Conforme aponta

¹⁶ Nesse sentido, é a conceituação do professor Dallari. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7)

¹⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, op. cit., p. 48.

¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019a, p. 30.

Carvalho Ramos, essa imprecisão terminológica é resultado da evolução da proteção de certos direitos essenciais da pessoa, razão pela qual a nomenclatura foi se alterando a partir das reconfigurações de sua delimitação e fundamento.¹⁹

A expressão “direito natural” traduz nomenclatura vinculada ao jusnaturalismo, a indicar direitos que seriam inerentes à própria natureza da pessoa. Todavia, essa terminologia se encontra superada diante do reconhecimento da característica de historicidade dos direitos, uma vez que os direitos são historicamente conquistados. Da mesma forma, o termo “direitos do homem” também possui origem jusnaturalista de proteção de determinados direitos do indivíduo, sobretudo no contexto histórico da Revolução Francesa, diante do Estado autocrático europeu. Ainda é marcante o caráter sexista da expressão, a qual pode indicar preterição dos direitos da mulher,²⁰ de maneira que é mais adequada a formulação “direitos da pessoa”. De toda forma, assim como o termo “direito natural”, em razão de seu caráter jusnaturalista e tautológico tal designação encontra-se superada.

Destarte, o que mais nos interessa são as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, as mais utilizadas contemporaneamente e de uso corrente no século XXI. Nesse sentido, majoritariamente a doutrina distingue os direitos humanos como aqueles estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto os direitos fundamentais são os reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional dos Estados.²¹ Em outras palavras, a distinção que prevalece leva em conta o plano de positivação: os direitos humanos são positivados no plano internacional e os direitos fundamentais no plano interno – mais precisamente no plano constitucional – dos Estados soberanos²²; mesmo assim, ambos os tipos se tratam de direitos essenciais aos seres humanos.

Todavia, André de Carvalho Ramos questiona a referida distinção, por entender que a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com essa diferenciação, já que nos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos, e os Estados podem ser cobrados pelo

¹⁹ Idem, *ibid.*, p. 52.

²⁰ Por essa razão, em 1791, Olympe de Gouges escreveu sua obra *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, a reivindicar os direitos individuais das mulheres.

²¹ Por todos: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46-47 e SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309.

²² Nessa perspectiva, conforme afirma Pedro Cruz Villalon, os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições (VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional nº 25, año nº 9, 1989, p. 35-62, p. 41-42).

descumprimento de tais normas. A definição antes mencionada tampouco se sustentaria em razão do processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno no âmbito dos direitos humanos; e pelo fato de vários dos direitos previstos nacionalmente estarem também previstos internacionalmente, de maneira que os direitos fundamentais espelhariam os direitos humanos.²³

Ainda segundo Ramos, se a separação entre direitos humanos e direitos fundamentais em função de sua origem perderia a importância, por outro lado, a referida distinção ganharia relevância tão somente para realçar diferenças de interpretação, de modo que os direitos humanos, por sua carga universalista, devem ser aplicados internamente de acordo com a interpretação internacionalista – e não nacionalista, a fim de não desvirtuar a própria essência universal de tais direitos, transformando-os em direitos locais.²⁴

Apesar de concordarmos com que os direitos humanos devam ser interpretados sob uma ótica internacionalista, entendemos que, conforme posição prevalente na doutrina, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, apesar de sua habitual utilização de maneira indistinta, possuem diferentes significados. Desse modo, aderimos à posição de que o critério mais acertado para determinar a diferenciação entre ambas as espécies é o da positivação.

Nos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, os direitos previstos em tratados também podem ser exigidos internamente, mas isso não tem o condão de eliminar a distinção entre os direitos humanos e os fundamentais, pois suas origens e fontes permanecem distintas. Da mesma maneira, o processo de aproximação entre o Direito Internacional e o Direito interno, bem como o fato de diversos direitos se encontrarem ao mesmo tempo previstos internacional e internamente não implicam descartar a referida diferença, já que os direitos humanos e os fundamentais continuam a se originar de fontes distintas – mesmo que venham a coexistir, como veremos. Ainda, não necessariamente os direitos fundamentais espelham os direitos humanos, pois podem ser positivados de forma distinta, o que pode gerar inclusive possíveis antinomias, como será analisado no Capítulo IV.

Contudo, conforme sinaliza Sarlet, reconhecer a diferença entre os direitos humanos e direitos fundamentais não significa desconsiderar a íntima relação entre ambas as espécies, inclusive porque o que se nota é um verdadeiro processo de aproximação e harmonização

²³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 53-54.

²⁴ Idem. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2019b, p. 47-48.

entre elas²⁵ – consequência dos fenômenos recíprocos de internacionalização dos direitos fundamentais e constitucionalização dos direitos humanos, os quais serão analisados mais adiante no presente estudo.

Fato é que após a Segunda Grande Guerra, ao mesmo tempo que se observa o fenômeno da positivação de direitos essenciais à vida digna em tratados internacionais de direitos humanos, a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como em diversos documentos internacionais e regionais de direitos humanos que a sucederam. Dessa forma, verifica-se a positivação de direitos essenciais ao ser humano, no mesmo contexto histórico, tanto em fontes do direito internacional, quanto em fontes do direito constitucional. Portanto, os direitos fundamentais e os direitos humanos são concorrentes e complementares; porém, não se pode negar que eles correspondem a esferas distintas de positivação.

Ademais, nota-se que a própria Constituição brasileira de 1988 adota a distinção terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Pela primeira vez, ela utiliza o termo “direitos e garantias fundamentais” para se referir aos direitos constitucionais. E reporta-se à noção de direitos humanos no contexto de sua positivação em tratados de direito internacional público (art. 5º, §§2º e 3º); para estabelecer que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); e ao tratar sobre incidente de deslocamento da competência para a justiça federal em razão de graves violações de direitos humanos (art. 109, §5º).

Em contrapartida, a prova da aproximação entre direitos humanos e direitos fundamentais é que a própria Constituição da República, a partir da cláusula de abertura prevista em seu art. 5º, §2º, acolhe os direitos presentes nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, enquanto pertencentes ao bloco de constitucionalidade – tema central do presente estudo.

Em consequência disso, nasce uma *terceira terminologia*: os direitos humanos-fundamentais, conceituados como aqueles direitos originariamente previstos em tratados internacionais de direitos humanos que, a partir de sua incorporação ao ordenamento interno – e, conseqüentemente, ao bloco de constitucionalidade brasileiro –, passam a ser *também* direitos constitucionais e, portanto, direitos fundamentais. Por essa razão, os tais direitos são, ao mesmo tempo, direitos humanos e direitos fundamentais, a justificar a terminologia direitos humanos-fundamentais. Quanto a eles, o estudo de suas características e

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 310.

consequências será realizado nos Capítulos III e IV do presente trabalho.

Indo além, quanto ao *fundamento* dos direitos humanos, em síntese, quatro posições disputam o tema: a negacionista, a jusnaturalista, a positivista e a fundamentação moral.²⁶ Para os chamados negacionistas, a fundamentação dos direitos humanos é impossível ou até mesmo perigosa.²⁷ Nessa perspectiva, para Bobbio, a fundamentação absoluta dos direitos humanos é impossível, primeiramente, porque há divergência inclusive quanto à definição do que seriam os direitos humanos; além disso, os direitos humanos constituem uma classe de direitos variável, considerando a evolução histórica de seu rol,²⁸ de maneira que cada contexto histórico possuiria sua própria “fundamentação”.²⁹ Segundo o jurista italiano, os direitos humanos compõem uma categoria heterogênea, o que dificultaria a identificação de um fundamento único e absoluto, até mesmo a fim de não se impedir a evolução do rol desses direitos.³⁰

Todavia, a busca dos fundamentos para o reconhecimento dos direitos humanos é de suma importância para espantar qualquer dúvida sobre a existência destes. Nesse sentido, conforme aponta Perelman, a busca de um fundamento supõe uma dúvida, um desacordo, quanto à existência, à verdade ou ao caráter obrigatório de uma realidade, de uma proposição ou de uma norma.³¹ Assim, a importância da realização dos fundamentos dos direitos humanos decorre da necessidade de afirmação de sua existência e da busca por sua efetividade.

Nessa linha, a fundamentação dos direitos humanos é significativa na relação entre estes e direito posto, pois se os direitos humanos são aqueles reconhecidos pelo Estado, indaga-se o que fazer quando não existe esse prévio estabelecimento. Carvalho Ramos aponta que a resposta está no referencial ético que justifica a posição de superioridade dos direitos humanos no ordenamento jurídico, capazes até mesmo de se sobreporem à ausência de reconhecimento explícito por parte do Estado.³²

O fundamento jusnaturalista deriva do pensamento jurídico-filosófico que defende a existência de normas universalmente válidas e imutáveis, preexistentes a qualquer forma de direito positivo, ou seja, a existência de um conjunto de normas vinculantes anterior e

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 51 e ss.

²⁷ Idem, *ibid.*, p. 51.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 19.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 52.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., p. 22.

³¹ PERELMAN, Chaïm. É possível fundamentar os direitos do homem. In: *Ética e o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 393.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 53.

superior ao direito posto. No âmbito dos direitos humanos, conforme bem recorda Carvalho Ramos³³, a primeira manifestação de uma perspectiva jusnaturalista remonta à Antiguidade, representada na peça de teatro *Antígona* de Sófocles (421 a.C.), na qual Antígona, personagem principal da peça, se recusa a obedecer às ordens do rei, afirmando que as leis dos homens não podem sobrepor-se às leis eternas dos deuses. Posteriormente, na Idade Média, o jusnaturalismo é encontrado na filosofia de São Tomás de Aquino, que defendia que as leis criadas pelas sociedades deveriam obedecer à *lex naturalis*, fruto da razão divina.³⁴

Na Idade Moderna, por sua vez, o jusnaturalismo se divorcia da religião, e nota-se o surgimento de um jusnaturalismo antropocêntrico, pautado na razão e na laicidade. Nesse sentido, Hugo Grócio, considerado um dos fundadores do Direito Internacional e precursor da teoria do direito natural moderno, no século XVI, entendia haver um conjunto de normas ideais decorrentes da razão humana, de maneira que as leis positivas só seriam válidas se compatíveis com os preceitos do direito natural.³⁵ Mais tarde, nos séculos XVII e XVIII, os iluministas John Locke e Jean-Jacques Rousseau fundam o jusnaturalismo contratualista, marcado pela prevalência dos direitos dos indivíduos em face do Estado, fundada em um contrato social que tem como fundamento a proteção desses direitos – anteriores ao Estado e ao contrato social – e limita o arbítrio do Estado.³⁶

Nessa quadra, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece expressamente em seu artigo 2º que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis de todo ser humano. Disso, conclui-se que a ideia central do jusnaturalismo – seja ele fundado na razão divina ou na razão humana – está na constatação de que o ser humano é titular de direitos naturais, inerentemente decorrentes da sua condição humana, que devem ser assegurados pelo Estado, mesmo diante da ausência ou no caso de contrariedade de leis estatais.

O fundamento jusnaturalista dos direitos humanos influenciou, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual afirma, inspirada em Locke,³⁷ que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Na mesma linha, a Declaração de Viena de 1993 dispõe, em seu parágrafo 1º da Parte I, que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos *naturais* de todos os seres humanos.

³³ Idem. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 84.

³⁴ Idem, *ibidem*.

³⁵ Idem. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 84.

³⁶ Idem, *ibidem*.

³⁷ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 139.

Contudo, contemporaneamente o jusnaturalismo resta enfraquecido, em razão da falta de comprovação de direitos inerentes à natureza do ser humano, bem como pela vagueza quanto à origem dos direitos naturais. Nessa linha, o que se observa é a existência de distintos conteúdos acerca dos direitos humanos, a depender dos valores de cada contexto histórico, e a revelar seu caráter de historicidade. Em outras palavras os direitos humanos são, em verdade, direitos conquistados – e não brindados em razão da natureza humana.

Por essa razão, apesar de salutar e acertada a decisão do Ministro Celso de Mello, na ADI 595/ES, pelo reconhecimento da existência de um bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, diferentemente do afirmado na decisão do eminente Ministro, o bloco constitucional brasileiro não é composto por valores de direito natural, mas sim pelo conjunto de normas elencado no art. 5º, §2º da CRFB – dentre outras normas, conforme estudaremos no Capítulo IV. Ademais, como vimos, a ideia de normas fundadas no direito natural resta superada pelo caráter de historicidade dos direitos humanos (e fundamentais), que afasta a fundamentação jusnaturalista.

A fundamentação positivista dos direitos humanos, por sua vez, tem origem na consolidação do Estado constitucional – fruto das revoluções liberais oitocentistas –, que inseriu os direitos humanos, tidos até então como naturais, no corpo das Constituições e das leis.³⁸ Tais direitos passaram a ser considerados direitos positivados e, a partir de sua positivação no bojo das Constituições, tornaram-se direitos fundamentais. Nessa linha, para a Escola Positivista do século XIX, o fundamento dos direitos humanos reside na existência da norma posta, positivada, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as normas estabelecidas na Constituição. De tal modo, os direitos humanos justificam-se em sua validade formal e por sua previsão e reconhecimento no ordenamento positivo.

Contudo, as barbáries e as intensas violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Grande Guerra por parte de regimes autoritários e totalitaristas demonstraram o risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista. O perigo é visível, pois se testemunhou que a existência de normas locais, domésticas (ainda que constitucionais) não bastam, por si só, para proteger direitos humanos e/ou direitos fundamentais. Nesse sentido, o exemplo do nazismo e do fascismo demonstrou a insuficiência da exclusiva fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos, revelando-se uma tragédia anunciada. Nas palavras de Carvalho Ramos, a história da positivação nacional dos direitos humanos é um processo inacabado,³⁹ em que a imperfeição

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 88.

³⁹ Idem, *ibidem*.

das normas estatais de proteção aos direitos humanos revela a manutenção de injustiças. Assim, conforme sinaliza Comparato, a validade dos direitos humanos deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, de modo que a importância dos direitos humanos é tanto maior quanto mais louco ou celerado for o Estado.⁴⁰

Por essa razão, no contexto do pós-Segunda-Guerra, a internacionalização dos direitos humanos, ou seja, sua positivação em âmbito internacional, obteve a força necessária para se expandir. Assim, a partir de então, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou uma positivação internacionalista, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados. Tal mudança impactou diretamente as sociedades locais e garantiu mais uma forma de proteção aos indivíduos e coletividades, de maneira que se a proteção estatal falhar, é possível socorrer-se das normas internacionais em órgãos internacionais competentes para apreciar violações de direitos humanos.

As diferentes teorias que buscam fundamentar os direitos humanos, até aqui explanadas, foram identificadas por Bobbio, que observou que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares e finalmente encontram a plena realização como direitos positivos universais,⁴¹ ou seja, positivados em normas internacionais de direitos humanos.

Por fim, a fundamentação moral dos direitos humanos está relacionada ao pós-positivismo⁴², movimento que, em contraposição ao positivismo, retoma a relação entre Direito e Moral, sem, contudo, alicerçar-se em teorias jusnaturalistas.⁴³ Nessa quadra, para

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *Revista Consulex*, v. 48, dez. 2000, p. 43.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30.

⁴² Apesar de comumente utilizarem-se as terminologias “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo” como sinônimas, o presente trabalho optou, ao tratar da fundamentação dos direitos humanos, pelo termo “pós-positivismo”, por utilizá-lo no contexto da temática dos Direitos Humanos e não do Direito Constitucional. Para fins do presente estudo, distinguem-se, então, as referidas terminologias da seguinte maneira: por um lado, o pós-positivismo tem pretensão de universalidade, pretendendo desempenhar o papel de verdadeira Teoria Geral do Direito, aplicável a qualquer tipo de Estado. Ele não foi, então, desenvolvido para um modelo específico de Estado ou de Constituição. Por outro lado, o neoconstitucionalismo tem pretensões mais específicas, voltadas sobretudo ao Direito Constitucional.

⁴³ Para o jusnaturalismo, a vinculação entre Direito e Moral decorre de uma *subordinação* do primeiro ao campo moral, de maneira que as normas jurídicas contrárias às normas morais são consideradas inválidas. Diferentemente, para o pós-positivismo, inexistente a referida subordinação: as exigências morais, que restringem a competência dos agentes normativos, *integram o próprio sistema normativo vigente*; ou seja, as exigências morais são também jurídicas, porque fazem parte do sistema deontológico. Nesse sentido, os princípios são assumidos pelo pós-positivismo como positivados, expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, possuindo natureza jurídica de normas, ao lado das regras. Há, assim, uma pressuposição de que o ordenamento jurídico incorpora uma ordem objetiva de valores – ou seja, a moral que se relaciona com o Direito não é a moral subjetiva do intérprete, mas sim a chamada *moral consensada*, adotada pelo sistema normativo. Portanto, para o pós-positivismo, a moral crítica é externa ao Direito, mas inerente a ele – um parâmetro para avaliar a validade das normas editadas, bem como para conduzir a elaboração e a aplicação de normas abstratas e a edição de normas concretas.

Dworkin, um dos maiores expoentes dessa teoria, os direitos morais são o conjunto de direitos subjetivos originados diretamente de valores contidos em princípios, independentemente da existência de prévias regras postas.⁴⁴ Assim, os direitos humanos podem ser considerados direitos morais, os quais, ainda que não se encontrem expressamente positivados, decorrem diretamente dos valores morais da coletividade humana, representados por meio de princípios. Princípios são, para Dworkin, exigências de justiça, de equidade ou de outra dimensão da moral.⁴⁵ Portanto, os direitos humanos podem ser definidos como direitos morais, isso é, como exigências éticas ancoradas em princípios integrantes do ordenamento jurídico.

Assim, sem desprezar ou negar a fundamentação alçada na positivação dos direitos humanos, sobretudo no âmbito do direito internacional, há que se reconhecer, concomitantemente, a fundamentação ética dos direitos humanos, caracterizada pelo reconhecimento de condições imprescindíveis para uma vida digna – essas, qualificadas como verdadeiro princípio vetor do ordenamento jurídico. Desse modo, as necessidades humanas para a existência digna são razões justificatórias e argumentativas para que se possa incidir o regramento jurídico especial do conjunto de direitos humanos.⁴⁶

Em outras palavras, a fundamentação dos direitos humanos como direitos morais, representada por meio de princípios – os quais, por sua vez, são dotados de natureza de normas jurídicas –, busca a conciliação entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas ou valores morais e os direitos humanos entendidos como direitos positivados.⁴⁷

1.3 Principais características

Os direitos humanos possuem características próprias. O estudo desses especiais atributos é salutar para a compreensão da matéria como um todo e, como não poderia deixar de ser, para a relação entre bloco de constitucionalidade e normas de direitos humanos. Por essa razão, no presente tópico, sem a pretensão de esgotar a temática, examinaremos as principais características das normas de direitos humanos.

Primeiramente, os direitos humanos possuem como características a *universalidade* e a *inerência*, ambas reciprocamente interligadas. Quanto à universalidade, note-se que tais

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 209.

⁴⁵ Idem. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 90.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 58.

⁴⁷ FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984, p. 103.

direitos são conferidos a todos os seres humanos, independentemente de qualquer outra qualidade adicional, como nacionalidade ou orientação política, entre outras. Assim, a marca da universalidade se relaciona com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, tendo em vista que até então, os direitos essenciais à vida humana digna dependiam exclusivamente da positivação e proteção interna dos Estados.

Após as atrocidades ocorridas no contexto da Segunda Grande Guerra, criou-se internacionalmente o consenso no sentido de que a proteção dos direitos humanos não pode ser tida como parte do domínio reservado e exclusivo dos Estados, porque as falhas na proteção interna deram azo aos horrores do nazifascismo, vislumbrando-se a necessidade de a proteção dos direitos humanos ter pretensões universais.

O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 enuncia que *todos* os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos; portanto, os direitos humanos são conferidos a todos os indivíduos – e não somente a determinados grupos ou a depender de certas condições. Ainda, ao mencionar que todos os seres humanos *nascem* livres e iguais em dignidade e direitos, o art. 1º da DUDH também expressa que os referidos direitos são inerentes a toda a espécie humana, ou seja, em razão da própria condição humana.

Em continuidade, os direitos humanos apresentam também a característica da indivisibilidade, a qual significa que cada um dos direitos humanos possui a mesma proteção jurídica, uma vez que são todos essenciais para uma vida digna. Isso implica a proibição de se hierarquizarem os direitos humanos, isto é, abstratamente preferir alguns e preterir outros.

Conforme ensina Carvalho Ramos, a indivisibilidade possui duas facetas:⁴⁸ a primeira traduz a ideia de que o direito protegido é uma unidade incindível em si, ou seja, não pode ser decomposto e protegido ou considerado apenas em partes; a segunda faceta assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos, desconsiderando outros. O objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado invista – e combata violações – não só nos direitos de primeira dimensão, mas também nos de segunda e terceira dimensões. Tal classificação será estudada a seguir no presente capítulo.

Nessa quadra, pode-se dizer que a DUDH afirma o caráter indivisível dos direitos humanos porque reconhece em seu texto tanto os direitos individuais, quanto os direitos sociais. Na mesma linha é o preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 97.

Sociais e Culturais, que expressa que o ideal de ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado sem que sejam criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.

Ademais, a indivisibilidade revela outra faceta dos direitos humanos: a *interdependência*, a qual consiste no fato de que *todos* os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana, interagindo reciprocamente para a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo. Em outras palavras, a proteção e a efetividade de determinados direitos humanos contribuem e potencializam na proteção e efetividade de outros, razão pela qual é necessária a atenção integral a todos eles, sem exclusões ou preterições. O conteúdo de um direito pode, portanto, se vincular ao conteúdo de outro, a revelar a interação e a complementaridade entre eles; ou pelo fato de que determinados direitos são desdobramentos de outros.⁴⁹

Para ir além, os direitos humanos possuem a característica da *não exaustividade*, que se refere à possibilidade de expansão do rol dos direitos necessários a uma vida digna. Dito de outra forma, considerando-se que os direitos humanos são fundamentais para uma vida digna, novos direitos podem surgir na medida em que as necessidades de determinado contexto assim exigirem. Por esse motivo, o rol de direitos previsto nos textos normativos é exemplificativo, de maneira que é plenamente possível o reconhecimento futuro de outros direitos, seja pela via legislativa ou jurisprudencial.

Os direitos humanos também gozam da característica da *imprescritibilidade*, de modo que eles não se perdem pelo transcurso do tempo, nem pelo desuso. Todavia, a imprescritibilidade dos direitos humanos não se confunde com a prescritibilidade da reparação econômica decorrente da violação desses direitos. Nesse sentido, as pretensões de respeito e proteção aos direitos humanos, bem como de cessação de sua violação, são imprescritíveis. Contudo, a pretensão de reparação do dano causado pela violação de um direito pode ser submetida a prazo prescricional.

O caráter de *inalienabilidade*, por sua vez, representa a impossibilidade de transferir aos direitos humanos, ou de lhes atribuir, uma dimensão pecuniária. Isso não significa, contudo, que não se possa transferir o objeto material sobre o qual recai determinado direito humano, pois tal objeto configura mero desdobramento do direito em si. Assim, o que não se aceita é que o indivíduo seja privado de seus direitos, de forma que os titulares dos direitos

⁴⁹ Idem. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 232.

humanos não podem em nenhum caso alienar os direitos a eles conferidos.

Outrossim, a característica da *indisponibilidade* ou *irrenunciabilidade* diz respeito à impossibilidade de o titular dispor dos direitos a ele conferidos, pelo simples fato de que o ser humano não pode renunciar à sua condição humana, transformando-se em objeto. Nesse sentido, conforme decidiu o Conselho de Estado francês no célebre *caso do arremesso de anão*, até mesmo a autonomia da vontade é limitada e conformada pela noção de dignidade da pessoa humana,⁵⁰ pois ao se ferir a própria dignidade humana, fere-se também a de comunidade – entendimento que foi reiterado pelo Comitê de Direitos Humanos. Todavia, o exercício do direito pode ser facultativo, desde que proporcional e nos limites da dignidade humana.

Ainda, os direitos humanos são marcados pela característica da *proibição do retrocesso* (“efeito *cliquet*”),⁵¹ traduzida na vedação da abolição da concretização já alcançada no reconhecimento e na proteção de determinado direito, admitindo-se apenas aprimoramentos e acréscimos. Em outras palavras, são vedadas medidas que diminuam o patamar de proteção e garantia já conferido a determinado direito humano. Logo, essa característica impõe que o processo de conquistas de direitos humanos progressivamente incorporadas ao patrimônio jurídico de um povo ou da humanidade seja sempre ampliativo. Tal vedação é comumente relacionada aos direitos sociais (proibição do retrocesso social), mas sua incidência alcança todos os direitos humanos,⁵²⁻⁵³ em razão da característica da indivisibilidade. Nessa quadra, é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos, e os novos tratados internacionais não podem diminuir, enfraquecer ou suprimir a proteção de direitos humanos já alcançada.⁵⁴

Por essa razão, uma vez que o Estado ratifique determinado tratado internacional de direitos humanos, ele reconhece os direitos ali protegidos como inerentes ao ser humano, de maneira que não é possível que o Estado posteriormente os desconsidere ou os suprima do

⁵⁰ No caso conhecido como “arremesso de anão”, o governo de uma cidade francesa proibiu tal prática, o que fez com que um indivíduo recorresse da decisão, alegando ter consentimento expresso com tal prática, bem como ter o direito de exercê-la, com fundamento no direito ao trabalho. O Conselho de Estado, invocando precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre tratamento degradante (Caso Tyrer), decidiu que há limites à autonomia da vontade fundados na dignidade da pessoa humana.

⁵¹ A expressão *cliquet* tem origem francesa, a significa “garra” no contexto do alpinismo, referindo-se aos instrumentos utilizados pelos alpinistas para escalar montanhas. O termo significa que a partir de determinado ponto não é possível retroceder na escalada, mas somente avançar, ou seja, permitindo-se somente o movimento de subida.

⁵² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 103.

⁵³ Quanto ao direito ao meio ambiente equilibrado (direito humano de terceira dimensão, como estudaremos a seguir), por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no RE 302.906/SP, já reconheceu sua característica de vedação ao retrocesso.

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 290.

ordenamento jurídico. Por isso, ainda que o tratado perca a vigência, seu conteúdo se mantém como obrigação estatal com seus indivíduos, pois uma vez incorporados ao ordenamento interno, eles se tornam também normas domésticas. Da mesma maneira, ainda que o Estado denuncie o tratado, os direitos nele contidos permanecem em seu ordenamento, porque desde a sua incorporação as normas são também internas. Esse entendimento se torna ainda mais robustecido se o sistema jurídico doméstico concede às normas de direitos humanos a estatura e a natureza jurídicas de normas constitucionais, conforme será visto no Capítulo IV.

A cláusula do desenvolvimento progressivo prevista em tratados internacionais sobre direitos sociais (por exemplo, no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e no artigo 1º do Protocolo de San Salvador) corresponde à expressão da vedação do retrocesso como característica do regime jurídico dos direitos humanos na esfera internacional⁵⁵, e impõe aos Estados que atinjam progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais protegidos. Contudo, conforme aponta Carvalho Ramos, tal característica não é absoluta e pode ser excepcionalmente flexibilizada desde que com fundamento em outro direito humano. Também argumenta que tal restrição seja proporcional e que seja preservado o núcleo essencial do direito restringido.⁵⁶

Os direitos humanos também possuem a característica da *limitabilidade*, que consiste no reconhecimento de que a essencialidade e a superioridade normativa desses direitos não impedem que eles sejam limitados para garantir preservação de outros direitos – em um exercício de ponderação de interesses pautado pela proporcionalidade.

A proporcionalidade em sentido amplo é dividida em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a ponderação propriamente dita.⁵⁷ Cada fase é subsidiária em relação à outra, de maneira que a seguinte só ocorre se realizada a sua precedente.⁵⁸ Dito isso, a proporcionalidade possui duas facetas: a vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e a proibição do excesso (*Übermassverbot*). Assim, os direitos humanos não podem ser protegidos de forma insuficiente, da mesma maneira que as limitações de seus direitos devem ser as mais restritas possíveis; ou seja, não é permitido limitar esses direitos além do estritamente necessário para a satisfação de outros direitos ou

⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁷ ALEXY, ROBERT. La Teoría de Los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, n. 66, sept./dic. 2002a, p. 26.

⁵⁸ O tema da ponderação será estudado com maior profundidade no Capítulo IV, ao tratarmos sobre a harmonização e compatibilidade de normas no bloco de constitucionalidade.

interesses igualmente legítimos.

Observa-se que em razão da limitabilidade, os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, podem sofrer restrições, desde que proporcionais e legítimas. Contudo, é interessante notar que a característica da limitabilidade também não é absoluta; isto é, apesar de a grande maioria dos direitos humanos ser passível de ponderação, há alguns direitos humanos que são imponderáveis, como são os casos do direito de não ser torturado e do direito de não ser escravizado.

Igualmente, os direitos humanos possuem a característica da *oponibilidade erga omnes*, consubstanciada na possibilidade de invocação dos direitos humanos frente ao Estado ou a qualquer outro sujeito de direito. O titular de um direito humano é, então, livre para exercê-lo – dentro de seus limites, como vimos –, cabendo aos Estados e às demais pessoas o dever de respeitar o exercício de tal direito. Nesse sentido, todos sob a jurisdição de um Estado podem invocar tais direitos, independentemente de sua nacionalidade ou estatuto jurídico, razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 2, afirmou que a Convenção Americana de Direitos Humanos é instrumento que pode ser invocado frente ao próprio Estado ao qual pertença o indivíduo ou a qualquer outro.⁵⁹

Relacionada à oponibilidade *erga omnes* está a característica da *eficácia horizontal e diagonal*, de modo que os direitos humanos, além de serem oponíveis ao Estado (eficácia vertical), também são aplicáveis, sem necessidade de mediação de lei, nas relações entre particulares. Nesse sentido, os direitos humanos se aplicam obrigatória e diretamente nas relações jurídicas entre pessoas e entes privados, de maneira que o titular do direito pode invocá-los sem qualquer necessidade de mediação concretizadora relacionada a atos normativos ou leis.⁶⁰

Quanto à eficácia horizontal, leciona Carvalho Ramos que há duas modalidades relacionadas às normas de tratados internacionais de direitos humanos.⁶¹ A primeira delas é o reconhecimento, no corpo do próprio tratado, da vinculação dos particulares aos direitos protegidos.⁶² A segunda se trata da fiscalização quanto ao cumprimento, pelo Estado, de sua obrigação de garantia de direitos humanos, impedindo que particulares os violem. Tal

⁵⁹ OC-2/82, §33.

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 292.

⁶¹ Idem, p. 293-296.

⁶² É o caso do art. 2º, alínea *d* da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e do art. 2º, alínea *e* da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que estabelecem dever do Estado de combater a discriminação praticada por quaisquer pessoas, grupos ou organizações.

obrigação se traduz no dever do Estado de prevenir e reprimir as violações de direitos humanos. Nesse sentido, caso o Estado atue de modo satisfatório para garantir os direitos humanos, não pode ser responsabilizado por condutas de particulares, considerando que não há omissão sua que tenha contribuído para a ocorrência do resultado lesivo. Por outro lado, a omissão estatal pode acarretar sua responsabilização internacional por violação de direitos humanos, caso não tenha se desincumbido suficientemente de seu dever de evitar ou reparar o resultado.

Por sua vez, a eficácia diagonal dos direitos humanos diz respeito à sua aplicação entre os particulares, nas hipóteses em que se configurem desigualdades fáticas em razão da existência de relação assimétrica de poder existente as partes. Em outras palavras, a eficácia diagonal consiste na oponibilidade dos direitos humanos no contexto de relações entre os particulares em que uma das partes ostenta condição de vulnerabilidade, fazendo emergir uma prevalência de determinado direito de um particular sobre o outro, como nas relações trabalhistas e nas relações de consumo, por exemplo.

Ademais, os direitos humanos gozam da característica da *exigibilidade*, que lhes atribui a prerrogativa de serem exigidos interna e internacionalmente. Esse aspecto diz respeito, portanto, à implementação dos direitos humanos. Os tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como as demais fontes de tais normas, não são meros textos políticos ou cartas de intenção: são dotados de força normativa, razão pela qual possuem o caráter de exigibilidade. No âmbito internacional, a exigibilidade dos direitos humanos se dá por meio de Tribunais Internacionais ou de órgãos quase-judiciais, como é o caso dos comitês do sistema onusiano, nas hipóteses em que os mecanismos domésticos de proteção tenham se mostrado falhos ou insuficientes. No sistema interamericano, para dar outro exemplo, a Convenção Americana define um verdadeiro processo judicial internacional voltado para a fixação da responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos; e as deliberações da Corte têm força vinculante, de caráter de verdadeiro mecanismo de restauração compulsória da legalidade internacional.

Por fim, a implementação de tais direitos por meio da proteção internacional dos direitos humanos, como bem indica Carvalho Ramos, leva à consequente análise da responsabilidade internacional do Estado – um dos principais mecanismos do Direito Internacional para combater as violações de suas normas e buscar a reparação do dano causado.⁶³

⁶³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 260.

Os direitos humanos também são caracterizados por possuírem *dimensão objetiva*: o reconhecimento de que, além de se constituírem enquanto um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares (dimensão subjetiva), os direitos humanos também conformam um conjunto de normas impositivas de comportamentos, voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos.⁶⁴ Nessa perspectiva, a dimensão objetiva faz com que os direitos humanos sejam normas de imposição de deveres de condutas que garantam a proteção, a implementação e o desenvolvimento de tais direitos. Por conseguinte, tais deveres suscitam a criação de procedimentos, instituições, entes e organizações capazes de assegurar direitos humanos e fazê-los florescer, a fim de promover e reforçar a dimensão objetiva de tais direitos. Pode-se citar como exemplo o dever de organização, pelo Estados, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e punir as violações de direitos humanos ocorridas em seu território.

Deve-se citar ainda a *essência contramajoritária*, que consiste na função de esses direitos, em certos casos, atuarem como verdadeiros trunfos das minorias contra as majorias, de modo a considerar que nenhuma maioria política pode privar grupos minoritários de seus direitos humanos, subjugando-os. Em outros termos, os direitos humanos são tão importantes que a decisão sobre os garantir, ou não, não pode ser simplesmente deixada ao arbítrio das majorias. Sob essa ótica, é importante lembrar que os direitos humanos desenvolveram-se no plano internacional para fornecer proteção ao indivíduo nas hipóteses de falha no dever de proteção por parte dos Estados; ou seja, as garantias de acesso aos órgãos internacionais só são possíveis após terem sido esgotados os recursos internos, de forma que a jurisdição internacional é subsidiária, tratando-se do último amparo àqueles que foram ignorados no plano interno.

Assim, vê-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencialmente contramajoritário e não poderia deixar de sê-lo, pois as majorias políticas e sociais comumente são bem-sucedidas no processo político, de maneira que obtêm a proteção almejada e, como consequência, raramente precisam recorrer à jurisdição internacional.⁶⁵ Esta costuma ser acionada justamente pelos grupos vulneráveis e pelas minorias internas, que não conseguiram garantir seus direitos no plano doméstico. Portanto, é dos Tribunais Internacionais, bem como do Poder Judiciário estatal, o exercício da função contramajoritária, a fim de se assegurarem os direitos humanos das minorias sociais.

Por fim, os direitos humanos possuem a característica da *interseccionalidade*, que

⁶⁴ Idem, *ibid.*, p. 275.

⁶⁵ Idem, *ibid.*, p. 182.

consiste no reconhecimento das consequências estruturais e dinâmicas de interação entre dois ou mais eixos de subordinação e opressão,⁶⁶ a configurar as chamadas discriminações múltiplas (*overlapping discrimination*) e interseccionais.⁶⁷ Nesse sentido, a interseccionalidade na temática dos direitos humanos diz respeito ao estudo sistêmico das diferentes formas de opressão e tratamento discriminatório⁶⁸ baseadas em raça, gênero, condição social e econômica, idade, orientação sexual, origem étnica ou nacional, dentre outras características marcadas por sistemas estruturais de opressão.⁶⁹ Inter-relacionadas, essas opressões consequentemente agravam as violações de direitos humanos, a exigir

⁶⁶ CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*. 2002, vol. 10, n. 1, p. 171-188, p. 177.

⁶⁷ Cabe destacar que para Carvalho Ramos, a interseccionalidade difere das discriminações múltiplas, que, para o autor, se constituem em qualquer distinção, exclusão ou restrição fundamentada em dois ou mais fatores de discriminação proibida. Dessa maneira, nem toda discriminação múltipla geraria uma discriminação interseccional, pois essa última teria como pressuposto a existência de diversos fatores de discriminação que interagem e reforçam a exclusão e a injustiça, a criar uma carga de discriminação única e distinta da mera soma de discriminações. (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 298). Contudo, nossa posição é que a interseccionalidade, no que diz respeito a fatores de discriminação, consequentemente leva a situações de discriminações múltiplas, pois nas hipóteses de discriminações estruturais que se interligam, nunca há tão somente uma soma de discriminações, pois essas necessariamente se potencializam. Assim, as nuances das discriminações são influenciadas pelos outros marcadores sociais do indivíduo, considerando que as discriminações não existem em vácuos, mas estão em constante relação uma com a outra. Portanto, as opressões necessariamente se combinam e entrecruzam, o que gera, como consequência, hipóteses de discriminações múltiplas em razão da interseccionalidade. Nessa mesma perspectiva, para Angela Davis, especificamente quanto à intersecção de gênero, raça e classe, “É preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras.” (DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 12-13.)

⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 298.

⁶⁹ Obviamente, nem todos os indivíduos estão sujeitos a sofrer violações de direitos humanos da mesma maneira e na mesma intensidade. Em razão de discriminações estruturais baseadas em questões de raça, gênero e orientação sexual, uma mulher negra e lésbica está muito mais suscetível de ser privada de seus direitos humanos que um homem branco e heterossexual, por exemplo. A fim de se garantirem a igualdade material e a justiça social, tais características devem ser levadas em conta nas práticas de promoção de direitos humanos, como na elaboração de políticas públicas e de medidas reparatórias no caso de violações a tais direitos. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar o caso *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*, reconheceu a o fenômeno da interseccionalidade e sua aplicação no âmbito dos direitos humanos. O referido caso diz respeito à menina Talía Lluy, que foi infectada pelo vírus do HIV quando possuía apenas três anos, fruto de transfusão de sangue contaminado. Aos cinco anos, Talía foi impedida de ingressar na escola por suposto risco aos demais estudantes. Em razão das discriminações sofridas por sua condição, a Corte Interamericana reconheceu que confluíram, de maneira interseccional, fatores múltiplos de vulnerabilidade e de discriminação associados à condição da menina, que ao mesmo tempo era uma criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV, fatores que levaram uma forma específica e mais intensa de discriminação. Isso porque a pobreza gerou a falta de acesso à atendimento de saúde de qualidade (o que levou à transfusão de sangue contaminado), que consequentemente lhe causou problemas de saúde e impactou ainda no acesso ao sistema de ensino. Isso, por sua vez, agravou ainda mais sua situação de criança e pessoa com HIV. Não obstante, o fato de ser mulher em situação de HIV aumenta a possibilidade de estimativas futuras e outras privações de direitos. Por isso, a Corte IDH reconheceu que a discriminação das pessoas com HIV não impacta de modo homogêneo os indivíduos, mas possui efeitos mais graves em grupos mais vulneráveis (§290 da sentença). Justamente por isso, a interseccionalidade decorrente de fatores de discriminação múltiplos exige reparações específicas, a fim de superar os obstáculos estruturalmente enraizados na sociedade.

medidas que levem em conta essas especificidades como forma de salvaguardar a igualdade material e a justiça social.

Para concluir a caracterização realizada neste tópico, interessa observar ainda três elementos da interseccionalidade no campo dos direitos humanos.⁷⁰ Em primeiro lugar, essa noção marca a impossibilidade de se separarem os fatores que geram a discriminação, porque há interação entre eles. Em seguida, note-se que o indivíduo que sofre tal discriminação passa por experiência única e singular, qualitativamente diferente daquele que sofre uma discriminação isolada – ou mesmo outras formas de discriminação.⁷¹ E por fim, tal concurso entre os fatores de discriminação deve ser levado em conta na reparação, que tem por obrigação ser especificamente voltada à superação desses obstáculos sociais, a fim de se construir uma sociedade mais justa, igualitária e fundada na valorização da dignidade humana e no respeito aos direitos essenciais a uma vida digna.

1.4 Classificação quanto às dimensões

Para compreender os multifacetados modelos jurídicos correspondentes aos direitos humanos – tal como aos direitos fundamentais – é preciso considerar os fatos e os valores que eles incorporaram ao longo de seu processo histórico de conquistas.⁷² Por esse motivo, a doutrina fala em diferentes *dimensões* de direitos humanos, considerando as peculiaridades de cada uma delas, o que permite que eles sejam classificados em determinadas gerações – embora tal categorização não seja imune a críticas, como também veremos.

A classificação dos direitos humanos quanto às suas dimensões, em um primeiro momento, foi chamada de teoria das *gerações* dos direitos humanos e tornou-se conhecida após Conferência proferida por Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, no ano de 1979. Nessa ocasião, o jurista segmentou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características peculiares.⁷³

⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 299.

⁷¹ Deve-se lembrar que não há hierarquia de opressão (LORDE, Audre. *I Am Your Sister: Collected and unpublished writings of Audre Lorde*. Oxford University Press, 2009, p. 219-220). Nenhuma opressão pode ser negada, pois elas se complementam e coexistem (PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. *O tráfico de mulheres e os direitos humanos e fundamentais: violações e perspectivas*. 2019. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 68). O que pode ocorrer é que, em razão das múltiplas discriminações, determinado indivíduo tenha seus direitos humanos mais intensamente violados que outros sujeitos.

⁷² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003, p. 411-422, p. 411-412.

⁷³ VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity. (Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979). In: VASAK, K. (Ed.). *The international dimension of human rights*. Paris: Unesco, 1982, v. I e II.

Todavia, a expressão “gerações” de direitos poderia induzir à falsa ideia de que uma categoria de direitos *substitui* a outra que lhe é anterior – o que não procede. Nessa linha, ao contrário dessa suposta sucessão, em verdade há um acréscimo, um acúmulo no catálogo dos direitos humanos. Vistas dessa maneira, as diversas dimensões interagem, permanecendo em constante relação – trata-se de uma relação de complementaridade e não de alternância –, até mesmo em razão do caráter de indivisibilidade dos direitos humanos. Ademais, falar em gerações pode transmitir a ideia de antiguidade ou porvir de um rol de direitos em relação a outros, como se todos os direitos de primeira geração tivessem sido reconhecidos antes dos direitos de segunda geração e assim sucessivamente, o que não corresponde à realidade. Por exemplo, alguns direitos sociais foram internacionalmente consagrados em convenções internacionais do trabalho antes mesmo de direitos de liberdade. Por essa razão, o presente trabalho prefere adotar a terminologia “dimensões de direitos humanos”.

Cada dimensão é associada, desde a Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Nessa quadra, a primeira geração é composta por direitos de liberdade, a segunda geração envolve direitos relativos à igualdade e a terceira é composta por direitos referentes à fraternidade (solidariedade social).

A primeira dimensão é composta pelos chamados direitos de liberdade, os quais remontam às conquistas iluministas das primeiras constituições burguesas. Esses direitos são principalmente relativos a prestações negativas, segundo as quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia e liberdade do indivíduo contra violações da sociedade, bem como deve se abster de infringir tais direitos. Por isso, eles são também denominados “direitos de defesa”, porque protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, razão pela qual são compostos por *direitos civis e políticos*, conhecidos como direitos individuais.

Tais direitos têm origem nas revoluções liberais do século XVIII, sobretudo na Revolução Americana e na Revolução Francesa, que tiveram como um de seus principais propósitos a limitação do poder do Estado sobre a esfera individual dos cidadãos, a fim de superar o poder até então absoluto do monarca, traço marcante do absolutismo. Assim, ao Estado se tornou absolutamente vedado intrometer-se na esfera dos direitos do indivíduo listados nas declarações, além de ser de incumbência estatal zelar pela observância e conservação de tais direitos.⁷⁴ Como exemplos, pode-se citar o direito à liberdade, intimidade e igualdade perante a lei; o direito à propriedade; bem como o direito de votar e

⁷⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 416.

ser votado. O papel do Estado na defesa desses direitos diz respeito sobretudo às prestações negativas. Todavia, é preciso atentar que também se envolvem prestações positivas, porque para a concretização de certos direitos de primeira dimensão, como é o caso do direito à segurança, há de se exigir ações do Estado, ou seja, prestações estatais positivas.

A segunda dimensão de direitos humanos, por sua vez, abrange os direitos de igualdade, de modo que se reconhece que não é suficiente a igualdade perante a lei (igualdade formal), sendo necessária também a igualdade na lei (igualdade material). Nesse sentido, a fim de se garantir a igualdade substancial, necessária à vida humana digna, passe a exigir do Estado posturas ativas, a partir de prestações positivas para a garantia de direitos.

Os direitos de segunda dimensão têm origem nos ideais dos movimentos sociais socialistas, que ganharam força no começo do século XX com a reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência e dignidade humana aos indivíduos. A partir desse plexo de direitos, nasce o modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social, voltado à efetiva promoção da igualdade material.

Pode-se citar como direitos de segunda dimensão o direito à saúde, alimentação adequada, educação, previdência social e habitação. É fácil notar que tais direitos demandam sobretudo prestações positivas do Estado para sua satisfação; bem como que, sem sua concretização, o exercício dos direitos de primeira dimensão muitas vezes se torna mera utopia,⁷⁵ o que reforça o caráter indivisível dos direitos humanos.

No século XX, a partir do fenômeno da explosão demográfica, das guerras mundiais, da intensa industrialização e das conseqüentes agressões ao meio ambiente, bem como em razão da competição econômica internacional e de outras questões ligadas à globalização dos problemas do ser humano, sobretudo a partir da segunda metade do referido século, surgiu uma nova categoria de direitos humanos: os direitos humanos de terceira dimensão,⁷⁶ relativos à fraternidade, à solidariedade social. Trata-se de direitos coletivos em sentido amplo, de titularidade da comunidade como um todo, pois são verdadeiros direitos da humanidade. São chamados de direitos de solidariedade porque decorrem da constatação da vinculação do ser humanos ao planeta Terra, o qual possui recursos finitos e é marcado pela divisão absolutamente desigual de riquezas, por círculos viciosos de miséria e por ameaças

⁷⁵ Por exemplo, não faz sentido falar em direito à propriedade a um indivíduo que não tem acesso sequer à moradia digna.

⁷⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 418.

cada vez mais concretas e intensas à sobrevivência da espécie humana.⁷⁷ Pode-se citar como exemplos dessa dimensão o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao desenvolvimento sustentável, o direito à paz e o direito à autodeterminação.

Posteriormente, a partir do final do século XX, há quem defenda o surgimento de quarta e quinta dimensões de direitos humanos, como Paulo Bonavides, para quem a quarta geração é resultante da globalização dos direitos humanos, correspondendo aos direitos de participação democrática, direito ao pluralismo, à bioética e aos limites à manipulação genética;⁷⁸ enquanto a quinta dimensão diz respeito ao direito à paz.⁷⁹ Entretanto, parte da doutrina critica a criação de novas dimensões de direitos humanos, apontando equívocos na diferenciação entre as novas dimensões e as anteriores⁸⁰ – crítica à qual aderimos, e que informa a razão de o presente trabalho considerar como essenciais tão somente as três primeiras dimensões.

Por fim, ressalta-se que nem a classificação a partir de “dimensões”, nem aquela em “gerações” de direitos humanos são imunes a críticas de parcela da doutrina especializada, a qual entende que a referida classificação apresenta os direitos humanos de maneira fragmentada e conseqüentemente contrária à sua característica de indivisibilidade.⁸¹ Para essa perspectiva, na prática, tal catalogação serve como justificativa para diferenciar o regime de implementação de uma dimensão em face da outra,⁸² como é o caso da comparação entre a efetividade dos direitos de primeira e segunda dimensão. Em vários Estados, privilegia-se a efetividade dos direitos individuais clássicos, como o direito à propriedade, enquanto se aceitam e se toleram intensas desigualdades no âmbito dos direitos sociais, de segunda dimensão.

Ainda, a classificação é criticada em razão das novas interpretações sobre o conteúdo dos direitos humanos, os quais não raro podem ser classificados em mais de uma dimensão, como é o caso do direito à vida, que demanda não só prestações negativas, como também positivas, e possui uma dimensão transindividual (de terceira dimensão).

Apesar das críticas, a divisão dos direitos humanos em dimensões é um eficaz instrumento didático para a compreensão da teoria geral dos direitos humanos. Mas não se pode perder de vista, é verdade, o caráter indivisível de tais direitos; e a distinção tampouco

⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 58.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 585-586.

⁷⁹ Idem, *ibid.*, p. 594-598.

⁸⁰ FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Challenges for human rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 66.

⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 60.

⁸² Idem, *ibidem*.

deve ser utilizada para privilegiar a implementação dos direitos de primeira dimensão em detrimento da implementação dos direitos de segunda e terceira dimensões.

Quanto à aplicabilidade dos direitos humanos, não se pode negar que ela possui tratamento diferenciado quando relacionada aos direitos sociais. Em razão de seu caráter de exigibilidade, tais direitos podem ser exigidos independentemente de leis intermediárias que os prevejam. Contudo, eles são pautados pela possibilidade de desenvolvimento progressivo, levando-se em conta as capacidades financeiras dos Estados para efetivá-los – o que consequentemente pode tornar sua exigibilidade atenuada, mas não inexistente.

Nesse sentido, nos termos do artigo 23 do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, o dever maior do Estado signatário desse tratado reduz-se ao envio de relatórios ao Conselho Econômico e Social da ONU, contendo as principais realizações e o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto. No sistema interamericano, por sua vez, o Protocolo de San Salvador reconhece a importância dos direitos econômicos e sociais para o exercício dos direitos civis e políticos, bem como traz em seu artigo 1º a obrigação internacional dos Estados de adotar medidas adequadas para efetivar os direitos de segunda dimensão, levando em consideração os recursos disponíveis e a progressividade.

Mesmo assim, os Estados comumente alegam a impossibilidade de serem obrigados juridicamente em âmbito internacional a concretizarem direitos sociais, sem terem condições econômicas para tanto. A postergação da efetivação de direitos de segunda dimensão é tida como consequência de uma disponibilidade limitada de recursos estatais, a qual vem acompanhada da promessa de acumulação futura de recursos aptos a fazer frente à garantia de tais direitos.⁸³ Contudo, é equivocada a crença de que só os direitos de segunda dimensão demandam dispêndios econômicos do Estado; por exemplo, o direito à segurança, de primeira dimensão, exige recursos públicos para a instituição, organização e manutenção do serviço de polícia.⁸⁴ Da mesma forma, o direito à vida só pode ser plenamente garantido a

⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 270.

⁸⁴ Nesse sentido, conforme leciona com maestria Flávia Piovesan, “Cabe realçar que, tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 272-273).

partir do direito à saúde, à alimentação adequada, por exemplo. Nota-se que essa incoerência remonta à Guerra Fria, refletindo o coro dos países do eixo capitalista pela caracterização dos direitos sociais em sentido amplo como meras orientações programáticas, que, caso descumpridas, não ensejariam a responsabilidade internacional do Estado. Disso decorreu a ausência de mecanismos mais efetivos de responsabilização do Estado em tratados internacionais no caso de descumprimento da efetivação de tais direitos.

Todavia, a ideia de desenvolvimento progressivo no âmbito de tais direitos deve ser vista com parcimônia e restrições, sobretudo em países como o Brasil, em que há intensa concentração de renda, o que torna cada vez mais distante a concretização dos direitos sociais,⁸⁵ a intensificar o descumprimento e a violação desses direitos. Assim, o desenvolvimento progressivo de direitos humanos de segunda dimensão e a escassez de recursos não podem mais servir de escudo para evitar a responsabilização estatal pela não implementação de condições materiais mínimas para a vida digna de seus povos,⁸⁶ ou seja, para a garantia do mínimo existencial. Os governantes não possuem liberdade, mas, tão somente discricionariedade para a destinação de verbas públicas, sendo que no caso da garantia do mínimo existencial, não há nem mesmo discricionariedade: o Estado é vinculado a providenciá-lo. Assim, um Estado que não administra de maneira responsável seus recursos – que são sempre finitos – e não se planeja para garantir direitos sociais básicos à população incide em ato ilícito, razão pela qual deve ser responsabilizado.

Nessa linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui precedentes que reconhecem a obrigação do Estado em promover os direitos sociais em sentido amplo, em razão das dimensões sociais dos direitos civis e políticos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. No caso *Villagrán Morales vs. Guatemala* (“Caso dos Meninos de Rua”), a Corte reconheceu que as crianças em situação de rua não possuíam condições de vida digna, de maneira que foi reconhecido o ilícito internacional pela violação do direito à vida, previsto na CADH, pelo Estado da Guatemala. No mesmo sentido, no caso da comunidade indígena *Sawhoyamaya vs. Paraguai*, a Corte IDH condenou o Paraguai pela morte de diversos membros da referida comunidade indígena, pela falta de condições adequadas de vida, pois eles viviam às margens de uma rodovia em razão da falta de acesso à terra.

Em 2017, a Corte Interamericana promoveu mais um avanço em direção ao reconhecimento da justiciabilidade dos direitos de segunda dimensão, ao reconhecer de

⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 271.

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

modo direto a proteção de tais direitos – e não apenas de maneira indireta, como decorrência dos direitos de primeira dimensão. No caso *Lagos del Campo vs. Perú*, o Tribunal Internacional reconheceu de ofício a violação ao dever de reconhecimento progressivo dos direitos sociais, previsto no art. 26 da CADH.⁸⁷

Assim, a justiciabilidade direta dos direitos de segunda dimensão reforça o reconhecimento de que esses são direitos subjetivos oponíveis aos Estados (tais como os direitos civis e políticos), afastando-se a tese de que seriam apenas normas programáticas e indicativas aos Estados. Por essa razão, os Estados devem tanto evitar medidas regressivas, quanto devem adotar medidas imediatas de respeito e garantia dos direitos sociais. A obrigatoriedade do Estado de realizar políticas públicas é indissociável de sua própria vinculação aos direitos fundamentais, e está consubstanciada no dever estatal de tutela.

Portanto, conforme afirma Piovesan, a ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica.⁸⁸ Ela corresponde a uma concepção que reforça a equivocada compreensão de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (os direitos sociais, econômicos e culturais) não merece qualquer reconhecimento,⁸⁹ como se fossem direitos de segunda classe – e não o são. Por isso, a única concepção que se mantém coerente com a característica da indivisibilidade é a noção de que os direitos humanos — de primeira, segunda e terceira dimensão — são acionáveis e demandam séria e responsável observância,⁹⁰ devendo ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.

Desse modo, estabelecidos os principais conceitos e as bases teóricas para tratarmos da relação entre direitos humanos e bloco de constitucionalidade, o próximo capítulo tem como tarefa analisar o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas, a internacionalização dos direitos humanos e sua relação com a soberania estatal.

Conforme supramencionado, os direitos humanos no plano internacional experienciaram profunda expansão após as barbáries provocadas pelos regimes totalitários na Europa da Segunda Guerra Mundial, de maneira que a construção da ordem internacional

⁸⁷ Artigo 26: “Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op. cit., p. 277.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ Idem, *ibidem*.

dos direitos humanos buscou reconstruir e refundar, em âmbito internacional – com novos mecanismos de garantia e proteção –, os direitos essenciais à vida digna do ser humano.

Em consequência desse fenômeno de internacionalização dos direitos humanos, o Direito Internacional passou por uma vagarosa mudança em seu eixo central. Até então voltado à perspectiva do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais, o Direito Internacional passou a dar enfoque cada vez maior à proteção e promoção da dignidade humana,⁹¹ como veremos a seguir.

⁹¹ Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, no HC 87.585-8, afirmou que o eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida em uma série de declarações e pactos internacionais enquanto verdadeiro valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

II. PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS, INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA ESTATAL

2.1 A expansão assimétrica do direito internacional e a relação entre o direito internacional e o direito interno

É importante refletir criticamente sobre as narrativas tradicionais do direito internacional. A narrativa clássica da disciplina geralmente pode fazer crer que o desenvolvimento da matéria é linear, mas há um grande vício nessa perspectiva: o anacronismo.⁹² Nesse sentido, observam-se dificuldades da doutrina tradicional em compreender as contribuições do passado e em verificar como estas são utilizadas para justificar o presente.

O interesse na história do direito internacional cresceu significativamente nos últimos anos; contudo, permanecem os desafios ao lidar com o passado da matéria e a sua relação com a atualidade. Assim, a tarefa contemporânea dos internacionalistas é pensar nos conceitos em seu momento e lugar adequados, bem como na forma pela qual os conceitos se transformam no tempo e no espaço.⁹³

Para muitos estudiosos internacionalistas, a história do direito internacional corresponderia à da humanidade e, em grande parte, a uma narrativa sobre como as ideias e os homens europeus seriam predestinados a governar a raça humana – evidenciando-se uma compreensão de herança eurocêntrica. Sob essa ótica, para Grewe, o direito se trataria de uma superestrutura de projetos e atividades que se expandiriam do centro imperial para suas periferias⁹⁴, de maneira que a história do direito internacional se tornaria aquela do poder

⁹² O anacronismo é uma forma equivocada de análise de um determinado tempo histórico à luz de valores que não pertencem a essa mesma época.

⁹³ ORFORD, Anne. *The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. IILJ Working Paper 2012/2*. History and Theory of International Law Series. New York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2012/2, jun. 2012, p. 2.

⁹⁴ GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*. Translated and revised by Michael Byers. New York: Walter de Gruyter, 2000, p. 296.

dos impérios. Vê-se que o desenvolvimento da matéria, de certa forma, também tem sido uma historiografia daquilo que os europeus fizeram ou pensaram em suas relações com outros continentes e povos.⁹⁵ Assim, a história clássica do direito internacional é eurocêntrica e, portanto, incompleta, porque ignora outras contribuições e interesses.

A teoria crítica do direito internacional busca uma finalidade (da qual ele é até hoje devedor): uma efetiva sociedade internacional na qual não haja tanta assimetria política e social. Pode-se afirmar, então, que o que une a história do direito internacional desde seu início até os dias de hoje é a desigualdade, a existência de comunidades humanas em situação de hegemonia e subordinação. É tarefa da teoria crítica não apenas focar em como os contextos políticos hegemônicos e suas estruturas de dominação se reproduzem, mas também examinar momentos, ideias e práticas capazes de transformar a realidade⁹⁶, a fim de tornar o direito internacional um verdadeiro instrumento de promoção de igualdade entre os povos.

O direito internacional só alcança seu potencial de ser mais do que um instrumento de manutenção do *status quo*, da referida assimetria, se atuar como ferramenta transformadora das desigualdades internacionais, cumprindo um real papel emancipatório. Dessa forma, a autoridade e a legitimidade do direito internacional contemporâneo se apoiam em sua pretensão de transcender sua herança europeia e de operar como uma lei universal capaz de representar a humanidade.⁹⁷ Nessa linha, a descolonização exigiu uma nova concepção da própria Organização das Nações Unidas (ONU), entendida como um instrumento dinâmico de ação executiva que pudesse atender às necessidades do presente e do futuro.

O estudo da relação entre direito interno e direito internacional se intensifica a partir do início do século XX, sobretudo a partir da Liga das Nações.⁹⁸ O direito internacional até essa época se caracterizava por ser pouco invasivo, com restrições evidentes, especialmente em razão da permissão do uso da força pelos Estados. Regulavam-se poucos temas, como relações interestatais, mas preponderava um forte apelo à soberania dos Estados e à

⁹⁵ KOSKENNIEMI, Martti. Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 27, issue 2 (Fall 2013), p. 215-240, p. 222.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 239.

⁹⁷ ORFORD, Anne. *The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law*, op. cit., p. 4.

⁹⁸ Liga das Nações é o nome da organização internacional criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, que tinha como objetivo reunir todas as nações a fim de, por meio de mediação e arbitragem, manter a paz e a ordem no mundo inteiro, evitando assim conflitos desastrosos como fora a primeira grande guerra. Foi instalada pelo Tratado de Versalhes, que colocava termo à Primeira Guerra, e infelizmente não conseguiu alcançar seu objetivo, como se pode observar pela eclosão da Segunda Guerra Mundial.

regulação doméstica, permitindo aos Estados que rompessem seus compromissos internacionais pelo uso legítimo da força.

Contudo, a partir do século XX – ainda mais intensamente após a Segunda Guerra –, o direito internacional começa lentamente a se expandir, ocupando espaços até então explorados somente pelo direito interno, como a regulação das condutas sociais internas, e passa a permear as relações jurídicas domésticas. Tal expansão se deu progressivamente, desde então até os dias atuais.

Quanto ao seu alcance no contemporâneo, a influência do direito internacional atinge todos os mais diversos temas da conduta social doméstica, a demonstrar a impressionante força expansiva de suas normas. Seu inesgotável fôlego normativo decorrente da criação de múltiplos tratados, associado à sua força expansiva, insere o direito internacional no centro da temática da pluralidade de ordens jurídicas, que disputam a regência da vida social no século XXI.⁹⁹ A temática das ordens jurídicas plurais é, aliás, fruto da expansão do direito internacional, com suas várias ramificações e seus subsistemas (como o direito da integração, direito internacional dos direitos humanos, dentre outros), que se ocupam de temáticas outrora reservadas ao direito nacional.

Porém, essa força expansiva não trouxe consigo regras claras de convivência entre o direito internacional contemporâneo e o direito interno. Um exemplo é a relação do primeiro com as Constituições dos Estados. Se por um lado os Estados costumam fundamentar sua tese de supremacia das normas domésticas no princípio da supremacia da Constituição, por outro lado, o direito internacional adota um unilateralismo internacionalista, não admitindo que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos.¹⁰⁰ A partir desse impasse, é preciso buscar formas de conciliação, observando-se o contexto dessa dinâmica tão delicada.

Da força expansiva dos Direitos Humanos surge o fenômeno do pluralismo de ordens jurídicas, que é a coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social.¹⁰¹ Como tal, ele produz influências recíprocas e diálogos, mas também dissonâncias. O problema da harmonização entre normas internacionais e normas domésticas apresenta dois aspectos: um teórico, quanto à análise da

⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 106 (106-107), jan./dez. 2011/2012, p. 497-524, p. 498.

¹⁰⁰ Idem, *ibid.*, p. 498.

¹⁰¹ Idem, *ibid.* p. 500.

hierarquia do direito internacional ante o direito interno; e outro prático, relativo à solução dos conflitos concretos entre a normativa internacional e a normativa interna.

2.2 A internacionalização dos direitos humanos

A internacionalização do direito em sentido amplo, conforme leciona André de Carvalho Ramos, consiste na existência de normas de direito internacional que regulam a matéria: tratados, costumes internacionais, princípios de direito internacional, atos unilaterais e resoluções de organizações internacionais.¹⁰²

A internacionalização dos direitos humanos em sentido estrito, por sua vez, tem início com a Carta da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos. Tais textos realizaram a importante vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter relações pacíficas na comunidade internacional.

O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionado, então, à nova organização da sociedade internacional pós-Segunda Guerra Mundial, tendo como marco a Conferência de São Francisco em 1945, que culminou na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a partir de seu tratado constitutivo, a “Carta de São Francisco”. A temática dos direitos humanos foi genericamente inserida na Carta, como reação às barbáries promovidas pelo nazismo e pelo totalitarismo que marcou a primeira metade do século XX.

Contudo, seu texto não listou o rol dos direitos que seriam considerados essenciais. As menções esparsas aos direitos humanos na Carta da ONU decorrem da ausência de consenso sobre esses direitos e de sua timidez redacional, pois são utilizadas expressões como “favorecer” e “promover” o respeito aos direitos humanos, evitando-se a utilização de expressões mais incisivas e mandatórias. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (a chamada “Declaração de Paris” ou “DUDH”), que contém 30 artigos, listando um rol de direitos humanos aceitos internacionalmente.

Apesar de sua abrangência e amplitude, a Declaração Universal foi aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, que nessa matéria não possui força vinculante. Em razão de ser a DUDH uma *declaração* e não um tratado, há discussões doutrinárias sobre sua força vinculante.

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 60.

Para um primeiro ponto de vista, a Declaração teria natureza jurídica tão somente de *soft law*, consistente em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que eventualmente tenham força vinculante. Por outro lado, para uma segunda perspectiva, a Declaração possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos”, previsto na Carta das Nações Unidas – tratado que possui força vinculante. Por fim, a terceira corrente aponta que a Declaração possui força vinculante por representar o costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, à igualdade e ao devido processo legal. De nossa parte, entendemos que a DUDH possui eficácia vinculante, tanto por representar o costume internacional de proteção dos direitos humanos, quanto por se constituir em interpretação autêntica sobre a matéria de direitos humanos presente na Carta das Nações Unidas.

De toda maneira, o fato é que desde então houve crescente internacionalização, universalização e, posteriormente, especialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O veloz desenvolvimento do direito internacional é notório e, em geral, os Estados aceitam a imposição de limites à própria soberania porque necessitam da cooperação internacional para fazer frente a problemas transfronteiriços ou globais.¹⁰³

A internacionalização dos direitos humanos, por sua vez, possui motivos distintos daqueles que acarretaram a internacionalização de outros temas.¹⁰⁴ Os tratados internacionais de direitos humanos se diferenciam de outros tratados, porque têm a peculiaridade de somente conterem deveres aos Estados contratantes – já que os direitos neles previstos são de indivíduos ou grupos de indivíduos. Nessa linha, os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos ou grupos de indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais. Além disso, os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo arquitetado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos.

Surge, então, o que Carvalho Ramos chama de enigma da internacionalização dos direitos humanos: por que os Estados aceitam limitar a própria soberania, criando obrigações jurídicas e tribunais internacionais que apreciarão se leis e decisões internas violam direitos humanos, sem qualquer contrapartida mais evidente?¹⁰⁵ A primeira observação a se fazer é

¹⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 116.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁵ Idem, *ibid.*, p. 117.

que as diferenças entre os Estados – que possuem estágios de desenvolvimento e contextos diversos – fazem com que os motivos pelos quais os Estados ratificam os tratados de direitos humanos sejam também distintos. Listemos algumas das razões:

1) O próprio nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma das justificativas. Diversos Estados foram motivados a adotá-lo, em decorrência do repúdio às barbáries cometidas na Segunda Guerra pelo nazismo e demais tipos de totalitarismo, o que gerou a necessidade de se criarem mecanismos jurídicos capazes de evitar repetições de tais espécies;¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

2) Verifica-se o anseio de governos em adquirir legitimidade política na esfera internacional e em se distanciar, ao menos *pro forma* e de maneira retórica, de passados ditatoriais e de constante violação de direitos humanos. A expectativa é de que sua participação em organizações com competência de averiguação de suas próprias políticas internas lhes daria a legitimidade internacional necessária trazida por esses órgãos;¹⁰⁸

3) A internacionalização da proteção dos direitos humanos também se justifica por servir ao estabelecimento de diálogo entre os povos, o qual é revestido de legitimidade por seu conteúdo ético. Nesse sentido, a proteção de direitos humanos torna-se fator-chave para a convivência dos povos na comunidade internacional, passível de ser alcançada graças à afirmação dos direitos humanos como agenda comum mundial. Esse compromisso leva os Estados a estabelecerem projetos e objetivos comuns, a fim de se superarem conflitos e entraves causados por crises políticas e econômicas;¹⁰⁹

4) A motivação econômica também pode ser apontada como uma das razões do referido fenômeno. Os países desenvolvidos defendem a internacionalização dos direitos humanos para exigir o respeito a um standard mínimo de direitos dos investidores,¹¹⁰ enquanto a motivação dos países subdesenvolvidos é a instrumentalização da proteção internacional dos direitos humanos como fundamento para exigir mudanças em outros setores do Direito Internacional, como o Direito do Comércio Internacional ou o Direito Internacional Econômico.¹¹¹

¹⁰⁶ SUDRE, Frédéric. *Droit International et européen des droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 13.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁸ LAFER, Celso. Prefácio. In: LINDGREN ALVES, J. A. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. XXVI.

¹⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos*, op. cit., p. 119.

¹¹⁰ D'AMATO, Antony. Human rights as part of customary international law: a plea for change of paradigms. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995/1996, p. 77-78.

¹¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos*, op. cit., p. 120.

5) É considerável ainda a atuação da sociedade civil organizada, a qual foi capaz de vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos são alternativas para a consecução de objetivos muitas vezes inalcançáveis no plano legislativo interno. Assim, frente a uma correlação política interna desfavorável, a sociedade civil organizada busca obter no plano internacional a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, que posteriormente será ratificado pelos Estados. Ademais, a criação de um tratado internacional sobre determinada temática dá visibilidade e maior peso político ao assunto. Por fim, as organizações não governamentais e os movimentos de direitos humanos atuam perante as instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações internacionais de direitos humanos, a fim de garantir o reconhecimento e a implementação dos direitos aspirados.¹¹²

6) A indignação das comunidades nacionais com o desrespeito a direitos básicos do ser humano, ainda que venha a ocorrer em lugares distantes do mundo, também é uma razão para que os Estados abdicuem de parte de sua soberania para se vincular a normas internacionais de direitos humanos. Trata-se da chamada “mobilização da vergonha” e do “poder do embaraço”, em que se busca inserir na agenda política local temas relativos à proteção de direitos humanos em outros Estados, o que contribui para a internacionalização da temática.

Fato é que a internacionalização do Direito, com a sua expansão qualitativa e quantitativa, faz com que cada novo tratado relativo à proteção internacional dos direitos humanos amplie as garantias dos indivíduos. Em síntese, graças a essa dinâmica exposta até aqui, existem obrigações que vinculam os Estados-parte em matéria de direitos humanos.

Já o descumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado o torna responsável pela reparação dos danos porventura causados, surgindo, então, a responsabilidade internacional por violações de normas de direitos humanos. Há, por consequência, uma reação jurídica do Direito Internacional às violações de suas normas, exigindo-se a manutenção e a preservação da ordem jurídica internacional vigente.

Assim, a responsabilidade internacional do Estado consiste em uma obrigação internacional de reparação dos danos causados pela violação prévia de norma internacional.¹¹³ Na esfera dos direitos humanos, a responsabilização do Estado é essencial para reafirmar a juridicidade das normas internacionais sobre a matéria e para garantir a dignidade humana, uma vez que, obviamente, as obrigações internacionais de proteção aos

¹¹² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 121.

¹¹³ Idem. *Processo internacional de direitos humanos*, op. cit., p. 31.

direitos humanos só possuem conteúdo real e efetividade se amparadas por mecanismos eficazes de responsabilização por violações.

Por esse motivo, são justamente os mecanismos internacionais de apuração das violações de direitos humanos que conferem caráter de ineditismo e relevância aos diplomas normativos internacionais de direitos humanos¹¹⁴ – porque eles superam a concepção de que normas de direito internacional representem mero conselho ou exortação moral.

Ademais, a partir da internacionalização dos direitos humanos, implantou-se formalmente o universalismo dos direitos humanos por meio da adoção, por parte dos Estados, de um mesmo texto de direitos humanos, imposto nos tratados ratificados. Porém, é notório que a adoção da mesma redação de um determinado direito por diversos países não é suficiente para que o universalismo seja implementado: faz-se necessário também que haja uma *mesma interpretação* sobre tais normas, o que só é possível a partir de um mecanismo internacional que verifique como os Estados interpretam as normas internacionais.

Por isso mesmo, não se deve cometer o equívoco de, apesar de aderida a internacionalização dos direitos humanos, conservar-se o hábito de aplicar a interpretação nacionalista acerca dessas normas. Esse desacerto, como bem nota Carvalho Ramos, torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais manco e incoerente, por tratar-se de regime universal no texto, mas nacional na aplicação e na interpretação de suas normas na vida cotidiana.¹¹⁵ De tal descompasso decorre que alguns Estados ratifiquem tratados, mas descumpram-nos reiteradamente sob a alegação de que lhes dão cumprimento de acordo com a ótica nacional.

Portanto, para se considerarem os direitos humanos internacionais a sério, diante da pluralidade de ordens jurídicas, é preciso que se avance no acolhimento da interpretação internacional de tais normas, por um lado; e que se iniciem, por outro, um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, como se verá adiante.

2.3 Relação entre o direito internacional público e o direito interno e soluções para possíveis conflitos

Ao investigar-se a relação entre o direito internacional público e o direito interno, são identificados convergências e conflitos. Quanto aos últimos, se faz necessário desvendar suas razões e buscar possíveis soluções de compatibilização. Nesse sentido, verifica-se a

¹¹⁴ Idem, *ibid.*, p. 32.

¹¹⁵ Idem, *ibid.*, p. 33.

utilidade de enxergar a relação entre o direito interno e o direito internacional sob dois prismas: 1. A forma como o direito internacional vê o direito interno; 2. A forma como o direito interno vê o direito internacional. Ao tomar por objeto de estudo o tema do bloco de constitucionalidade, o interesse deste trabalho é a análise desse segundo prisma, avaliando ainda a eficácia e a aplicabilidade do direito internacional perante a ordem jurídica interna dos Estados.

De toda forma, é pertinente tecer alguns comentários sobre a ótica pela qual o direito internacional enxerga o direito interno. O *Direito das Gentes* adota o chamado unilateralismo internacionalista,¹¹⁶ a partir do qual a prática reiterada de outros Estados e das Cortes Internacionais é considerar o direito interno *mero fato* que expressa a vontade do Estado. Nesse sentido, o direito internacional sequer reconhece o caráter jurídico das normas jurídicas domésticas – salvo se o direito internacional lhe fizer remissão –, pois o *Direito das Gentes* possui suas próprias fontes normativas e o Estado é considerado uno perante a comunidade internacional.

Justamente por isso, a discussão sobre o estatuto normativo interno e a forma de recepção das normas internacionais dos tratados são matérias estranhas ao direito internacional,¹¹⁷ de maneira que não faz sentido falar em teorias como monismo e dualismo quando se trata da maneira pela qual o direito internacional encara o direito nacional dos Estados. Assim, ao direito internacional compete analisar se o Estado cumpre seus compromissos internacionais, não havendo espaço para escusas relacionadas ao direito interno.

O unilateralismo internacionalista se faz presente no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que estabelece que o Estado não pode deixar de cumprir norma prevista em tratado internacional alegando fundamentos de direito interno – exatamente porque, como foi dito, em âmbito internacional o direito nacional se trata de mero fato. A mesma convenção, mais adiante, em seu artigo 46, faz remissão ao direito interno, a prever que um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se vincular a um tratado foi expresso em violação a uma disposição de seu direito interno sobre competência para celebrar tratados – salvo se essa violação for manifesta e diga respeito a uma norma interna de importância fundamental. O mesmo artigo, em seguida, elucida que uma violação é manifesta somente se for objetivamente evidente para qualquer outro Estado de boa-fé.

¹¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 305.

¹¹⁷ Idem, ibidem.

Disso, pode-se concluir que é o próprio direito internacional que permite – como hipótese excepcional e bastante restritiva – que uma norma interna seja invocada para tornar nula a celebração de um tratado. Destarte, para o direito internacional, as leis e os atos normativos internos em geral são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais,¹¹⁸ sob pena de o Estado incidir em hipótese de responsabilidade internacional por violação às normas do direito internacional.

Em matéria de direitos humanos, cita-se o cumprimento de sentença do *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, no qual o país fundamentou o descumprimento de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na impossibilidade, por razões de direito interno, de rever uma sentença transitada em julgado. Em resposta, a Corte IDH afirmou que os Estados não podem invocar disposições de direito interno para embasar o descumprimento de obrigações advindas da Convenção Americana e acrescentou que não se tratava de resolver o problema da supremacia do direito internacional sobre o nacional no ordenamento interno, mas unicamente de fazer cumprir aquilo com o que os Estados se comprometeram soberanamente.¹¹⁹⁻¹²⁰ Indo além, a Corte Interamericana afirmou que os atos do Estado argentino implicavam em uma clara violação dos princípios do Direito Internacional e das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos assumidos por ele, e que não é responsabilidade do Estado-parte determinar quando é obrigatória uma sentença da Corte IDH, uma vez que sua obrigação decorre da ratificação da Convenção Americana pela Argentina e do reconhecimento que fez da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.¹²¹

Em contrapartida, o direito internacional tem impacto direto no âmbito interno dos Estados. Vários atos relativos ao direito dependem de normas do ordenamento nacional, como a competência para a celebração de tratados, e a maioria dos compromissos internacionais demanda ações das autoridades estatais em âmbito interno.

Contudo, é possível que ocorram conflitos entre normas de direito internacional e normas domésticas, suscitando a necessidade de definir qual norma deve prevalecer nessa hipótese. Como forma de solucionar o impasse, a partir do início do século XX, a doutrina

¹¹⁸ *Idem*, p. 306.

¹¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisão de cumprimento de sentença. 18 de outubro de 2017, §14.

¹²⁰ No mesmo sentido, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentença. 24 de setembro de 1999, § 37 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisão de cumprimento de sentença. 20 de março de 2013, considerando 64.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, op. cit., §23.

analisa a questão a partir de duas grandes teorias: o dualismo e o monismo. Nelas se discute se o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas distintas e independentes ou se as normas de direito internacional e de direito interno compõem um só ordenamento.

O dualismo, que tem como seus principais expoentes Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti, tem como principal premissa que o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos jurídicos *distintos* e totalmente *independentes* entre si, constituindo círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos.¹²² Assim, as fontes e normas do direito internacional não teriam qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do direito interno e vice-versa, de maneira que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos ou antinomias. Da mesma forma, justamente por se tratar de sistemas distintos, em que cada um tem como função regular relações jurídicas diversas, não haveria que se falar em supremacia de um sobre o outro.¹²³

Segundo a corrente dualista, caberia ao direito internacional regular as relações entre os Estados ou entre esse e as organizações internacionais, enquanto ao direito interno caberia a regulação da conduta entre o Estado e seus indivíduos. Nessa quadra, quando um Estado assume compromisso internacional, o aceita tão somente como fonte do direito internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo doméstico. Para que o referido compromisso passe a ter valor jurídico no âmbito do direito interno, seria necessário que a norma de direito internacional se tornasse também norma interna – o que ocorreria pelo processo de adoção ou transformação. Assim, havendo conflito de normas, já não mais se trataria de contrariedade entre o tratado e a norma interna, mas entre duas disposições internas.¹²⁴

Em suma, para a doutrina dualista, há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional, pois enquanto o direito internacional rege a convivência entre os Estados, o direito interno disciplina as relações entre indivíduos e entre os indivíduos e o Estado. Assim, para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, é necessária a edição de um ato normativo nacional, a fim de conferir execução e cumprimento, no âmbito interno, ao tratado ratificado.

¹²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 31.

¹²³ TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours*. [S.l., s.e.] 1923, t. I, vol. 1, p. 77-121, p. 83.

¹²⁴ SEPÚLVEDA, César. *Derecho internacional*. D.F: Porrúa, 2009, p. 75.

Dessa forma, os tratados seriam meros compromissos assumidos na esfera externa, sem capacidade de gerar efeitos imediatos internamente. Além disso, a eficácia das normas internacionais não dependeria de sua compatibilidade com a norma interna; tampouco o direito nacional precisaria se conformar aos preceitos das normas internacionais. As duas ordens jurídicas diversas coexistiriam da seguinte maneira: as normas de direito interno regulariam as relações entre Estado e indivíduos, ou seja, as relações de dentro do próprio Estado, enquanto as normas de direito internacional regulariam tão somente as relações jurídicas internacionais, externas.¹²⁵ Assim, para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, é necessária a edição de um ato normativo nacional, a fim de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno.

O dualismo se vincula, portanto, à “teoria da incorporação”, formulada por Paul Laband, pela qual um tratado somente pode regular relações jurídicas dentro do território de um Estado caso seja incorporado ao ordenamento doméstico por meio de um procedimento que o transforme em norma de direito interno.¹²⁶ Desse modo, o Estado nega a aplicação imediata ao direito internacional, mas permite que suas normas se tornem válidas internamente, desde que se incorporem ao sistema jurídico doméstico com natureza de normas nacionais, por meio do processo legislativo cabível. Para o dualismo moderado, todavia, não se exige que se adote necessariamente a fórmula legislativa para que um tratado entre em vigor no país, exigindo tão somente a existência de um ato formal de internalização, como um decreto ou um regulamento executivo.

Posto isso, as principais críticas ao dualismo são as seguintes: 1. A corrente representa corolário dogmático-apológico da teoria da soberania absoluta do Estado,¹²⁷ incompatível com a compreensão contemporânea de soberania estatal. 2. O dualismo equivoca-se ao não compreender o direito como um sistema *uno* – e não dual. 3. Não procede a afirmação de que o direito internacional não se aplica diretamente aos indivíduos.

Em verdade, todo o direito – seja ele nacional ou internacional – é imperativo para os indivíduos; nessa linha, assim como todo e qualquer direito, o direito internacional também o é.¹²⁸ O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por exemplo, possui normas diretamente aplicáveis a todos os indivíduos, ao mesmo tempo que também as vincula aos

¹²⁵ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 92.

¹²⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 51.

¹²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 35.

¹²⁸ DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne librairie Fontemoing et cie., 1921, t. I, p. 551-552 e ss. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k932656z/f570.item#>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Estados, em todos os seus poderes; 4. No âmbito dos direitos humanos, as restrições impostas pela teoria dualista à aplicação das normas de direito internacional fragilizam a eficácia e potencialidade protetiva aos indivíduos que a matéria busca proteger, pois dá vazão a abusos estatais de toda sorte ao estabelecer que cabe somente ao direito interno regular a relação entre Estado e indivíduos.

Por outro lado, para a doutrina monista, que tem em Kelsen o seu maior expoente, o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional são partes de um único sistema jurídico.¹²⁹ Em outras palavras, para o monismo, o direito internacional e o direito interno são dois ramos do Direito dentro de *um só sistema jurídico*. A assinatura e a ratificação dos tratados internacionais significam a aceitação de um compromisso jurídico envolvendo direitos e obrigações que podem ser exigidos internamente perante a ordem jurídica doméstica.

Dessa maneira, o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer procedimento interno de transformação da norma internacional em direito interno. Por pertencerem a um sistema jurídico único, as normas de direito internacional se interpenetram e se sustentam juridicamente. Assim, as disposições do direito internacional continuam sendo normas internacionais, que serão aplicadas internamente, sem necessidade de se transformarem em conteúdo de direito interno para essa finalidade.

A partir da concepção monista, contudo, coloca-se um problema hierárquico a ser solucionado: identificar qual espécie de norma jurídica deve prevalecer em caso de conflito,¹³⁰ se a interna ou a internacional. Quanto à hierarquia entre as ordens jurídicas, a doutrina monista se bifurca: há quem entenda que em caso de conflito deve prevalecer a ordem jurídica nacional (monismo nacionalista); enquanto há quem entenda que deve sempre prevalecer o direito internacional em detrimento do direito interno (monismo internacionalista).

Para o monismo nacionalista, por um lado, em caso de conflito, as normas internas devem prevalecer, sobretudo as normas constitucionais. Tal doutrina defende a primazia do direito interno com fundamento no valor superior da soberania estatal absoluta. Em consequência, os Estados só se vinculariam às normas com as quais consentissem e nos

¹²⁹ KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*; Académie de Droit International de la Haye, vol. 14 (1926-IV), p. 227-331.

¹³⁰ Esse impasse não se verifica na teoria dualista, pois nela a ordem interna e internacional são esferas separadas e sem interpenetração, salvo se as normas internacionais forem transformadas em normas internas.

termos estabelecidos pelas ordens jurídicas nacionais. Note-se que, em última instância, essa corrente chega às mesmas conclusões que a teoria dualista.

Por outro lado, para o monismo internacionalista, que encontra em Kelsen seu principal teórico, há um único ordenamento jurídico, e a ordem nacional se subordina à ordem internacional, em razão do princípio do *pacta sunt servanda*. Assim o é porque as comunidades nacionais dão origem ao direito internacional, com sua anuência, de modo que não podem descumpri-lo, considerando que elas mesmas o criaram. Em outras palavras, o fundamento de validade do monismo internacionalista (o referido princípio *pacta sunt servanda*) representa o dever dos Estados de cumprir as suas obrigações internacionais.

Ademais, a partir do instituto da responsabilidade internacional do Estado, passaria a haver uma sanção, eleita pelo sistema jurídico internacional, como forma de manter o predomínio do direito internacional sobre o direito interno. O objetivo dessa sanção é não admitir que uma norma doméstica exista em desacordo com um preceito internacional, sob pena de nulidade, pois a norma internacional é a fonte e o fundamento da norma de direito interno, sendo a norma máxima da qual derivam todas as demais.

Retomando os termos determinados pelo mencionado artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, de modo a reforçar a obrigação de aplicabilidade das normas internacionais em âmbito doméstico. Se uma obrigação internacional é violada, a defesa estatal não pode se fundamentar na alegação de que a violação decorre do cumprimento das próprias leis internas. Portanto, caso o Estado tenha ratificado a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, é contraditório e incongruente que adote internamente a doutrina dualista ou monista nacionalista.

Contudo, esse primado absoluto do direito internacional é alvo de flexibilização pela corrente monista moderada, a qual nega que a norma interna deixe de ter validade caso esteja em conflito com o direito internacional – embora se caracterize como infração a ele. Essa corrente exige ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, bem como a consequente responsabilidade internacional do Estado.

Nessa linha, o monismo moderado não defende nem a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, nem a do segundo sobre o primeiro, mas a concorrência entre ambas as ordens jurídicas. Determina-se a prevalência de uma em relação à outra pelo critério cronológico de solução de conflitos de leis, e a partir da compreensão de que tanto o direito internacional como o nacional podem ser aplicados pelas autoridades do Estado no âmbito de subsunção de cada qual, conforme ditado pelo ordenamento estatal. Porém, essa

tentativa de solução não afasta a colisão entre normas, nem sequer evita a responsabilização internacional do Estado.

Pelo exposto, o monismo internacionalista é a teoria que melhor comporta o fenômeno da recepção do direito internacional dos direitos humanos ao direito interno, porque a aplicação das demais teorias de recepção conduziriam a possíveis violações de direito internacional e a consequente responsabilidade do Estado. Isso não significa dizer que as normas de direito internacional possuam maior valor que as normas de direito interno, mas somente que, uma vez voluntariamente vinculados a tratados internacionais de direitos humanos, os Estados não podem negar sua devida e adequada incorporação, sob pena de violação de normas de direito internacional e consequente responsabilização por tais transgressões.

Mazzuoli propõe, enquanto subvertente da teoria monista, o chamado monismo internacionalista dialógico.¹³¹ Parte-se da premissa de que, para o monismo internacionalista clássico, a primazia da norma internacional sobre a norma interna é inflexível (não admitindo qualquer concessão por parte da norma internacional). Contudo, o autor alerta que na temática de direitos humanos se faz necessária uma solução mais flexível e transigente, que não deixa de ser monista, tampouco internacionalista, mas refinada com dialogismo. Abre-se, assim, a possibilidade de um diálogo entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de se buscar a norma mais adequada a ser aplicada no caso concreto. Essa norma há de ser encontrada à luz da dimensão material ou substancial das fontes de proteção no caso fático.

Quando se trata de normas que asseguram um direito humano, deve prevalecer aquela que mais amplia tal direito – ou que satisfaça melhor o resultado da ponderação entre direitos no caso concreto, caso tal técnica seja necessária –, seja ela uma norma de direito interno ou internacional.¹³² De fato, contemporaneamente é bastante comum que as normas

¹³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 44 e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131-132.

¹³² É o caso da (im)possibilidade de execução de pena antes da ocorrência do trânsito em julgado da condenação penal. Tanto a CADH, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (arts. nº 8.2 e 14.2, respectivamente) preceituam que a presunção de inocência permanece até que não se comprove legalmente sua culpa. Todavia, a Constituição brasileira de 1988 estende a presunção de inocência até o trânsito em julgado (art. 5º, LVII). Assim, a norma constitucional é mais favorável ao acusado, porque amplia sua presunção de inocência. Tal norma é válida perante os referidos tratados, não só porque a expressão “legalmente”, presente nas normas internacionais, deve ser entendida como “juridicamente”, a abarcar também as normas constitucionais, mas também porque aquela confere maior eficácia ao direito humano/fundamental à presunção de inocência frente o poder punitivo do Estado, de maneira que se trata de opção legítima feita pelo constituinte originário.

mais favoráveis aos direitos humanos venham do direito internacional, mas tal fato empírico não leva à conclusão em abstrato de que essas normas *sempre, em todos os casos*, devam ter prevalência sobre as de direito interno.

Entendemos, na mesma linha que Bidart Campos, que as normas de direitos humanos se retroalimentam,¹³³ se complementam, não sendo excludentes entre si, de maneira que cabe à hermenêutica a otimização dos direitos – o que não significa necessariamente afirmar que a norma preterida seja inválida, mas que a norma prevalente é mais completa e, por isso, deve ser aplicada.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) essa “cláusula de diálogo” encontra-se prevista no art. 29, alínea *b*, segundo a qual nenhuma das disposições da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que sejam reconhecidos em virtude de leis de quaisquer dos Estados-partes, ou em virtude de convenções de que seja parte um dos Estados. Nesse sentido, na teoria monista internacionalista dialógica, a prevalência da norma internacional sobre a norma interna permanece intacta, pois são os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos que autorizam a aplicação da norma interna.¹³⁴

Contudo, é inegável que a expansão do direito internacional, o direito internacional dos direitos humanos e a pluralidade de ordens jurídicas colocam em xeque o conceito tradicional de soberania, bem como evidenciam a necessidade de revisitá-lo.

2.4 Soberania estatal e direito internacional dos direitos humanos

Para tratar da relação entre direito internacional e direito interno, um tanto quanto impactada pela nova realidade da pluralidade de ordens jurídicas, é necessário analisar o instituto da soberania. O conceito de soberania guarda profunda relação com o poder político. Nessa perspectiva, conforme magistério de Ricardo Lewandowski, o poder, em sua acepção mais singela, significa a capacidade de algo ou alguém produzir efeitos no universo físico ou social e, enquanto fenômeno social, diz respeito a uma relação entre pessoas¹³⁵ ou entre grupos de pessoas.

Quanto aos fundamentos do poder político, Weber observou que as relações de ordem e obediência não poderiam fundar-se exclusivamente no uso da força, devendo encontrar

¹³³ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 80.

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 44.

¹³⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 197.

bases mais sólidas, as quais identificou como legitimidade do poder.¹³⁶ Assim, pode-se dizer que historicamente o conceito de soberania é vinculado à racionalização jurídica do poder.

Desde a antiguidade até o absolutismo, o poder era exercido de forma absoluta, de modo que foi somente com o surgimento do Estado moderno que a legitimidade do poder passou a encontrar arrimo crescente sobre a lei.¹³⁷ A soberania guarda direta relação com o poder porque busca fundamentá-lo. Nesse contexto, observa Lewandowski que a soberania fora atribuída primeiramente ao monarca, depois à nação e finalmente ao Estado,¹³⁸ adquirindo gradualmente os contornos jurídicos que constituem os limites de sua atuação.

Assim, para analisar a temática da relação entre soberania e direitos humanos, primeiramente é preciso partir do geral, abordando o surgimento do instituto da soberania, bem como sua evolução, para então analisar sua relação com o direito internacional e com o direito internacional dos direitos humanos.

Nessa quadra, conforme lição da doutrina, o conceito de soberania tem sido debatido desde o século XIV, construindo-se farta bibliografia e diversas teorias sobre o tema – o que, contudo, fez com que o conceito se tornasse pouco preciso, dando margem a distorções ao alvedrio de conveniências momentâneas.¹³⁹ Fato é que a noção de soberania foi forjada no contexto de fundamentação da supremacia real,¹⁴⁰ de maneira que, para ser bem compreendida, deve ser estudada no contexto das razões históricas que lhe deram origem.

Em um primeiro momento, o referido conceito foi construído a fim de garantir a unificação do poder político nas mãos de um único governante, no contexto do surgimento e fortalecimento dos Estados modernos entre os séculos XV e XVI. Nesse contexto, Bodin atribuiu à soberania a característica de poder absoluto e perpétuo de uma república.¹⁴¹ Nas monarquias absolutistas, a autoridade era exercida de maneira incontestável, tanto interna quanto externamente, tratando-se de uma unidade de poder contínua e solidamente organizada, a impor aos seus súditos o dever de obediência em caráter geral e abstrato.

Cabe ressaltar que a obra de Bodin, primeiro grande teórico do instituto da soberania, foi escrita no século XVI, no contexto de monarquias fundamentadas em uma suposta origem divina, desprestigiadas no exercício do poder,¹⁴² de maneira que a forma e o conteúdo

¹³⁶ Sobre o tema, ver: WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretative sociology*. New York: Bedminster Press Incorporated, 1968, v.1, p. 212-254.

¹³⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 200.

¹³⁸ Idem, ibidem.

¹³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 74.

¹⁴⁰ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973, p. 327.

¹⁴¹ BODIN, Jean. Capítulo VIII. *Les Six Livres de la République*. Livro I. Paris, 1576, p. 179.

¹⁴² MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 160.

do instituto serviram de instrumental para legitimar o poder estatal naquele determinado tempo e espaço.

Além disso, importa considerar que a noção de soberania desenvolvida por Bodin é anterior ao nascimento do direito internacional. Ela foi concebida quando os Estados modernos ainda se encontravam em período embrionário, caracterizado por um estágio de transição entre o declínio do feudalismo e o início do que viria a ser o Estado moderno. Portanto – e não poderia ser diferente –, conforme adverte o jurista argentino Pablo Luis Manili, a visão que Bodin tinha sobre soberania era exclusivamente interna, doméstica, nacional,¹⁴³ pois naquele contexto histórico não havia acúmulo fático e teórico, necessário e suficiente para se pensar no conceito sob uma ótica internacionalista ou mesmo apta a conviver em harmonia com o direito internacional. Naquela época, as relações internacionais não existiam enquanto relações entre Estados, mas como vínculos pessoais entre os monarcas. Dessa forma, é nítido que se tratava de uma realidade diametralmente oposta à contemporânea.

Quanto aos limites do poder do soberano, Bodin afirma que o poder do monarca é absoluto, sujeito tão somente às leis divinas, às leis naturais e a certas leis humanas comuns a todos os povos – e mesmo tais restrições não retiram o caráter absoluto da soberania.¹⁴⁴ Sobre tal afirmação, Manili a interpreta no sentido de que, *mutatis mutandis*, tais limitações correspondem ao que contemporaneamente se entende por princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas,¹⁴⁵ os quais se encontram previstos no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como uma das fontes principais do direito internacional. Sob essa perspectiva, de certa forma pode-se até mesmo assemelhar os limites estabelecidos ao poder soberano por Bodin com as normas *jus cogens* da atualidade.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Já no contexto de declínio do absolutismo, John Locke afirma que em uma sociedade conformada por um contrato social, o poder conferido ao Estado pelos indivíduos teria como fim a preservação dos direitos à vida, liberdade e posse dos cidadãos, de maneira que ele não poderia ser considerado absoluto ou arbitrário¹⁴⁸ – por ter origem justamente no

¹⁴³ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 161.

¹⁴⁴ BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Trad.: José Carlos Orsi Morel. Vol. I, São Paulo: Ícone, p. 207.

¹⁴⁵ MANILLI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 162.

¹⁴⁶ Normas *jus cogens* dizem respeito às normas imperativas do direito internacional público, as quais não podem ser afastadas por vontade do Estado, por serem imperativas do direito internacional e, portanto, inderrogáveis pela vontade das partes.

¹⁴⁷ Evidentemente, Bodin não vislumbrou os limites do poder soberano no sentido de aventar a existência de normas de direito internacional. Mas o reconhecimento da existência de limites ao exercício da soberania pelo teórico fundador do conceito é relevante para demonstrar que mesmo durante o período de emergência dos Estados absolutistas a soberania não era, em verdade, tida como *absoluta* e totalmente ilimitada.

¹⁴⁸ LOCKE, John. *Two treatises of government*. New York: Mentor, 1965, p. 428-429.

consentimento mútuo daqueles que compõem uma comunidade. Dessa forma, ele jamais poderia ser exercido de forma despótica, sob pena de legítima rebelião por parte dos súditos, a fim de exercer seu legítimo direito de retomar a liberdade originária, anterior àquele contrato social.¹⁴⁹

Ao retomar o tema da legitimidade do poder, a Revolução Francesa alçou o conceito de soberania popular a dogma de direito público, não mais como atributo dos governantes, mas do povo. Rousseau estabelece o conceito de soberania popular pelo qual o povo, que é submetido às leis, deve também ser o autor delas, pois somente aos membros de uma sociedade compete estabelecer suas normas.¹⁵⁰ A partir daí, conforme nota Lewandowski, Rousseau (conscientemente ou não) superou as restrições que se impunham ao exercício ilimitado do poder, pois a partir do conceito de soberania popular a vontade do povo não conheceria limites ou regras.¹⁵¹ Todavia, adiante se buscará verificar se de fato a soberania possui ou não limitações.

Quanto à titularidade da soberania, se para Rousseau a soberania resultava da soma das distintas frações de poder pertencentes a cada um dos indivíduos integrantes de determinada sociedade, para Sieyès a unidade do Estado se caracteriza por uma nação enquanto expressão dos interesses permanentes de uma comunidade.¹⁵² Nessa acepção, a nação não se confunde com o agrupamento de pessoas que a compõem em determinado momento histórico,¹⁵³ de maneira que ela pode atribuir a quem desejar o poder de falar por si e de representá-la. Contudo, tal oposição perdeu a importância com o surgimento da democracia representativa, já que, nesse sistema, aqueles que representam a nação constituem também o povo.

Posteriormente, atribuiu-se a titularidade da soberania ao Estado enquanto pessoa jurídica.¹⁵⁴ Todavia, contemporaneamente não há real antinomia entre tais doutrinas, pois, se do ponto de vista político a soberania encontra titularidade no povo ou na nação, do ponto de vista jurídico aquela só pode ser exercida pelo Estado.¹⁵⁵ Assim, nota-se que, em verdade, se trata de duas faces da mesma moeda, pois a soberania da nação ou do povo é a mesma do Estado, variando tão somente o enfoque que se utiliza: político ou jurídico.

¹⁴⁹ Idem, *ibid.*, p. 460-461.

¹⁵⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. New York: Penguin, 1980, p. 83.

¹⁵¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 227.

¹⁵² Sobre o tema, ver: SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers État*. Genève: Droz, 1970.

¹⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: I – o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 14.

¹⁵⁴ PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 113.

¹⁵⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 232.

Quanto ao conceito propriamente dito, conforme aduzimos acima, a soberania como princípio político e normativo teve seus alicerces concebidos a partir da Idade Moderna, no contexto histórico em que o poder real passou a ocupar o espaço político antes pertencente aos senhores feudais. Dessa forma, pode-se concluir que sua elaboração teórica se deu no contexto de condições históricas favoráveis à centralização do poder político em Estados unitários. A soberania, então, não simplesmente coincide com o poder estatal: representa uma qualidade desse poder.¹⁵⁶ Trata-se de um grau que pode atingir o poder estatal na medida em que não admita que nenhum outro poder se equipare ou concorra com ele.¹⁵⁷

A soberania, no contemporâneo, possui dupla feição: interna e externa. A feição externa diz respeito ao relacionamento dos Estados no âmbito internacional e visa a excluir toda a subordinação e dependência em face de Estados estrangeiros. Dessa forma, no plano externo, a soberania preceitua que inexistente qualquer subordinação ou dependência nas relações recíprocas entre Estados.¹⁵⁸ Por outro lado, a feição interna diz respeito à autoridade suprema do Estado perante as pessoas (físicas e jurídicas) que dele façam parte ou que se encontrem em seu território. Para Dalmo Dallari, se trata, em suma, do poder de decisão em última instância do Estado sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.¹⁵⁹

Assim, por um lado, a soberania corresponde ao conceito de supremacia (interna) e, por outro, diz respeito à independência. Para o presente trabalho, nos importa sobretudo a feição externa do princípio da soberania, pois é aquele que mais se relaciona com o direito internacional dos direitos humanos. Contudo, interessa também investigar sobre a feição interna da soberania para averiguar se, levando-se em conta as normas de direitos humanos ratificadas pelo país, o Estado de fato possui contemporaneamente poder *pleno e absoluto* de decisão sobre a eficácia dessas normas jurídicas.

A soberania, do ponto de vista jurídico, corresponde ao poder originário e exclusivo do Estado de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver em última instância sobre a validade do ordenamento interno.¹⁶⁰ Contudo, embora o Estado constitua instância máxima de decisão dentro de seu próprio território, ele não detém um poder absoluto e ilimitado, porque o exerce dentro dos limites do Estado de Direito,¹⁶¹ o qual compreende os princípios da legalidade e da juridicidade,¹⁶² bem como um

¹⁵⁶ Idem, *ibid.*, p. 234.

¹⁵⁷ MALBERG, R. Carré de. *Contribution a la théorie générale de L'Etat*. Paris: Sirey, 1920. t. 1, p. 71.

¹⁵⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 235.

¹⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38.

¹⁶⁰ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 153.

¹⁶¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 236.

¹⁶² Respeito ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas às *leis*.

sistema de garantias e liberdades fundamentais. Além disso, no plano internacional, impõe-se ao Estado o cumprimento das normas do *Direito das Gentes*, bem como dos princípios gerais que permeiam a matéria.

Quanto à natureza jurídica do instituto, observa-se que a doutrina ora o trata como princípio, ora o trata como uma qualidade do Estado. Superando essa oscilação, entendemos que a soberania possui dupla faceta: tanto é uma característica, um atributo do Estado, quanto é um princípio – o qual, pela sua natureza, lhe permite ser ponderado no caso de colisão com outras normas da mesma natureza (outros princípios).

Como leciona Dallari, a soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. É una pois dentro do território de um Estado vigora apenas um poder soberano.¹⁶³ É indivisível porque é o mesmo poder que se aplica a todos os fatos ocorridos dentro do Estado; ainda que existam distintos órgãos para distribuir funções, é o mesmo poder e a mesma autoridade que os anima: o poder é uno, embora haja diferentes órgãos e funções. É inalienável, porque não pode ser cedida ou transferida a outrem, sob pena de desaparecer. Por fim, é imprescritível, porque não sofre limitação temporal, ou seja, o decurso do tempo não faz com que desapareça, ainda que seus titulares não a exerçam efetivamente.

Quanto aos limites da soberania, do ponto de vista do direito, ela sempre encontrou, encontra e encontrará limites nos *postulados normativos*, assim compreendidos como sendo pressupostos epistemológicos do sistema jurídico, independentes de posituação¹⁶⁴, e que devem obrigatoriamente ser considerados durante o processo de elaboração e interpretação das normas jurídicas. Note-se que não se está falando de limitações impostas pelo direito natural, esse não se confunde com pressupostos epistemológicos do sistema jurídico.

Ademais, é importante destacar que, conforme a teoria da autolimitação do Estado, esse pode, caso julgue adequado, assumir obrigações externas, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por normas de direito internacional.¹⁶⁵ Assim, as restrições determinadas ao Estado por si mesmo não representariam uma diminuição de poder, porque estabelecidas em decorrência de sua própria vontade e de seu interesse.

Sob esse prisma, nota-se que a temática da soberania guarda importante relação com o direito internacional e com a forma de os Estados o enxergarem, embora esse vínculo seja, em geral, um tanto quanto delicado. Hugo Grotius, para muitos o fundador do direito

¹⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p.115.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 95-107.

¹⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p. 82.

internacional, concebia a soberania como derivada do poder civil, caracterizada por ser um poder supremo.¹⁶⁶ Nesse sentido, o direito internacional surgiria justamente do relacionamento da vontade incondicionada de um Estado com outras vontades de igual natureza, advindas de outros governos soberanos, de maneira que certos direitos podem se originar pelo acordo de vontades de dois ou mais Estados.¹⁶⁷

Assim, Grotius concebeu a ordem jurídica internacional como resultante da interação entre Estados soberanos; portanto, uma das maiores contribuições do jurista holandês foi compreender, na base do direito internacional, a convivência dos Estados por meio do consenso e da razão – e não por uso de força, guerra e arbítrio. Nesse sentido, fora dos limites do Estado, deve haver um espaço (direito internacional) em que ele não seja soberano, ou em que ele o seja somente de maneira concorrente com outros.

Contudo, conforme magistério de Lewandowski, a tese da absoluta autonomia e soberania dos Estados frente o direito internacional, cuja existência apenas era possível em razão da autolimitação da vontade estatal, permaneceu intacta até o início do século XX. Somente com Kelsen é que surge uma sólida tentativa de conferir unicidade ao ordenamento normativo, sob o ponto de vista de sua teoria pura do Direito, abrangendo em um mesmo sistema o direito interno e o direito internacional¹⁶⁸ (monismo) – já que tanto o direito interno, quanto o direito internacional possuem seu fundamento de validade na mesma norma hipotética fundamental. Além disso, a característica do Direito de ser um todo fechado sobre si torna-o um *único* sistema, que não compartilha qualquer contradição interna.¹⁶⁹

Nesse sentido, para o célebre jurista austríaco, é o *jus gentium* que delimita o domínio territorial dos Estados, isto é, a esfera de validade espacial das diversas ordens jurídicas estatais, de forma a tornar possível a coexistência simultânea de uma pluralidade de ordens jurídicas.¹⁷⁰ Assim, a opção pelo primado do direito internacional leva a um abrandamento da noção clássica de soberania. Para Lewandowski, com o fim da Segunda Guerra, o monismo de Kelsen acabou tendo maior aceitação por parte dos juristas, sobretudo em razão da crescente influência das organizações internacionais, como a ONU, além da expansão do fenômeno da globalização.¹⁷¹

Se, por um lado, não se pode deixar de reconhecer a importância do princípio da

¹⁶⁶ GROCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Reus, 1925. t. 1, p. 151-153.

¹⁶⁷ Idem, *ibid.*, p. 16.

¹⁶⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 244.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 384.

¹⁷⁰ Idem, *ibid.*, p. 450.

¹⁷¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, op. cit., p. 246.

soberania, por outro, contemporaneamente não mais se sustenta a tese de que os tratados celebrados pelos Estados representariam meros compromissos externos, sem repercussões no ordenamento jurídico interno, revogáveis a qualquer tempo, sob pena de rompimento com o equilíbrio dos ajustes e da boa-fé internacional. Justamente por isso, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados consagra que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificção para o não cumprimento de um tratado.

No plano internacional, o conceito de soberania foi pela primeira vez utilizado no contexto da chamada Paz de Westfália, que diz respeito ao conjunto de tratados que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos entre várias potências europeias. Nessa ocasião, o conceito de soberania foi estabelecido como competência única e suprema que cada Estado possui em seu próprio território, proibindo-se, em consequência, toda intervenção de um Estado no território de outro.¹⁷² Sob essa perspectiva, nota-se que a soberania diz respeito muito mais à relação entre Estados no plano internacional do que sobre as peculiares relações criadas pelas normas internacionais de direitos humanos, as quais estabelecem direitos e deveres entre Estados e indivíduos e não entre Estados, como a maioria das normas de direito internacional.

Para Comparato, atualmente a soberania é entendida como a mútua independência dos Estados no plano internacional. Nessa linha, o artigo 2.1 da Carta das Nações Unidas é baseado no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros. O ilustre jurista, ao compreender a soberania sob a perspectiva de um princípio, pontua que os princípios jurídicos não são interexcludentes, mas que, ao contrário, devem ser interpretados e aplicados de modo harmônico.¹⁷³ Por isso, tanto a soberania política interna (compreendida como soberania do povo no regime democrático), quanto a externa (que se faz presente no âmbito internacional) não excluem a aplicação do Estado de Direito, que determina a submissão de todos os titulares de poder, inclusive do poder supremo, ao ordenamento jurídico.¹⁷⁴ Do contrário, a soberania, em seu aspecto interno e externo, seria sinônimo de irresponsabilidade e impunidade.¹⁷⁵ Portanto, admitir limites à atuação do Estado não significa necessariamente negar a sua soberania, a qual pode sofrer limitações sem que o conteúdo essencial do poder estatal seja comprometido. A soberania irrestrita *não é* – e

¹⁷² COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

¹⁷³ Idem, *ibid.*, p. 76.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*.

majoritariamente nunca foi – um atributo do Estado.

O fenômeno da internacionalização dos direitos humanos promove inegável impacto na soberania dos Estados à medida que tais direitos passam a ser assunto não somente de jurisdição interna, mas também do direito internacional. Além disso, os indivíduos têm a prerrogativa de exigir o cumprimento das normas de direitos humanos por parte do Estado. Considerando-se que uma das compreensões sobre a soberania é de que se trata de poder do povo (e não de seus governantes), o direito de se exigir que o Estado cumpra as normas de direitos humanos pode ser visto como uma forma de exercício da soberania.

Quanto à adesão dos Estados a tratados internacionais em matérias de direitos humanos, sua celebração não implica em perda de poder, pois sua capacidade de atuação passa a ser potencializada pela ação internacionalmente coordenada. Assim, no plano internacional, ainda que se compartilhe parte de suas competências ou que se permita que suas ações sejam apreciadas por uma jurisdição internacional – como é o caso dos tribunais internacionais de direitos humanos –, a soberania não é violada se tais atribuições surgirem de vontade livre e desembaraçada do Estado nesse sentido. Tampouco é infringida a soberania de um Estado se esse mantiver a capacidade jurídica de atuar individualmente, conservando o direito de denúncia do acordo.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

Em síntese, sob a perspectiva externa da soberania, a qual guarda relação com o direito internacional, exatamente no exercício de seu poder soberano, os Estados decidem se sujeitar a um sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos pelas razões acima expostas, de modo que não podem alegar o princípio da soberania para descumprir normas que consentiram em aderir.

São as Constituições, em regra, que preveem a possibilidade de o Estado soberano assumir voluntariamente obrigações internacionais, e tais compromissos dependem, em sua maioria, da aprovação dos representantes do povo. De tal modo, o Estado assume compromissos internacionais porque tanto o poder constituinte, quanto o poder constituído assim decidem fazê-lo. É exatamente esse o caso da Constituição brasileira de 1988, em seu art. 49, inciso I, que atribui competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados internacionais.

Nessa linha, ainda que se queira recorrer ao conceito clássico de soberania, é preciso lembrar que mesmo a atuação nacional na celebração de tratados de direitos humanos é

¹⁷⁶ Idem, *ibid.*, p. 294.

¹⁷⁷ Analisaremos adiante a possibilidade específica de os Estados exercerem o direito de retirada de tratados internacionais de direitos humanos e suas consequências quanto ao bloco de constitucionalidade.

manifestação da atividade soberana do Estado.¹⁷⁸ No mesmo sentido já se manifestou a Corte Permanente de Justiça Internacional, a entender que a elaboração de tratados não pode ser vista como amesquinamento da soberania, mas sim como sua plena manifestação, pois a celebração de um tratado é justamente um dos mais importantes exercícios de soberania por parte do Estado.¹⁷⁹ Assim, é fundamental que a soberania não seja utilizada como argumento estatal para se esquivar da implementação e promoção de direitos humanos em seu território, para se furtar a adotar uma interpretação internacionalista ou para descumprir decisões emanadas por tribunais internacionais de direitos humanos.¹⁸⁰ Em última instância, não podem os Estados violar direitos humanos e buscar amparo no dogma da soberania. Portanto, pode-se dizer que as normas fixadas pelos *standards* internacionais são ao mesmo tempo impostas e consentidas: para que tais normas tenham caráter obrigatório, é necessário que tenham sido objeto de adesão por parte do Estado,¹⁸¹ de maneira que uma vez consentidas, tornam-se obrigatórias.

Conforme adverte Carvalho Ramos, a proteção dos direitos humanos integra o direito internacional contemporâneo, pois a partir do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos se consolidou um catálogo de direitos da pessoa humana, bem como foram estabelecidos mecanismos de supervisão e controle do respeito e da observância de tais direitos por parte dos Estados.¹⁸² Justamente por isso, não é mais cabível que um Estado alegue, em defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado.

Tampouco é aceitável o subterfúgio de que eventual averiguação internacional sobre a situação interna ofenderia a soberania estatal. Isso porque a crescente aceitação de

¹⁷⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro*. Bauru: Edipro, 2001, p. 12.

¹⁷⁹ Corte Permanente de Justiça Internacional, *Caso S. S. Wimbledon*, sentença de 17 de agosto de 1923, P.C.I.J, Série, A, n. 1 (1923), p. 25.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, conforme aponta Taiar, assim como em determinado momento da civilização humana, os indivíduos aceitaram submeter parte de sua liberdade em benefício da convivência social pacífica (contrato social), os Estados soberanos, a fim de assegurar que o sistema internacional opere dentro de uma mínima ordem necessária à convivência harmoniosa, se submetem às leis internacionais, o que não significa que o Estado perca sua soberania, também necessária para o bom funcionamento do sistema internacional. Por consequência, a dignidade humana, princípio universal do direito internacional dos direitos humanos, não amesquinha a soberania dos Estados, ao contrário, reafirma seu conceito enquanto manifestação do poder estatal limitado pelo direito – inclusive pelas normas internacionais de direitos humanos. (TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos - uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. 321 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 255.)

¹⁸¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial: Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México, DF: Ed. Porrúa, p. 205-247, p. 20-207.

¹⁸² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

obrigações internacionais em matérias de direitos humanos – decorrente da constatação de que as falhas na proteção local tinham possibilitado inúmeras guerras e os horrores do nazismo –, culminou na impossibilidade de se alegar competência nacional exclusiva em tais questões.¹⁸³⁻¹⁸⁴ Reconhece-se, pois, que a proteção de direitos humanos é um tema de competência internacional e não meramente de jurisdição local.

Assim, para Lafer, transita-se de uma concepção hobbesiana de soberania, centrada no Estado, para uma concepção kantiana do instituto: de uma visão *ex parte principis*, fundada nas prerrogativas estatais, passa-se a uma visão *ex parte populi*, voltada para os direitos do cidadão perante o Estado.¹⁸⁵ No contemporâneo, cada vez mais se busca substituir o termo “súdito” pelo conceito de “cidadão”.¹⁸⁶ O Estado não é e não deve ser considerado fim em si mesmo, mas sim um meio para o desenvolvimento da sociedade. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo e inatingível, verifica-se a tendência contemporânea dos ordenamentos jurídicos em reconhecer os indivíduos como o centro e o fim do direito.

Destarte, a soberania ainda é limitada, em seu caráter jurídico, pela consagração e pelo respeito aos direitos e às garantias fundamentais. Os direitos humanos são um dos limites mais importantes ao exercício do poder, de maneira que a soberania passa por um processo de redimensionamento de seus contornos a partir da internacionalização daqueles direitos. Por isso, o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é verdadeiro repositório de limitações à soberania do Estado, sob a perspectiva interna e externa. Dessa forma, considerando que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de normas constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade brasileiro – por conta do §2º do art. 5º da CRFB –, o conteúdo de tais normas de direitos humanos atua como verdadeiro limite à soberania estatal e, portanto, deve ser obrigatoriamente observado.

Por decisão do poder constituinte originário (art. 4º, inciso II), a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos.¹⁸⁷⁻

¹⁸³ *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3.

¹⁸⁵ LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 145.

¹⁸⁶ Em última instância, pode-se afirmar que o exercício da soberania pelo Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é a promoção do bem comum e do bem-estar dos indivíduos e grupos de indivíduos que nele habitam, implica no exercício do respeito, de proteção e de garantia dos direitos humanos.

¹⁸⁷ Os incisos I e IV, que tratam respectivamente da independência nacional e da não intervenção, não dizem respeito às normas de direitos humanos, mas sim à relação do Brasil com *outros Estados*.

¹⁸⁸ Tal prevalência só pode ser garantida em um sistema internacional que efetive instrumentos de proteção a esses direitos, e só é confirmada a partir da observância das normas internacionais de direitos humanos por parte das nações. Mas é necessário ir além, pois não basta que o Estado reconheça normas internacionais de direitos humanos e a competência das Cortes internacionais: é preciso que se respeitem e se façam cumprir as decisões desses tribunais,¹⁸⁹ ao invés de insistir em descumpri-las sob alegação de se preservar a soberania nacional,¹⁹⁰ como veremos adiante.

No contexto europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos impõe diversas obrigações aos Estados que a ratificaram; uma delas é a de respeitar os direitos humanos então reconhecidos. Por se tratar de uma convenção de direitos humanos, a Convenção Europeia criou obrigações dos Estados-membros perante os indivíduos submetidos à sua jurisdição. A aceitação de tais obrigações, bem como o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Europeu, demonstram uma nítida limitação voluntária da soberania dos países signatários. Contudo, no antigo continente, por influência do descontentamento dos Estados com a força expansiva do direito internacional dos direitos humanos, foi desenvolvida a chamada doutrina da margem de apreciação nacional.

Em breves palavras, a teoria da margem de apreciação nacional consiste na abstenção de análise, pela Corte Europeia de Direito Humanos, de casos de direitos humanos que envolvam temas polêmicos, permitindo que cada Estado do Conselho da Europa possa exercer uma “margem de apreciação” sobre os contornos dos direitos protegidos,¹⁹¹ concedendo-lhes um certo grau de discricionariedade.

A teoria não constava da redação original da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tendo sido inserida somente em 2013, pelo Protocolo nº 15, introduziu

¹⁸⁸ No mesmo sentido, seguindo a tendência do constitucionalismo democrático e internacionalista, a Constituição chilena estabelece em seu art. 5º (2) que o exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana, sendo dever dos órgãos estatais respeitar e promover tais direitos garantidos pela constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile que se encontrem vigentes.

¹⁸⁹ Nesse ponto, cabe lembrar que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não ameaçam a soberania nacional dos Estados, em razão de seu caráter *complementar e subsidiário*, que reconhece primordialmente aos Estados a incumbência pela efetiva proteção. Somente no caso desses não zelarem efetivamente pela proteção de tais direitos é que os sistemas internacionais atuam como meio de se efetivar a proteção internacional dos direitos humanos.

¹⁹⁰ Piovesan brilhantemente ensina que cada vez mais as regras e princípios internacionais vocacionados à proteção da dignidade humana convertem-se em *parâmetros de validade* às próprias legislações locais. E adverte que uma das principais dificuldades atuais diz respeito à implementação das decisões internacionais no âmbito interno. (PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico – INCE/Síntese, jan./fev./mar. 2003, p. 94-95.)

¹⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019c, p. 189.

expressamente a “margem de apreciação nacional” no Preâmbulo da referida convenção. Apesar de essa teoria ser bastante agradável aos interesses estatais, ela coloca em risco a interpretação internacional dos direitos humanos, que tem como principal característica ser contramajoritária, já que as violações que chegam à esfera internacional não foram reparadas mesmo após o esgotamento dos recursos internos.

No contexto interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não se utiliza da teoria da margem de apreciação, reconhece a soberania como atributo dos Estados, mas não a aceita como escusa para violações de direitos humanos. Em 1998, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina negou cumprimento a uma decisão da Corte IDH tendo como fundamento, dentre outros, a soberania estatal¹⁹² quanto à interpretação dos tratados internacionais.¹⁹³ Em resposta, a Corte Interamericana afirmou que o cumprimento de suas sentenças por parte dos Estados não envolve sequer a questão da supremacia do direito internacional sobre o direito nacional, mas tão somente de se fazer cumprir aquilo com que os Estados se comprometeram soberanamente.¹⁹⁴ Ou seja, se os Estados voluntariamente ratificaram a Convenção Interamericana e reconheceram a competência da Corte IDH, não podem utilizar a soberania como trunfo para descumprir as decisões do tribunal internacional.

A Corte Interamericana ressaltou ainda que a obrigação de cumprir suas decisões é um princípio básico da responsabilidade internacional do Estado. O alerta da Corte está em conformidade com a jurisprudência internacional, segundo a qual os Estados devem cumprir de boa-fé suas obrigações decorrentes de tratados internacionais (*pacta sunt servanda*), não podendo se utilizar de argumentos de ordem interna para deixar de assumir a responsabilidade internacional.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶

A resistência da Corte Suprema argentina em cumprir determinados mandamentos

¹⁹² Nota-se que a despeito da expressa positivação de certos tratados internacionais com estatura de normas constitucionais pela Constituição Argentina, sua Suprema Corte buscou o argumento da soberania para descumprir uma decisão internacional. Isso é um indício de que, como veremos posteriormente, a consagração de normas de direitos humanos com status de normas constitucionais por si só não garante adequada e satisfatória proteção dos direitos humanos, se a interpretação de tais normas permanecer estatocêntrica.

¹⁹³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. Sentença nº CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, p. 17.

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Supervisão de cumprimento de sentença. 18 de outubro de 2017, §14.

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Supervisão de cumprimento de sentença. 18 de outubro de 2017, §12.

¹⁹⁶ No mesmo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C No. 54, §37; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 25, Considerando 64.

da Corte IDH revela uma posição, ainda utilizada pelos Estados, apoiada em um conceito arcaico de supremacia estatal. A interpretação ultrapassada desse conceito acarreta a disputa de poderes que permeia as relações entre as cortes domésticas e os tribunais internacionais.

Em conclusão, a soberania possui fundamental importância para os Estados, por se tratar de um atributo inerente e essencial desses. Contudo, ela não é absoluta (e para a doutrina majoritária, desde os primórdios da formação de seu conceito, nunca foi). Pelo contrário: ela é conformada por outras normas, como é o caso das normas internacionais de direitos humanos presentes em tratados internacionais – e que os Estados, voluntariamente, no exercício de sua soberania, se comprometeram em cumprir.

Por isso, a análise da questão da soberania é de suma importância para a interpretação e aplicação de normas de direitos humanos. Destarte, o estudo da incorporação, da recepção e da hierarquia dos tratados de direitos humanos deve ser feito partindo-se da premissa de que a soberania não é – e não pode ser – um empecilho para o descumprimento de tratados internacionais de que o Brasil voluntariamente optou por fazer parte. Não se pode perder de vista que o Estado Democrático de Direito pressupõe a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado considerando a proteção daqueles valores, o que vai ao encontro do reconhecimento e da garantia dos direitos humanos.¹⁹⁷

¹⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, op. cit., p. 54.

III. INCORPORAÇÃO, RECEPÇÃO E HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

3.1 A incorporação das normas de direito internacional de direitos humanos no Brasil

A Constituição brasileira, ao dispor sobre tratados, utiliza terminologia variada, de modo que a eles se refere ora como tratados internacionais (arts. 5º, §§ 2º e 3º; 49, I; 84º, VIII; 109º, V e § 5º); ora como convenção internacional (arts. 5º, § 3º; 84, VIII; 109, V), atos internacionais (arts. 49, I; 84, VIII) ou acordos internacionais (arts. 49, I; 178; e 52, X do ADCT); e ora como compromissos internacionais (art. 143, X). De toda forma, é certo que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entende os referidos termos como sinônimos, conforme se depreende de seu art. 2º, 1, *a*, o qual dispõe que “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Igualmente, a Constituição brasileira, apesar de adotar essa multiplicidade de termos, considera-os equivalentes.¹⁹⁸

A participação brasileira na formação do Direito Internacional, nos termos do art. 21, I da CRFB, é de competência da União,¹⁹⁹ que possui um *papel dúplice* no federalismo brasileiro, pois ao mesmo tempo que é ente federado, representa o Estado Federal nas relações internacionais. O texto constitucional exige, para a celebração e a incorporação de tratados, um procedimento complexo que envolve a vontade dos Poderes Executivo e Legislativo. O art. 84, VIII da CRFB estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; e o art. 49, I, por sua vez, dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Essa participação

¹⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 505.

¹⁹⁹ Art. 21: “Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.”

dos dois Poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado internacional consagrou, na doutrina, a teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos.²⁰⁰

No direito brasileiro, conforme leciona André de Carvalho Ramos, há três fases que levam a *formação* da vontade do país em celebrar um tratado, a assumir obrigações perante o direito internacional:²⁰¹ 1) fase da assinatura; 2) fase da aprovação congressional por Decreto Legislativo; 3) fase da ratificação. Por fim, há a *incorporação* do tratado já celebrado pelo Brasil ao ordenamento brasileiro – a chamada fase do Decreto Presidencial de Promulgação.

Nessa quadra, a fase da assinatura tem início a partir das negociações quanto ao teor do futuro tratado, que são consideradas de atribuição do Chefe de Estado, em decorrência do art. 84, VIII da CRFB.²⁰² Posteriormente, caso a negociação tenha sido exitosa, o Estado realiza a assinatura do texto internacional, manifestando sua predisposição em celebrar o tratado em momento posterior. Ainda há a possibilidade de adesão a textos de tratados já existentes, dos quais o Brasil não participou da negociação. Em ambos os casos, a assinatura é de atribuição do Chefe de Estado brasileiro.

Em seguida, para que o tratado internacional vincule o país, é necessária a aprovação do Congresso Nacional. Assim, após a assinatura por parte do Presidente da República, a ele cabe encaminhar o texto ao Legislativo. A Constituição de 1988 foi omissa quanto ao prazo para fazê-lo²⁰³; de tal maneira, entende-se que esse envio é ato discricionário do Presidente. Uma vez enviado o texto do tratado ao Congresso, com a exposição de motivos elaborada pelo Ministro das Relações Exteriores, cabe ao Legislativo a sua análise e aprovação.

O trâmite é iniciado pela Câmara dos Deputados, no rito de aprovação de decreto legislativo – espécie legislativa que veicula matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. A Mensagem Presidencial é encaminhada para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que prepara o projeto de decreto legislativo. Posteriormente, o projeto é apreciado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que analisa a constitucionalidade do texto do futuro tratado. Em seguida, se necessário, o texto é apreciado por outras comissões temáticas, a depender da matéria de seu conteúdo. Depois, o projeto de

²⁰⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 506.

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

²⁰² Art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

²⁰³ Diferentemente, a Constituição de 1967 previa o prazo de quinze dias após a assinatura para que o Poder Executivo encaminhasse o texto do tratado ao Congresso Nacional (art. 47, parágrafo único).

decreto é enviado ao Plenário da Câmara, sujeito à aprovação por maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros da Casa, nos termos do art. 47 da CFRB.

Uma vez aprovado pela Câmara, o projeto é enviado ao Senado para apreciação, onde primeiramente deve tramitar na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Posteriormente, com o parecer dessa comissão, caso siga o rito ordinário, o projeto é enviado para votação no Plenário do Senado.²⁰⁴ Se aprovado, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo. Se, contudo, a Casa apresentar emenda ao texto, o projeto de decreto legislativo retorna à Câmara para apreciação. Caso a emenda seja aprovada pela Câmara dos Deputados, o projeto de decreto segue para o Presidente do Senado para promulgação e publicação. Note-se que não há prazo para o fim do rito de aprovação legislativa, mesmo quanto aos tratados de direitos humanos, tratando-se de questão de conveniência política do Congresso.

A atuação legislativa quanto à análise do tratado é reduzida, pois em geral cabe ao Congresso tão somente aprovar ou rejeitar o projeto. No entanto, como a Constituição é omissa quanto à possibilidade de emendas a textos de tratados, o Congresso Nacional, utilizando a máxima *qui potest maius potest et minus* (quem pode “o mais”, pode também “o menos”), entende pela viabilidade de aprovar tratados com emendas, que assumem a forma de “ressalvas”.²⁰⁵ Isto é: se o Congresso pode rejeitar os textos de tratados, também pode aprová-los com ressalvas.

Nesse sentido, caso não sejam aprovados no Congresso determinados dispositivos, que ficam ressalvados no texto do Decreto Legislativo, o Presidente da República deverá impor reserva a esses dispositivos no momento da ratificação. Ademais, emendas legislativas podem requerer modificação de parte do texto do tratado e devem ser comunicadas pelo Presidente aos demais parceiros internacionais sob a forma de reserva. Caso o Presidente não concorde com as ressalvas congressuais, a ele restará tão somente não ratificar o tratado.

Além do Congresso, o Presidente da República também pode formular reservas ao ratificar o tratado internacional, não sendo necessário submeter tais reservas ao Legislativo, considerando que se trata de manifestação de não submissão do Brasil à norma internacional,²⁰⁶ da mesma forma que é decisão do Chefe de Estado ratificar ou não um tratado internacional.

²⁰⁴ Há, contudo, a possibilidade de rito abreviado (nos termos do art. 91, § 1º do Regimento do Senado), pelo qual o Presidente do Senado pode, ouvidas as lideranças, conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apreciação final do projeto, sem necessidade de votação em plenário.

²⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 508.

²⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 509.

De tudo, conclui-se que para a adesão do Brasil a tais textos internacionais, devem coexistir e convergir as vontades tanto do Presidente da República, quanto do Congresso Nacional. Justamente por isso, a celebração de um tratado é um ato complexo, pois não basta a vontade isolada de um Poder – é necessária a reunião de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, não há prazo para que o Presidente da República celebre o tratado em definitivo, da mesma forma que ele não é obrigado sequer a fazê-lo, pois se trata de ato de competência discricionária do agente, pautado por sua conveniência e oportunidade.

Por fim, o momento em que o tratado entrará em vigor, conforme aponta Carvalho Ramos, depende do próprio texto: há tratados que estabelecem um número mínimo de Estados-partes para entrada em vigor, enquanto outros exigem o decurso de um lapso temporal para que comecem a vigor.²⁰⁷ A executoriedade no plano internacional é essencial para que o tratado possa ser exigido no plano interno. Assim, após a sua ratificação e a sua entrada em vigor no plano internacional, encerra-se o ciclo de formação de um tratado internamente.

Quanto à maneira pela qual o direito brasileiro enxerga o direito internacional, observe-se que o texto constitucional não possui dispositivo que trate da relação entre o direito internacional público e o interno no Brasil, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos. Logo, não há menção expressa quanto à adoção de corrente monista ou dualista.

Destarte, em razão do silêncio constitucional, predomina na doutrina que o Brasil adote a corrente dualista moderada, de modo que para os tratados internacionais produzirem efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional (no Brasil, um decreto de execução expedido pelo Presidente da República, a fim de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno).

Deveras, a Constituição brasileira não exige tal requisito como condição de validade dos tratados internacionais no ordenamento interno. Nessa linha, além da aprovação do tratado por meio de decreto legislativo, os textos constitucionais nunca exigiram a edição de um ato formal de internalização, como um decreto ou um regulamento executivo.

Todavia, a prática brasileira, respaldada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exige que seja o tratado internacional promulgado internamente por decreto de execução presidencial. Nessa quadra, para a Suprema Corte, tal decreto executivo, como momento culminante do processo de incorporação dos tratados ao sistema jurídico brasileiro, é manifestação *essencial e insuprimível*,²⁰⁸ de maneira que se pode afirmar que o STF

²⁰⁷ Idem, *ibid.*, p. 510.

²⁰⁸ ADIn 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, nº 109, DJU 13.05.1998.

também tem assumido a posição dualista moderada, sem ressalvas quanto aos tratados de direitos humanos.²⁰⁹ Contudo, tal posição não encontra amparo em nenhum dispositivo constitucional, mas tão somente em uma prática supostamente constitucional.

O questionamento que se coloca quanto ao atual posicionamento do Supremo Tribunal é que não há em nenhum artigo da Constituição de 1988 a exigência de que o Presidente da República deva promulgar e fazer publicar tratados para que sejam válidos perante o ordenamento jurídico nacional. O texto constitucional, em seu art. 84, inciso IV, se refere apenas à promulgação e publicação das leis e, quando teve a intenção de se referir a tratados, o fez expressamente.

Para André de Carvalho Ramos – posição com a qual concordamos – é desnecessária a edição do decreto de promulgação para todo e qualquer tratado.²¹⁰ Nesse sentido, para fins de publicidade, basta que a ratificação e a entrada em vigor internacional sejam atestadas (efeito meramente declaratório) nos registros públicos dos atos do Ministério das Relações Exteriores (Diário Oficial da União), a fim de se garantir salutar sintonia entre a validade internacional e a validade interna dos tratados.

Para outro setor doutrinário, em regra adota-se o sistema dualista, com exceção dos tratados internacionais de direitos humanos,²¹¹ já que especificamente quanto a essa espécie de normas, o texto constitucional faz opção por lhe conferir eficácia imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CRFB.²¹² Assim, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, já passam a irradiar efeitos nas ordens jurídicas internacional e interna, independentemente de decreto de execução.

De acordo com esse entendimento, o direito brasileiro teria feito opção por um sistema misto²¹³ de forma que, em razão do art. 5º, § 1º da CRFB, aplica-se o modelo de

²⁰⁹ No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2018, prevaleceu a necessidade de decreto executivo para a internalização de tratados de direitos humanos. Contudo, em voto divergente, o Ministro Edson Fachin ressaltou que a falta de decreto executivo não pode comprometer a aplicação em território nacional dos tratados ratificados pelo Brasil. Fachin afastou, então, a necessidade de decreto do executivo para a internalização de tratados de direitos humanos, uma vez que, nos exatos termos do art. 5º, § 2º da Constituição, o único requisito é que o Estado seja parte do tratado. Para o artigo 16 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, isso significa que um Estado consentiu em se obrigar internacionalmente naquele sentido. Portanto, seria incompatível com o texto constitucional condicionar a produção de efeitos internos dos tratados de direitos humanos à promulgação presidencial. (Registro de Candidatura (11532) nº 0600903-50.2018.6.00.0000).

²¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 510.

²¹¹ Por todos: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 173 e ss.

²¹² “Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²¹³ No sistema misto o Estado não reconhece a vigência automática de toda e qualquer norma de direito internacional, mas somente acerca de determinadas matérias. Assim, as normas internacionais relativas a essas matérias específicas vigoram na ordem interna independentemente de um processo adicional de incorporação;

incorporação automática aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; enquanto aos demais tratados internacionais, se exige a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna (modelo dualista moderado). Assim, conforme leciona Piovesan, o § 3º do art. 5º da CRFB tão somente buscou fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos²¹⁴ – apesar de não lhe ter sido conferida a melhor redação, como veremos mais adiante no presente trabalho.

De toda maneira, quer se adote a teoria mista, quer se julgue desnecessária a edição do decreto de promulgação para todo e qualquer tratado, ambos os entendimentos chegam à mesma conclusão no que se refere aos tratados de direitos humanos: tais normas têm aplicação imediata. Conforme já mencionamos e aprofundaremos adiante, os tratados internacionais de direitos humanos têm particularidades, pois além de disporem de aplicação imediata (art. 5º, §1º), possuem status constitucional, por se referirem a direitos e garantias fundamentais, bem como em razão disposta no artigo 5º, parágrafo 2º. Logo, se não é exigida do Presidente da República a promulgação de emenda constitucional, tampouco seria necessária a promulgação, por parte dele, no tocante a normas internacionais de direitos humanos – justamente por possuírem status de normas constitucionais.

A sistemática de incorporação automática dos tratados de direitos humanos adotada pela Constituição brasileira (em função do comando que lhes confere aplicação imediata) se revela como tendência constitucional na contemporaneidade. Nessa linha, a Constituição portuguesa de 1976 determina que as normas e os princípios de direito internacional, geral ou comum, fazem parte integrante do direito português²¹⁵. Trata-se do fenômeno da recepção automática das normas de direito internacional pelo direito português, a chamada “cláusula geral de recepção plena”,²¹⁶ segundo a qual tais normas entram em vigor internamente ao mesmo tempo que adquirem vigência na ordem internacional, independentemente de transformação em lei ou de outro ato de direito interno²¹⁷ (primado do *international law is part of the law of the land*). De igual forma ocorre no direito espanhol: nos termos do art.

e ao contrário, todas as outras vigoram apenas a partir de um processo específico de incorporação. Tal modelo resulta da adoção cumulativa das teorias monista e dualista, a depender da matéria contida nos tratados internacionais. (PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95)

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 175.

²¹⁵ Art. 8º, 1. “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

²¹⁶ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, op. cit., p. 108.

²¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 899-90.

96.1 da Constituição espanhola, os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente, fazem parte da ordem interna espanhola.²¹⁸

No mesmo sentido vai a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que em seu art. 25 possui cláusula geral de recepção plena de normas de direito internacional, a prever que as normas gerais de direito internacional público são parte integrante do direito federal alemão e prevalecem sobre as leis, constituindo fonte direta de direitos e obrigações.²¹⁹ De modo semelhante, o direito francês, nos termos do artigo 55 de sua Constituição, adota a recepção automática do direito internacional.²²⁰

Portanto, à luz do direito comparado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se em consonância com a tendência constitucional contemporânea de adoção da cláusula de incorporação automática dos tratados internacionais no tocante à matéria de direitos humanos. Não obstante, é de suma importância o reconhecimento de tal cláusula por parte do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se necessária a sua distinção com relação às demais espécies de tratados. É preciso que a Corte reconheça que, ratificados, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos imediatos no ordenamento interno, de modo a assegurar direitos direta e imediatamente exigíveis internamente, cabendo aos poderes da República reconhecê-los, garanti-los e aplicá-los.

Quanto à formação e incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é preciso estabelecer um marco temporal em relação à Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. Antes dela, os tratados de direitos humanos seguiam o rito de aprovação dos demais, nos termos dos já citados artigos 84, inciso VIII e 49, inciso I da CRFB. Contudo, a referida emenda inseriu o §3º ao art. 5º da CRFB, o qual prevê um diverso e facultativo processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento pátrio. De acordo com o aludido dispositivo, os tratados e as 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.

²¹⁸ Artículo 96. 1. “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

²¹⁹ Artikel 25. “Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.”

²²⁰ Article 55. “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.”

O rito especial do art. 5º, §3º é facultativo: é o que se extrai da expressão “que forem” de seu texto. Assim, não se pode exigir que todos os tratados de direitos humanos se submetam ao expressivo quórum de aprovação de três quintos de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos. Do contrário, a norma provocaria efeito contrário àquele a que se propôs (melhor proteger os direitos humanos), pois dificultaria a aprovação de tais tratados. A demonstrar a facultatividade do rito, mesmo após a emenda nº 45, o Congresso brasileiro aprovou tratados de direitos humanos pelo rito comum ou ordinário.²²¹

O rito especial *pode* ser requerido pelo Presidente da República, em sua mensagem de encaminhamento do texto do tratado ao Poder Legislativo, no âmbito de sua discricionariedade, ou pode ser adotado pelo Congresso Nacional por iniciativa própria. A vontade presidencial não vincula o rito a ser adotado pelo Congresso, pois nesse caso o Presidente da República é apenas o senhor da oportunidade de *envio* da mensagem, sendo que a adoção do rito especial é matéria eminentemente congressional, conforme se infere do art. 49, I da CRFB.²²² Em outras palavras, uma vez enviado o tratado ao Poder Legislativo, cabe ao Congresso decidir sobre o quórum de aprovação e os dois turnos de votação. Assim, o Congresso tanto pode ser provocado a adotar o rito do §3º, quanto pode fazê-lo de ofício, sendo a iniciativa do Presidente concorrente, cabendo-lhe tão somente provocar a manifestação do Congresso sobre o rito especial.

Cabe ainda uma observação quanto aos tratados incorporados conforme o §3º. Apesar de esse parágrafo prever rito análogo ao *iter* de aprovação das propostas de emenda constitucional, em razão do resistente costume brasileiro de exigência de Decreto de Promulgação, o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo rito especial – a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – foi promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Todavia, conforme defendemos no presente trabalho, em verdade, o referido decreto presidencial não deve ser exigido em nenhum dos ritos de incorporação das normas internacionais de direitos humanos.

A grande diferença consiste, para o Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina, em que as normas de direitos humanos presentes em tratados e convenções internacionais só terão status de emenda constitucional caso aprovadas pelo rito do art. 5º, §3º da CRFB. No

²²¹ É o caso do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto Legislativo nº 483, de 20/12/2006, e Decreto nº 6.085, de 19/04/2007) e Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (Decreto Legislativo nº 592, de 27/08/2009 e Decreto nº 7.225, de 01/07/2010).

²²² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 322.

entanto, a inserção desse novo rito de incorporação, apesar das boas intenções do constituinte derivado, ao invés de solucionar a problemática da divergência de interpretação dada ao §2º do art. 5º quanto à estatura das referidas normas, provoca discrepância, ao conferir tratamento distinto a normas de mesma natureza, como veremos.

3.2 Aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conforme consagra o art. 5º, § 1º da CRFB, têm aplicação imediata. Em primeiro lugar, é necessário perquirir em que consiste essa aplicação imediata garantida pela Constituição de 1988. Em seguida, é preciso indagar como essa norma se aplica às normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Para José Afonso da Silva, as expressões “aplicação” e “aplicabilidade” não se confundem. Segundo o eminente autor, a aplicabilidade se refere à capacidade ou não de normas possuírem todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que regulam.²²³ Por outro lado, o termo “aplicação” a que se refere o artigo art. 5º, §1º significa que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis até os limites de suas possibilidades, isto é, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. A palavra remete-se também a que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta garantida nessas normas, não possa deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado de acordo com as instituições existentes para tanto.²²⁴ Assim, embora de aplicação imediata, a aplicabilidade dessas normas pode ser tanto imediata quanto mediata.

Contudo, é importante ter em vista que as classificações não são mais ou menos certas, mas sim mais ou menos úteis aos propósitos de quem as classifica.²²⁵ Logo, a diferença entre aplicação e aplicabilidade, com a conseqüente classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, tem maior utilidade tendo em vista a teoria elaborada por José Afonso da Silva,²²⁶ mas menor pertinência ao presente trabalho, que pretende estudar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, especificamente das normas de direitos humanos incorporadas ao ordenamento interno. Inclusive, o termo

²²³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

²²⁴ Idem, *ibid.*, p. 409.

²²⁵ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Imprenta, 1965, terceira parte, p. 66-67.

²²⁶ Sobre a tradicional classificação do constitucionalista, ver: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

constitucionalizado é “aplicação” e não aplicabilidade, de maneira que é à aplicação imediata que nos ocuparemos daqui em diante. De toda forma, o presente estudo também utilizará o termo “aplicabilidade” em sentido amplo, em razão de a expressão ser utilizada nesse sentido inclusive pela jurisprudência internacional.

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez na Constituição de 1988, sob a inspiração do direito comparado, em especial dos direitos alemão, português e espanhol.

A Lei Fundamental da Alemanha de 1949 estabelece em seu art. 1º que os direitos fundamentais por ela elencados constituem direitos diretamente aplicáveis para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No mesmo sentido, a Constituição Portuguesa de 1976, ao disciplinar os direitos e deveres fundamentais, prevê em seu art. 18 que preceitos constitucionais relativos aos direitos, às liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. De igual maneira, a Constituição espanhola de 1978, em seu art. 9º, estabelece que os poderes públicos promovam as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; que os poderes públicos removam os obstáculos que impeçam ou dificultem a plenitude dessas condições; e que facilitem a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, social e cultural.

Na América Latina, a Constituição do Chile de 1980, a partir da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Por fim, a Constituição do Equador de 2008 estabelece que devem ser observadas a aplicabilidade direta e a cláusula de abertura²²⁷ quanto aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Destarte, para a melhor defesa dos direitos fundamentais, o constituinte originário fez opção por conferir-lhes aplicação imediata. Da mesma maneira, quanto às normas de direitos humanos, adota-se a aplicação imediata às situações fáticas existentes, de forma que sob o aspecto jurídico-normativo tais normas são reconhecidas como aptas a serem invocadas desde logo pelos jurisdicionados. Consequentemente, para que sejam aplicadas, elas não necessitam de intermediação legislativa ou administrativa interna, sendo incorporadas de maneira automática. Conforme raciocínio de Piovesan, se as normas

²²⁷ A cláusula de abertura permite o reconhecimento de outras normas com a mesma hierarquia e o mesmo valor constitucional que possui o texto escrito da Constituição.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por seu turno, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas também merecem aplicação imediata.²²⁸

Em síntese, a aplicação imediata das normas de direitos humanos pode ser conceituada como a sua prerrogativa de incorporação automática ao ordenamento jurídico interno, independente de intermediação legislativa ou administrativa, tanto para fins de incorporação (validade e vigência), quanto para fins de aplicabilidade (exigibilidade). No Capítulo I, foi analisada a aplicabilidade imediata quanto à sua faceta de exigibilidade, enquanto no presente capítulo se estudará a aplicação imediata no sentido de incorporação automática, fruto da opção pelo sistema monista.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em parecer consultivo, estabeleceu que é admissível consulta relativa à autoaplicabilidade de norma presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a afirmar sua competência para decidir sobre a autoaplicabilidade ou não de norma internacional.²²⁹ Na mesma linha, no Parecer Consultivo nº 07/86, a Corte IDH estabeleceu que a CADH é autoaplicável, de maneira que uma vez em vigor a Convenção, os direitos protegidos devem ser aplicados e assegurados perante todos os órgãos estatais, sem que haja ainda a necessidade de novas leis ou atos de aplicação dos citados direitos. Ainda mencionou que em matéria de direitos humanos, a exigibilidade imediata e incondicional é a regra, e seu condicionamento é exceção.²³⁰

No mesmo sentido, para a Corte IDH, a correta interpretação do artigo 1º (obrigação de respeitar e garantir) e do artigo 2º (dever de adotar as medidas cabíveis) da CADH consiste em reconhecer que o artigo 2º introduz obrigação somente complementar à *imediata obrigação internacional de respeitar e garantir diretamente* os direitos reconhecidos pela Convenção.²³¹ Certamente, esse é o entendimento que mais se coaduna com o espírito da responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos e com a própria razão de ser dessas normas, pois, do contrário, os tratados internacionais de direitos humanos teriam enormes chances de se tornarem letra morta.

Logo, se um órgão interno possuir compreensão dissonante com o entendimento internacional em relação à aplicabilidade da CADH, exsurge a responsabilidade internacional do Estado. Dessa forma, prevalece o entendimento do órgão internacional

²²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 168.

²²⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 266.

²³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-07/86*. 29 de agosto de 1986, §36.

²³¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 266.

sobre a autoaplicabilidade ou não de norma internacional, não podendo ser considerado um assunto de direito interno.

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro, sem que seja necessário um ato jurídico complementar para sua incorporação e exigibilidade, manifesta relevantes consequências no plano jurídico interno: permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, bem como proíbe condutas e atos violadores a esses direitos, sob pena de invalidação. Em consequência, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, as normas preexistentes que com ele sejam incompatíveis perdem automaticamente a vigência²³² Além disso, as decisões judiciais que não respeitarem as normas presentes em tais tratados passam a ser recorríveis em razão de sua não observância.

Portanto, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais é assegurado pelo artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição. Assim como as normas originariamente constitucionais de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata, também as normas de direitos e garantias dispostas nos tratados de direitos humanos possuem aplicação imediata, por serem materialmente incorporadas à Constituição. Ainda que para os tratados internacionais em geral a jurisprudência e doutrina majoritárias exijam decreto presidencial para sua plena vigência, os tratados de direitos humanos passam a integrar automaticamente o rol dos direitos constitucionalmente consagrados, exigidos de maneira direta e imediata perante o ordenamento jurídico pátrio.

Por isso, não deve ser aceita a tese de que os tratados não gerariam direitos subjetivos aos particulares enquanto não houvesse decreto presidencial – apesar de os tratados obrigarem diretamente os Estados a partir de sua ratificação. É possível a imediata invocação dos tratados e convenções de direitos humanos ratificados, pois a incorporação automática traz fundamentais garantias aos particulares – como a invocação direta dos direitos e das garantias internacionalmente assegurados –, além de proibir condutas e atos violadores desses direitos, sob pena de invalidação.²³³ No caso de descumprimento dessas normas, devem tanto os tribunais nacionais, quanto os internacionais, declarar a antijuridicidade da conduta, invalidando-a.

A sistemática de incorporação automática é fruto da concepção monista, que entende o direito internacional e o direito interno como partes do mesmo todo, da mesma

²³² GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990, p. 45-48.

²³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 156.

unidade; como uma única ordem jurídica, de maneira que não há limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica doméstica. Ou seja, as normas internacionais e internas seriam integrantes do mesmo ordenamento. Portanto, pode-se afirmar que ao menos no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, o direito brasileiro opta pela teoria monista.²³⁴

Essa interpretação tem a vantagem de evitar a responsabilização internacional do Estado. Por outro lado, a atual interpretação de parte da doutrina e do Supremo Tribunal Federal, a entender pela necessidade de publicação do Decreto – bem como de que essa é de competência discricionária do Presidente da República –, potencializa o risco da responsabilização internacional do Brasil, caso o Decreto de Promulgação não seja editado. Como assevera André de Carvalho Ramos, o Decreto de Promulgação presidencial não cumpre nenhuma função que não possa ser substituída pelo Aviso de Ratificação e Entrada em Vigor, o que harmonizaria a validade internacional do tratado com sua validade interna,²³⁵ sem nenhum prejuízo para o Estado. Conforme bem sustenta o jurista, se o tratado é inconveniente, nem sequer deveria ter sido aprovado e ratificado – se o foi, deve passar a valer internamente.²³⁶

3.3 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito comparado

Além de possuir pertinência teórica, a associação entre direito internacional e direito interno possui, sobretudo, profunda importância prática. Isso se deve à crescente relevância dos tratados internacionais, cuja finalidade não é mais regular somente o convívio entre Estados, mas também a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. Dessa forma, no presente tópico analisaremos a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, nota-se uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano por meio de determinados mecanismos, dos quais se destaca a atribuição de hierarquia constitucional às normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Tal expediente evidencia uma abordagem de aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, para a qual o Estado Constitucional não mais se volta somente para

²³⁴ Importante referir que gozam deste benefício da incorporação automática *apenas* os tratados de proteção aos direitos humanos.

²³⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 311.

²³⁶ Idem, *ibidem*.

si mesmo, mas compartilha com outros Estados soberanos o dever de efetiva e adequada proteção dos direitos humanos. Trata-se de um constitucionalismo contemporâneo, democrático e aberto ao processo crescente de internacionalização dos direitos humanos.

Nesse contexto, observa-se que diversas Constituições latino-americanas conferem aos preceitos internacionais de direitos humanos natureza jurídica equivalente àquela prevista para as normas constitucionais. A Constituição da Argentina, a partir de sua reforma em 1994, prevê em seu art. 75, inciso 22 que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. Contudo, a Constituição argentina optou por enumerar expressamente os tratados de direitos humanos aos quais confere estatura constitucional²³⁷. Ainda ressalta 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.

A Constituição da Venezuela, por sua vez, dispõe em seu art. 23²³⁸ que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna – desde que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas pela Constituição²³⁹ – e têm aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público.²⁴⁰

²³⁷ Artigo 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; 1ª Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

²³⁸ Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

²³⁹ A reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos conferem um piso *mínimo* – e não máximo – de direitos e garantias.

²⁴⁰ Contudo, infelizmente se nota que a positivação dessa norma vanguardista não teve consequências na jurisprudência da Corte Suprema venezuelana. O caso venezuelano demonstra que não basta estabelecer

A Constituição do Peru prevê 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 Peru²⁴¹. O Tribunal Constitucional peruano endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos,²⁴² decidindo também que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos.

A Constituição da Nicarágua, por seu turno, em seu art. 46²⁴³ confere hierarquia constitucional aos direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Constituição da Guatemala, em seus arts. 44 e 46,²⁴⁴ prevê que os direitos e as garantias nela previstos não excluem outros que não figurem expressamente do catálogo constitucional. Também entende que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm primazia sobre o direito interno.

A Constituição da Colômbia prevê em seus art. 93 e 94²⁴⁵ que os direitos do texto constitucional não excluem outros inerentes à pessoa humana; bem como que os tratados

expressamente na Constituição a estatura constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos para que a jurisprudência nacional os respeite e os aplique de acordo com os padrões internacionais de interpretação no âmbito interno: é preciso que os tribunais domésticos reconheçam a existência do bloco de constitucionalidade, a estatura constitucional das normas de direitos humanos incorporadas no ordenamento interno, e que interpretem tais normas em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos – *locus* de onde se originam as referidas normas.

²⁴¹ Tal cláusula impõe verdadeira interpretação conforme os direitos humanos.

²⁴² A anterior Constituição peruana de 1979, em seu art. 105, previa expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. A não inserção de cláusula da mesma espécie na atual Constituição gerou profundas críticas doutrinárias (CIURLIZZA, Javier. *La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. Lecturas sobre temas constitucionales*, nº 11, p. 68.)

²⁴³ Art. 46: “[*Convenios internacionales constitucionalizados*] En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.”

²⁴⁴ “Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. [...] Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

²⁴⁵ “Artículo 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.

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

internacionais de direitos humanos prevalecem na ordem interna. Ainda preceitua que os direitos e deveres previstos na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país.

Por fim e na mesma esteira, a Constituição da Bolívia prevê em seu art. 13²⁴⁶ que os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem na ordem interna, e que os direitos consagrados na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

3.4 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro

Os dispositivos constitucionais sobre a hierarquia dos tratados estão espalhados ao longo do texto constitucional brasileiro; de sua análise globalmente considerada, se extrai que, como regra, os tratados internacionais possuem hierarquia de lei ordinária. Nesse sentido, nos termos do art. 102, III, *b* da CRFB, é cabível recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional *lei ou tratado*. O art. 105, III, *a*, por sua vez, estabelece que cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça em caso de decisão que viole ou negue vigência a lei federal ou tratado. Finalmente, nos termos do art. 47, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Nessa linha, da análise em conjunto dos três supracitados dispositivos, o Supremo Tribunal Federal conclui que os tratados internacionais geralmente possuem o estatuto normativo interno equivalente ao de lei ordinária federal. Conforme recorda Carvalho Ramos,²⁴⁷ esse estatuto foi consagrado ainda antes da Constituição de 1988.²⁴⁸ Após 1988, a Corte manteve seus precedentes no mesmo sentido, como ilustra a decisão proferida em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480. Nesse precedente, o STF, além de reconhecer o status de lei ordinária dos tratados, afirmou que eles se subordinam à Constituição, porque no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais são hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, os tratados internacionais que, incorporados internamente,

²⁴⁶ “Artículo 13, IV. 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.”

²⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 511.

²⁴⁸ RE 80.004/SE – Relator p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgamento em 10-6-1977, DJU de 29-12-1977.

transgredissem formal ou materialmente o texto constitucional não teriam nenhum valor jurídico para o Brasil.²⁴⁹

Desse modo, para o STF, em apreço à supremacia da Constituição, caso haja conflito entre normas constitucionais e um tratado em geral, a Constituição sempre prevalecerá, devendo a incompatibilidade ser submetida aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Os objetos de controle seriam o Decreto Legislativo e o Decreto de Promulgação, por serem os atos domésticos que levam à recepção das normas convencionais ao direito interno.

Para o Ministro Celso de Mello, o exercício do *treaty-making power* pelo Estado brasileiro está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.²⁵⁰ Em consequência, podem gerar a inconstitucionalidade de um tratado transgressões formais e orgânicas à Constituição, decorrentes da violação do *iter* de formação dos tratados, bem como transgressões materiais, no caso de seu texto estar em desacordo com o conteúdo das normas constitucionais. Caso isso ocorra, para o STF, deve ser declarada a inconstitucionalidade do texto internacional, com a sua invalidade perante o ordenamento interno.

Por outro lado, na hipótese de conflito entre lei e tratado, de acordo com o STF,²⁵¹ a solução não se dá pelo critério hierárquico – já que, em regra, ambos possuem hierarquia de lei ordinária –, mas sim pelo uso do critério cronológico (*later in time* ou *lex posterior derogat priori*), de modo que prevalece a norma posterior, seja ela a lei ou o tratado.²⁵² Quando, porém, não é possível solucionar a antinomia por meio do critério cronológico, utiliza-se o critério da especialidade: se as normas incompatíveis forem geral e especial, prevalece a segunda. Por fim, caso o tratado não prevaleça, há suspensão de eficácia de seu texto e não sua revogação.²⁵³

Especificamente quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o constituinte originário positivou o §2º do art. 5º, o qual preceitua que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

²⁴⁹ ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.

²⁵⁰ MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.

²⁵¹ Entendimento consagrado no RE 80.004 de 1977.

²⁵² Todavia, em tais casos, mais técnica é a compreensão de que uma lei posterior não revoga propriamente um tratado, mas sim lhe afasta a aplicação.

²⁵³ Contudo, esse entendimento está em desacordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente, bem como determina que não pode o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Apenas o ato de denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, caso o tratado não seja devidamente denunciado, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesse sentido, em comparação a constituições anteriores, o dispositivo inova em relação à sua parte final, ao incluir os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faça parte, em evidente aceno à equiparação dos direitos e das garantias presentes nos tratados internacionais à estatura constitucional de direitos e garantias presentes na Constituição de 1988.

Cançado Trindade, que foi o grande responsável durante o processo constituinte (enquanto consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores) pela inclusão do parágrafo §2º, artigo 5º, afirma que o referido dispositivo representa grande avanço para a proteção dos direitos humanos no Brasil, pois por meio dessa norma, os direitos consagrados em tratados internacionais de que o Brasil faça parte incorporam-se pelo próprio direito ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, com aplicabilidade imediata.²⁵⁴ Nesse sentido, a intangibilidade de tais direitos passa a ser determinada pela própria Constituição, inclusive estando protegidos pela proibição de emendas constitucionais que tendam a aboli-los (art. 60, §4º, IV). Assim, a especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos, a partir da Constituição de 1988, tornam-se devidamente reconhecidas pela Constituição.²⁵⁵

Considerando-se esse parecer do responsável pela redação e inserção do §2º do art. 5º, não há outra interpretação mais coerente do referido dispositivo senão a compreensão de que a vontade do constituinte originário foi justamente conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos em que o país tome parte, sob pena de se contrariar a legítima escolha do constituinte de primeiro grau.²⁵⁶

Todavia, em razão das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, é necessário abrir um flanco para distinguir o entendimento sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos antes e depois da Emenda Constitucional nº 45/2004. Nos primeiros anos seguintes à promulgação da Constituição de 1988, apesar da conquista da redemocratização, da especial importância conferida pela nova Constituição à

²⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46.

²⁵⁵ Idem, *ibidem*.

²⁵⁶ No mesmo sentido está a pesquisa realizada por Alexandre Dantas Coutinho Santos, a qual demonstra que a proposta elaborada por Cançado Trindade durante a 11ª Reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais da Assembleia Constituinte, realizada em 29 de abril de 1987, foi discutida e aprovada. Cf. SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. *A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno no sistema interamericano de proteção*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 40-42.

promoção da dignidade humana (um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, inciso III), da prevalência dos direitos humanos e da cooperação internacional (art. 3º, incisos II e IX, respectivamente), não houve mudança de entendimento do STF sobre a estatura das normas de direitos humanos. Manteve-se a antiga orientação estabelecida no Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1977, que determinava que os tratados internacionais – também de direitos humanos – incorporados internamente equivaleriam às leis ordinárias.²⁵⁷ A partir dessa compreensão, caso tais normas colidissem com leis domésticas, a antinomia deveria ser solucionada pelo critério cronológico e, subsidiariamente, pelo critério da especialidade.²⁵⁸

Nesse sentido, um exemplo paradigmático foi o caso da prisão civil do depositário infiel. Apesar de ser expressamente proibida na CADH, salvo se decorrente de obrigação alimentar, a prisão foi em primeiro momento autorizada pelo STF. A Corte assim o fez por ter entendido que o dispositivo da CADH teria status de lei ordinária, devendo se submeter ao texto constitucional brasileiro – este, permissivo à prisão civil do depositário infiel.²⁵⁹ Esse entendimento foi posteriormente revisto; todavia, ele sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina especializada, como veremos mais adiante.

Para certo segmento doutrinário, os tratados internacionais de direitos humanos teriam status supraconstitucional, em decorrência da primazia do Direito Internacional defendida pelos diplomas internacionais.²⁶⁰ O jurista argentino Bidart Campos, apesar de reconhecer que compete a cada Estado a escolha da hierarquia das normas de direitos humanos em seu direito interno, defende o caráter supraconstitucional como o mais adequado à otimização dos direitos humanos e ao constitucionalismo moderno e social.²⁶¹ Para o autor, esse traço supraconstitucional não aniquilaria o princípio da supremacia da

²⁵⁷ Deveras, na República Velha, com fundamento na Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911, que passou a regular a extradição de nacionais e estrangeiros, o seu processo e o seu julgamento, quando, fora do País, perpetrassem algum dos crimes mencionados, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os tratados internacionais prevaleciam sobre as leis nacionais, salvo se denunciados. Todavia, posteriormente a Corte mudou seu posicionamento, a partir da sobrevalorização do princípio da soberania estatal. Em um terceiro momento, apesar de notar-se oscilação do entendimento jurisprudencial, no decorrer da década de 1970, o Supremo consolidou seu entendimento pela aplicação da máxima *lex posterior derogat priori* no caso de conflito entre tratados e leis internas, conforme demonstra o RE nº 80.004 (SANTOS, Carlos Frederico. *Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 12 – n. 41, p. 13- 43– jul./dez. 2013, p. 15-17).

²⁵⁸ ADI-MC 1.480.

²⁵⁹ Sobre o tema, ver: HC 72.131-RJ.

²⁶⁰ MELLO, Celso A. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33.

²⁶¹ CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 353.

constituição, pois a razão de ser do constitucionalismo em última instância é a proteção da pessoa humana.²⁶²

Um segundo setor doutrinário, por sua vez, defendia desde a promulgação da Constituição de 1988 o estatuto constitucional dos tratados de direitos humanos, em razão do artigo 5º, §2º da CRFB e sua redação, a qual consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes, de maneira a abranger também aqueles previstos nos tratados internacionais. Trata-se da chamada *cláusula de abertura*, que fornece aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos a almejada estatura constitucional, passando a integrar o chamado *bloco de constitucionalidade*. Inclusive, é essa a posição tida como mais acertada para o presente estudo, considerando-se o espírito da Constituição de 1988 e a vontade do poder constituinte originário.

A fim de conciliar a visão, quanto aos tratados de direitos humanos, à época majoritária do Supremo Tribunal Federal – de sua estatura equivalente a lei ordinária federal – com a visão doutrinária – de sua estatura equivalente a normas constitucionais –, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou em *obiter dictum* a proposta de força supralegal às convenções de direitos humanos, com o propósito de lhes conferir aplicação direta às suas normas, ainda que contrariamente a leis ordinárias, desde que não se viole a Constituição, especificando ou ampliando os direitos e as garantias dela constantes.²⁶³ Todavia, inicialmente tal posição não logrou êxito no plenário do STF, de maneira que até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 persistia forte debate doutrinário sobre a posição hierárquica desse tipo de tratado internacional.

Destarte, é possível identificar quatro interpretações principais sobre a natureza das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: 1) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional, que deve predominar sobre as normas constitucionais; 2) natureza constitucional, em decorrência da cláusula de abertura estabelecida pelo art. 5º, §2º da CRFB; 3) natureza supralegal, acima da lei, mas inferior à Constituição; 4) natureza equiparada à lei ordinária federal, em razão do suposto silêncio constitucional sobre as normas de direitos humanos, de maneira que a elas deveria ser aplicada a mesma estatura que às normas referentes aos tratados em geral.

Assim, tendo em vista o impasse doutrinário e a resistência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer aos tratados de direitos humanos natureza e estatura diferenciadas, buscou-se via emenda constitucional a positivação expressa da hierarquia constitucional dos

²⁶² Idem, *ibidem*.

²⁶³ RHC 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.

tratados de direitos humanos. Nesse contexto, a EC nº 45/2004 inseriu o §3º no art. 5º, com a seguinte redação: “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.”.

Todavia, a redação final aprovada pelo constituinte derivado frustrou as expectativas dos defensores de direitos humanos, pois condicionou a existência de natureza e hierarquia equivalentes a normas constitucionais ao rito similar ao das emendas constitucionais. Aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, a emenda tornou a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos mais dificultosa, caso se opte por lhes conferir internamente estatura de normas constitucionais. Como se não bastasse, a redação do dispositivo, ao usar a expressão “que forem”, sugere a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos pós-emenda nº 45: de um lado os aprovados pelo rito equivalente ao de emendas constitucionais, e de outro, os aprovados pelo rito comum (maioria simples e em turno único). Por fim, também nada mencionou quanto aos tratados promulgados antes da Emenda Constitucional nº 45. Diante de tais razões, em vez de colocar fim ao intenso impasse doutrinário e privilegiar a estrutura mais elevada das normas de direitos humanos, o §3º do art. 5º da CRFB, com a redação que foi positivada, trouxe ainda mais controvérsias, desarranjos e incertezas. Lamentavelmente, foi uma solução infeliz dada pelo constituinte derivado.

Além do mais, a emenda gera um delicado problema para a temática dos direitos humanos e sua garantia: deixa a critério do Congresso Nacional a escolha sobre o status das normas de tratados internacionais de direitos humanos. Isso é um tanto quanto prejudicial, pois na prática alguns tratados serão aprovados de acordo com o procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º e, portanto, adquirirão status de norma constitucional; outros, porém, não serão aprovados de acordo com o referido quórum, de modo que para o aludido dispositivo não terão status de norma constitucional. Ora, isto equivaleria a criar uma hierarquia entre os próprios tratados de direitos humanos que não é real. Seria conceber que certos tratados de direitos humanos são mais importantes que outros com base em um critério formal, o que além de ser uma contradição teórica, leva a nefastas consequências práticas – como, por exemplo, deixar determinados grupos vulneráveis sem as mesmas garantias jurídicas que outros. Em outras palavras, permitir-se-ia ao Poder Legislativo desigualar a importância de tratados da mesma natureza sem que haja uma razão lógica, proporcional, justificada e plausível para tanto.

Nesse ponto de vista, Cançado Trindade faz dura crítica à redação do referido §3º, o qual considera mal concebido, mal redigido e mal formulado, a representar lamentável retrocesso em relação à cláusula de abertura consagrada pelo § 2º do artigo 5º.²⁶⁴ Conforme acertadamente ilustra o jurista brasileiro, a inserção do constituinte derivado demonstra verdadeiro imbróglio estatocêntrico, insensível às necessidades de proteção do ser humano.²⁶⁵ Obviamente, não há razão em se conferir diferente estatura a normas da mesma natureza, sobretudo considerando-se a existência do §2º do art. 5º da Constituição de 1988.

Deveras, a solução mais satisfatória e adequada diante do impasse acima citado seria o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da estatura constitucional das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno, ou até mesmo uma emenda constitucional alterando a redação do §2º para prever expressamente a hierarquia constitucional de tais normas.²⁶⁶

Por isso, houve quem defendesse até mesmo a inconstitucionalidade do citado §3º, por ter reduzido a hierarquia dos tratados de direitos humanos, a violar cláusula pétrea relativa à proibição de emenda que tenda a abolir direitos e garantias individuais. No entanto, apesar de o texto inserido pela emenda passar ao largo do apropriado, não se vislumbra *tendência a abolir* direitos e garantias individuais. Dessa feita, diante da positivação do referido parágrafo, o melhor remédio é compatibilizá-lo com o ordenamento constitucional como um todo a partir de uma interpretação conforme, ou corrigi-lo por meio de nova emenda à Constituição.

Nessa toada, Flávia Piovesan apresenta interessante proposta de compatibilização, no sentido de que todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC nº 45/2004, teriam estatuto constitucional, em consequência do artigo 5º, § 2º.²⁶⁷ A diferença seria que, apesar de todos serem materialmente constitucionais, a incorporação pelo rito especial do artigo §3º somente daria uma consequência adicional aos tratados de direitos humanos: a impossibilidade de denúncia, pois tais tratados seriam material e *formalmente* constitucionais. Quanto a essa possibilidade, Carvalho Ramos alerta que os tratados de direitos humanos em geral possuem cláusula de denúncia, de maneira que a tese

²⁶⁴ CORTE INTERMAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006, §§ 30 e 31 do voto em separado de Antônio Augusto Cançado Trindade.

²⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶⁶ Nesse sentido, inclusive, era a proposta de redação do referido parágrafo durante a Assembleia Constituinte: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 150.

de petrificação, apesar de interessante, teria dificuldade de se sustentar.²⁶⁸ Assim, a solução dada pelo jurista é no sentido de se exigir a aplicação do rito especial do art. 5º, §3º para denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos.²⁶⁹

Destarte, conclui-se que se mostra desnecessária a inclusão do §3º, já que a Constituição, desde sua redação originária, já conferia às normas presentes em tratados internacionais estatura constitucional, de maneira que bastaria ao Supremo Tribunal Federal reconhecê-lo. A Constituição Federal de 1988 consagra, de forma inédita, em seu artigo 5º, §2º²⁷⁰ que os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte. Conforme sabiamente ensina Flávia Piovesan, ao isso dispor, a Constituição *a contrario sensu* inclui no catálogo de direitos constitucionais os direitos consagrados nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.²⁷¹ Por consequência, tal processo de inclusão implica a incorporação daqueles direitos internacionais ao ordenamento constitucional brasileiro,²⁷² como veremos.

Tal incorporação atribui aos direitos internacionais status e natureza de normas constitucionais. Neste sentido, os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário compõem o rol de direitos consagrados constitucionalmente,²⁷³ de modo que se pode afirmar que tais direitos passam a ser, ao mesmo tempo, direitos humanos e direitos fundamentais. Além disso, é importante lembrar que a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional – em razão da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos orientadores da compreensão do fenômeno constitucional – nos levam para a

²⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 318.

²⁶⁹ Idem, *ibidem*.

²⁷⁰ O dispositivo foi proposto no contexto da Assembleia Constituinte pelo professor Cançado Trindade. Em suas palavras: “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. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos e garantias individuais no plano internacional*. In: BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte: Atas nas Comissões*, v. 1, n. 66 (supl.), p. 109-116).

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

²⁷² É este o mesmo entendimento de Antônio Augusto Cançado Trindade, cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991a, p. 631.

²⁷³ Enquanto os demais tratados internacionais possuem status de normas infraconstitucionais supralegais (estão hierarquicamente acima das leis, porém, abaixo da Constituição) em razão da redação do artigo 102, III, b, da Constituição, que se refere à declaração de *inconstitucionalidade* de tratado ou lei federal, as normas presentes em tratados internacionais de direitos humanos possuem status de norma constitucional.

mesma conclusão acerca do status de norma constitucional que possuem os direitos humanos internacionais.

Há, ainda, outro argumento a favor da hierarquia constitucional dos direitos presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, que é a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.²⁷⁴ Se a Constituição optou por prever tal dispositivo no bojo de seu texto, e por seu conteúdo ser relacionado aos direitos fundamentais, é porque escolheu dar a esses direitos status de norma constitucional. Assim, a Constituição reconhece expressa e intencionalmente o conteúdo constitucional dos direitos e das garantias presentes nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário.

O constitucionalista português Canotilho bem ensina que o programa normativo-constitucional não pode se reduzir de forma exclusivamente positivista ao texto – aqui entendido como o conteúdo redigido, literalmente escrito – da Constituição. Para extrair o verdadeiro conteúdo constitucional, com todo seu sentido e alcance, é preciso densificar em profundidade as normas constitucionais, em homenagem ao princípio da máxima efetividade,²⁷⁵ alargando assim o chamado bloco de constitucionalidade.²⁷⁶ Em última instância, os direitos humanos internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade.

A partir desta conclusão, Flávia Piovesan propõe uma nova classificação dos direitos constitucionais²⁷⁷, entre: a) os direitos constitucionais expressos, explícitos, consoantes na literalidade do texto; b) os direitos constitucionais implícitos, que embora não se encontrem expressamente previstos pelo texto constitucional, figuram subentendidos no ordenamento ou dispostos em leis infraconstitucionais (estes desde que encontrem amparo constitucional), derivam da interpretação logico-sistemática do texto constitucional e justamente por isto são reconhecidos como parte do sistema. São deduzidos da análise do conjunto de enunciados do texto; c) os direitos presentes em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, os quais integram e complementam o rol de direitos constitucionais.

Ora, se tais direitos possuem status de norma constitucional, não faria sentido não lhes dar o mesmo regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias

²⁷⁴ Leciona Joaquim Canotilho que é característica da modernidade e do constitucionalismo a consideração dos chamados direitos do homem como *ratio essendi* do Estado Constitucional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18.

²⁷⁵ O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (princípio da interpretação efetiva) consiste em atribuir na interpretação das normas constitucionais o sentido que lhes dê maior eficácia, utilizando todas as suas potencialidades. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227).

²⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 982.

²⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 124.

fundamentais. Essa ampliação se deve ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que ordena que a uma norma fundamental se deva atribuir o sentido que mais eficácia lhe dê, utilizando todas as suas potencialidades – porque interpretar a Constituição também é realizar a vontade constitucional. Conforme Canotilho, no caso de dúvidas, deve-se escolher a interpretação que lhe confira maior eficácia, principalmente no caso dos direitos fundamentais.²⁷⁸

Os tratados internacionais de direitos humanos possuem privilégio na Constituição em razão de seu caráter especial, o que os torna distintos dos tratados internacionais comuns. Enquanto os demais tratados buscam equilíbrio e reciprocidade nas relações entre Estados, os de direitos humanos vão além de compromissos recíprocos entre países. Eles buscam proteger os direitos humanos, prevendo direitos e garantias dos indivíduos que estão sob sua jurisdição – dos administrados, em face do Estado, de modo que se cumpram as obrigações deste perante aqueles.

A posição defendida neste trabalho, porém, está longe de ser pacífica na doutrina e na jurisprudência. Como veremos mais adiante, não é este tampouco o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Cabe lembrar as outras três correntes a respeito da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos: 1) tais tratados possuiriam hierarquia supraconstitucional; 2) tais tratados possuiriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 3) tais tratados possuiriam o mesmo grau hierárquico que as leis federais, assim como as demais normas internacionais incorporadas ao direito brasileiro.

De todo modo, é mais correto que a hierarquia constitucional dos direitos e das garantias dispostos nesses tratados se extraia da interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Conforme afirma Flávia Piovesan, seria muito mais adequado e correto que a redação do parágrafo 3º do artigo 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, assim como faz o texto argentino; que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuíssem hierarquia constitucional,²⁷⁹ sem discriminação entre eles, em razão do quórum com que cada um foi aprovado. Assim, pode-se afirmar que a discriminação presente no parágrafo 3º é contrária à própria Constituição como um todo.

Em razão do parágrafo 2º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos – tanto os aprovados anteriormente, quanto posteriormente à Emenda Constitucional nº 45, independentemente do quórum de aprovação, são materialmente constitucionais, fazendo

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 982.

²⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 137.

parte do bloco de constitucionalidade. Desta forma, defende-se aqui, em consonância com o sustentado pela professora Flávia Piovesan, um regime jurídico misto, que diferencia os tratados de direitos humanos dos demais tratados internacionais. Ou seja, ainda que um tratado de direito comercial, por exemplo, fosse aprovado pelo quórum de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, este não passaria a ter status de norma constitucional apenas pelo procedimento em que foi aprovado,²⁸⁰ porque lhe faltaria *natureza material* para adquirir força de norma constitucional. Ao ser instituído, o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, porém, faz com que, para que os tratados de direitos humanos ratificados a partir de então sejam recepcionados como normas *formalmente* constitucionais, devam cumprir o requisito do procedimento por ele exigido.²⁸¹ Ou seja, todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil são materialmente normas constitucionais, porém, nem todos são formalmente constitucionais, em razão da Emenda Constitucional nº 45.

Em consequência da inserção do §3º, o Supremo Tribunal Federal reviu sua posição. Passou a adotar um novo entendimento sobre a estatura hierárquica desses tratados internacionais, acolhendo a visão da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos que não aprovadas pelo rito especial do §3º.²⁸² A Suprema Corte brasileira consagrou, então, o chamado *duplo estatuto* dos tratados internacionais de direitos humanos. Como já mencionamos, a suprallegalidade significa que tais tratados estão acima de toda e qualquer lei, mas abaixo da Constituição. Restaram parcialmente vencidos, quanto ao estatuto normativo dos tratados de direitos humanos, os ministros Celso de Mello, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de todos os tratados sobre direitos humanos, aprovados ou não pelo rito especial do artigo 5º, § 3º.

Nesse seguimento, é de suma importância analisar o histórico da jurisprudência do STF quanto à estatura das normas de direitos humanos, bem como voltar ao paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel, que, após a EC nº 45, fez com que a Corte alterasse seu entender majoritário sobre a estatura de tais normas.

Até 2008, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que as normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos possuíam a mesma hierarquia que as leis federais.²⁸³ Em 2008, após a inserção do §3º do art. 5º da CRFB, houve

²⁸⁰ Idem, *ibid.*, p. 147-148.

²⁸¹ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

²⁸² Trata-se do paradigmático julgamento sobre a prisão civil do depositário infiel. RE 466.343 Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008. DJe de 05/06/2009.

²⁸³ HC 72.131-RJ, em 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.05.1998; ADI 1480-3-DF, 04.09.1997; RE 243.613, 27.04.1999.

mudança no posicionamento da Corte sobre o tema: no RE 466.343, o órgão estendeu a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com base no artigo 7º, §7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, permitindo a prisão por dívida apenas na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia.

Sob esse novo entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir regime especial e diferenciado aos tratados de direitos humanos, diferente do regime jurídico aplicável aos demais tratados. A Corte divergiu, porém, quanto à hierarquia que deve ser atribuída aos tratados de direitos humanos, dividida entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade. Na divergência, foi majoritária a tese da *supralegalidade*.²⁸⁴

A controvérsia de fundo é que a Constituição, em seu art. 5º, LXVII veda a prisão civil por dívida, com exceção daquela relativa ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, §7º preceitua ser proibida a detenção por dívidas, exceto nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar. Logo, a CADH possui âmbito de permissão mais restrito quanto à prisão civil, já que só a permite nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar.

Por consequência, nota-se que nesse aspecto a Constituição não está em total sintonia com a CADH e, considerando que a prisão deve ser sempre a *ultima ratio*, o ideal seria a alteração do texto constitucional por meio de emenda, para suprimir a última parte do inciso LXVII do art. 5º, a fim de não mais se permitir a prisão civil do depositário infiel. Por óbvio, não há que se falar em violação de cláusulas pétreas, já que tal supressão, além de robustecer ao direito à liberdade de ir e vir, de maneira alguma tenderia a abolir o direito à propriedade, pois há outros mecanismos – até mesmo mais efetivos – de coibir e sancionar o depositário infiel.

A fim de harmonizar o texto constitucional com a CADH, o STF estabeleceu o entendimento de que, apesar de a Constituição brasileira permitir a prisão civil do depositário infiel (em caráter excepcional à proibição de prisão civil), trata-se de *mera permissão* e não imperativo, de maneira que tal autorização pode sofrer variações promovidas pelo legislador ordinário ou por tratados. Assim, a Suprema Corte brasileira concluiu que a vedação da prisão do depositário infiel pode decorrer de lei ou tratado com hierarquia infraconstitucional, de maneira que as normas de direitos humanos em regra possuiriam

²⁸⁴ Foram vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Eros Grau e a ministra Ellen Gracie.

estatura supralegal, mas infraconstitucional (abaixo da Constituição). A exceção está nos tratados de direitos humanos incorporados pelo rito do art. 5º, §3º da CRFB, que possuem hierarquia constitucional. Essa foi a solução encontrada pelo STF para compatibilizar o texto constitucional com a Convenção Americana de Direitos Humanos, sem reconhecer a estatura constitucional das normas de direitos humanos incorporadas sem a utilização do *iter* do referido §3º.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes alega a impossibilidade de reconhecimento da estatura de norma constitucional às normas de direitos humanos em razão do princípio da supremacia da constituição, pois do contrário não seria possível a realização do controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais. Todavia, a hierarquia constitucional não viola o princípio da supremacia da constituição, pois o poder constituinte *originário*, por vontade própria, ao positivizar o art. 5º, §2º da CRFB, conferiu tal status aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ademais, além de os tratados internacionais passarem pelo exame de sua constitucionalidade por parte do Poder Legislativo durante seu processo de incorporação, tais normas, uma vez presentes no ordenamento interno, podem ser consideradas como equivalentes a emendas constitucionais, as quais são fruto do poder constituinte derivado, de maneira que podem ser passíveis de controle de constitucionalidade quanto à compatibilidade com as cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CRFB).

De toda forma, ao entender pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro Gilmar Mendes conclui que sua internalização no ordenamento jurídico tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, o que justificaria a proibição de prisão civil do depositário infiel. Nesse sentido, para o ministro, diante da supremacia da Constituição, a previsão constitucional da possibilidade de prisão civil não foi revogada pelo ato de incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desse tratado em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Por esse ângulo, em razão do suposto caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, a legislação infraconstitucional posterior que com eles conflita também teria sua eficácia paralisada.

Contudo, esse entendimento provoca alguns questionamentos. Questiona-se sobretudo o acerto em se afirmar que, em razão da supremacia da Constituição, os tratados de direitos humanos incorporados sob o *iter* ordinário possuam status supralegal, de maneira que não afetem as normas constitucionais (como é o caso da permissão civil do depositário

infiel), mas paralise as normas supralegais que regulam tal permissão. Ora, ao fim e ao cabo, o efeito da incorporação do tratado internacional é o mesmo no caso concreto, quer se entenda pela hierarquia supralegal ou constitucional das normas de direitos humanos. Portanto, a supremacia da Constituição não é argumento hábil a se afastar a tese da estatura constitucional das referidas normas. Quanto à questão, a solução mais correta é se reconhecer que, apesar de não revogar propriamente o texto constitucional naquilo que lhe é contrária, a norma de direitos humanos incorporada pelo país afasta sua aplicação. Nessa linha, o Brasil, no exercício de sua soberania, consentiu à CADH em afastar a exceção que permitia a prisão civil do depositário infiel – sem reservas, quanto ao ponto debatido, em incorporá-lo ao ordenamento interno.

Outrossim, Gilmar Mendes entende que a única forma de conferir à Convenção Americana de Direitos Humanos hierarquia constitucional seria pela submissão do tratado ao procedimento especial do art. 5º, §3º da CRFB. Entretanto, como já vimos, essa solução vai contra a máxima efetividade das normas de direitos humanos, pois traz maiores dificuldades à sua aplicação. Em complemento, não há sentido em submeter a novo processo de aprovação um tratado que já foi incorporado ao direito interno e que deve ter sua estatura constitucional reconhecida em razão do art. 5º, §2º da CRFB.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello defendeu em seu voto a estatura constitucional das normas de direitos humanos, tendo em vista a alta relevância da matéria e o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos. Nessa quadra, o respeitável ministro chama atenção quanto ao desafio do Supremo Tribunal Federal de extrair das declarações internacionais e proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia, sob pena de tais direitos se tornarem palavras vãs.

Em continuidade, o ministro ressalta que o eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a centrar-se na dimensão subjetiva da pessoa humana e em sua dignidade, que se tornaram valores fundantes dos ordenamentos jurídicos sobre os quais repousam os Estados nacionais.

O Ministro Celso de Mello, assim, buscou adaptar a Constituição de 1988, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos direitos humanos. Esse cenário possui expresso fundamento constitucional, não só no princípio da dignidade humana (art. 1º, III), como no fato de que um dos princípios que rege o Brasil em suas relações internacionais é o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Assim, Celso de Mello se manifestou pela estatura constitucional das normas de direitos humanos.

Inclusive, o jurista e magistrado refere que por força do art. 5º, §2º da CRFB as normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil integram o bloco de constitucionalidade – conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto constitucional.

Celso Lafer define “bloco de constitucionalidade” como a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em razão dos valores e princípios nela consagrados, a imprimir vigor à força normativa da Constituição. Trata-se, então, de parâmetro hermenêutico de integração, complementação e ampliação do conjunto de direitos constitucionais previstos no texto formal.²⁸⁵

Por esse motivo, para Celso de Mello, tanto os tratados de direitos humanos incorporados pelo rito ordinário (em razão do art. 5º, §2º da CRFB) antes da Emenda Constitucional nº 45, quanto pelo rito do art. 5º, §3º, têm estatura constitucional. Contudo, para ele, os tratados de direitos humanos aderidos pelo Brasil após a inclusão do referido §3º só alcançam natureza constitucional se forem incorporados pelo *iter* desse dispositivo.

Todavia, é preciso observar que esse último entendimento torna letra morta a parte final do §2º, a violar o dever de máxima efetividade das normas constitucionais. Conforme advertiu o próprio ministro em seguimento, o referido §2º se trata de verdadeira *cláusula geral de recepção*, que autoriza o reconhecimento da estatura constitucional às normas internacionais de direitos humanos, por viabilizar a incorporação ao catálogo constitucional de direitos e deveres que passam a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro. Celso de Mello reconhece que a própria Constituição assim considera tais normas, ao refletir a orientação adotada pelo constituinte originário, a fim de se ajustarem as normas internas às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

A encerrar a análise da posição do STF sobre o tema, também defende a estatura constitucional das normas internacionais de direitos humanos o Ministro Edson Fachin (HC 141.949/DF), com fundamento no art. 5º, §2º da CRFB, sem a necessidade do §3º.

De toda forma, apesar de a Corte, em sua maioria, não ter adotado a posição mais acertada, a alteração jurisprudencial acerca do status das normas de direito internacional dos direitos humanos perante o ordenamento jurídico brasileiro é de considerável valia – ainda que não seja a solução juridicamente mais acertada –, porque garante a essas normas um regime especial e privilegiado perante o ordenamento doméstico, possibilitando a

²⁸⁵ LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 17.

incorporação de parâmetros protetivos internacionais na esfera doméstica e na implementação do controle de convencionalidade das leis.²⁸⁶

Desde então, esse tem sido o entendimento da Corte, que tem orientado sua jurisprudência conforme o entendimento fixado no Recurso Extraordinário 466.343.²⁸⁷ Espera-se que os atuais e futuros ministros e ministras, tão logo quanto possível, alterem o entendimento da Corte para a posição mais acertada, que é o reconhecimento das normas de direito internacional dos direitos humanos como parte do bloco constitucional, com força e status de normas constitucionais.

Finalmente, a encerrar o presente tópico, cumpre analisar o §2º do art. 5º a partir de alguns métodos de interpretação constitucional,²⁸⁸ a fim de se verificar o verdadeiro significado da norma e, conseqüentemente, analisar a estatura das normas de direitos humanos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Na hipótese de problemas semânticos, que levem a ambiguidades, a depender do caso, o intérprete deve fazer uso da interpretação histórica. Esta busca o sentido efetivo presente no momento de criação da norma, ou seja, busca as condições nas quais ocorreu sua gênese. Assim, a interpretação histórica visa a esclarecer o sentido da norma por um trabalho de reconstituição do seu conteúdo original a partir das circunstâncias históricas que lhe deram origem.²⁸⁹ Em outras palavras, trata-se de descobrir a *mens legislatoris*, isso é, a real intenção do legislador na época em que a norma foi elaborada.

Para isso, deve-se levar em conta tanto documentos históricos que traduzam a vontade do legislador, quanto circunstâncias histórico-sociais daquele tempo e espaço. Sob esse prisma, há que se considerar, conforme visto acima: 1. o contexto histórico de redemocratização; 2. a afirmação e o fortalecimento jurídico da dignidade da pessoa humana; 3. a necessidade da erradicação dos arbítrios do passado ditatorial e o anseio da população pela limitação do poder estatal; 4. o fortalecimento e a expansão dos direitos humanos no plano internacional; 5. a tendência do constitucionalismo contemporâneo, evidenciada no

²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 144.

²⁸⁷ Conforme aponta Manili, a prioridade conferida aos direitos humanos que rege as relações internacionais brasileiras (art. 4º, inciso II da CRFB) infelizmente tem sido uma fórmula mais retórica que provocadora de efeitos jurídicos. (MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 153).

²⁸⁸ Consoante leciona Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais exigem métodos próprios de interpretação, em razão de suas seguintes características que as distinguem das demais espécies normativas: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 201.)

²⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 286.

direito comparado, a conferir às normas de direitos humanos estatura constitucional; 6. as declarações de Cançado Trindade, responsável pela redação do §2º do art. 5º, no sentido de que a intenção do constituinte foi justamente conferir hierarquia de normas constitucionais aos tratados de direitos humanos de que o Brasil faça parte. Resta patente, por essas considerações, que a vontade do constituinte foi justamente conferir estatura constitucional a tais normas.

O método teleológico de interpretação, por sua vez, busca aferir a finalidade que justifica a existência de determinada norma; ou seja, busca os fins que orientam a norma, os interesses sociais que constituem as fontes da produção jurídica.²⁹⁰ Sob essa ótica, referir que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte equivale justamente a inserir as normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos no *bloco de constitucionalidade* brasileiro, caracterizando-as como direitos e garantias fundamentais – apesar de não expressos na Constituição.

A esse argumento soma-se a interpretação topográfica. O §2º, além de tratar de direito e garantias, está inserido no art. 5º, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais, a indicar que a intenção do legislador é atribuir às normas de direitos humanos justamente tais características: de direitos ou garantias.

Em continuidade, o método de interpretação sistemático leva em consideração, no exercício hermenêutico, o texto constitucional como um todo. Nesse sentido, considerando que a dignidade da pessoa humana é princípio fundante e fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III), e que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, também se chega à conclusão que o §2º do art. 5º buscou conferir às normas de direitos humanos estatura constitucional.

Por fim, pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, decorrente do princípio da força normativa da Constituição, a uma norma fundamental deve ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê, ou seja, a cada norma constitucional é preciso conferir, relacionando-a a todas as outras normas, o máximo de capacidade possível, pois interpretar a Constituição é realizar a Constituição.²⁹¹ Assim, deve ser atribuído à norma o sentido que lhe conferir maior eficácia social. Sobretudo quando a norma constitucional é plurissignificativa, deve ser prestigiado o sentido que possua maior efetividade.

²⁹⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. p. 82-83.

²⁹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v. 2, p. 260.

Para Konrad Hesse, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. Em consequência, a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, de modo que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes em determinada situação. Por isso, a nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire *ou diminua* sua razão de ser.²⁹²

Em outras palavras, considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma (máxima efetividade), à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, sobretudo quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser aplicado no âmbito dos direitos fundamentais de maneira que, em caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que lhes reconheça maior eficácia.²⁹³ Por conseguinte, também pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve-se conferir ao art. 5º, §2º a interpretação de que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.

Quanto ao plano internacional, não se pode perder de vista que os tratados de direitos humanos são marcados pela peculiaridade de transcenderem meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, porque não visam aos interesses e prerrogativas dos Estados-parte, mas sim à proteção dos direitos do ser humano. Nessa linha, como dito acima, ao aprovar tais espécies de tratados, os Estados se submetem a uma ordem jurídica na qual, em prol do compromisso internacional e comum de proteção dos direitos humanos, assumem obrigações em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição.

Justamente em razão desse caráter especial dos tratados de proteção dos direitos humanos, a doutrina internacionalista aponta para sua força obrigatória (caráter *jus cogens*), prevista nos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.²⁹⁴ Assim,

²⁹² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22-23.

²⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 227.

²⁹⁴ Artigo 53: “Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” E artigo 64: “Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”

tendo em vista que os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do *jus cogens*, é salutar que se atribua hierarquia especial e privilegiada aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação aos demais tratados tradicionais no âmbito interno.²⁹⁵

Portanto, pode-se concluir que dentre as quatro posições apresentadas sobre a estatura das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, aquela que lhes confira estatura constitucional é a mais correta e adequada, pois é a que melhor e com mais exatidão se amolda à vontade da Constituição. Ao mesmo tempo, ela tem eficaz potencial de evitar a responsabilização internacional do Estado pelo descumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil faz parte.

Além disso, é no mínimo incoerente conferir tratamento distinto para normas internacionais que têm igual fundamento de validade e a mesma espécie de conteúdo. Nota-se que a partir da inclusão do §3º ao art. 5º da CRFB, embora tenha se mantido intacto seu §2º, a inserção do §3º suprimiu sua eficácia. Justamente por isso, o referido §3º merece interpretação conforme a Constituição, no sentido de se reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da edição da Emenda nº 45 possuem hierarquia constitucional, bem como que o quórum previsto no §3º serve apenas para atribuir eficácia constitucional formal a esses tratados no ordenamento jurídico interno.

Por fim, é salutar o apelo ao poder constituinte derivado para que altere a redação do §3º, a fim de corrigir o equívoco perpetrado pela Emenda nº 45 e se reconhecer expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, tal qual foi a intenção do constituinte originário. Cremos que o constituinte derivado não está impedido de alterar a Constituição brasileira no sentido que seguiu o constituinte derivado argentino, elegendo e enumerando determinados tratados para conferir-lhes hierarquia constitucional, bem como conferindo a possibilidade de que o Congresso incorpore outros a essa lista, desde que tal escolha seja proporcional e razoável – e não aleatória e arbitrária,²⁹⁶ sob pena de inaceitável, injustificável e inconstitucional retrocesso. Por fim, caso não haja tal alteração no texto constitucional, deve-se adotar o entendimento desejado pelo constituinte originário, no sentido de todos os tratados de direitos humanos incorporados pelo país possuírem estatura de normas constitucionais.

²⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 146.

²⁹⁶ Por exemplo, é ilógico se conferir estatura supralegal a um tratado e estatura constitucional a um protocolo facultativo relativo ao mesmo tratado.

3.5 A hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e suas consequências

Por consistirem em direitos e garantias constantes do bloco constitucional, os tratados de direitos humanos, assim como os direitos e as garantias individuais dispostos na Constituição, integram as cláusulas pétreas e, por isso, não podem ser abolidos por meio de emenda constitucional²⁹⁷ – caso essa última tenda a fazê-lo.

Flávia Piovesan entende que embora os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais não possam ser denunciados por parte do Estado,²⁹⁸ aqueles materialmente constitucionais seriam passíveis de denúncia. Apesar da possibilidade de denúncia, observa-se que as normas de direitos humanos constantes em um tratado, uma vez incorporadas ao bloco de constitucionalidade, nele permanecem, independentemente da vigência do tratado – uma vez que elas se constitucionalizaram no ordenamento jurídico brasileiro a partir do processo de sua incorporação.

Ora, se as normas de direitos fundamentais não podem ser revogadas sequer por meio de emendas constitucionais que tendam a aboli-las, não faria sentido que pudessem sê-lo por meio de mera denúncia de um tratado, que possui procedimento mais simplificado em relação ao processo de aprovação de emendas constitucionais.

Em outras palavras, se tais normas integram o bloco de constitucionalidade é porque a partir de sua incorporação passam a ter natureza de norma constitucional. Por conseguinte, se possuem essa natureza e tratam de direitos e garantias fundamentais, fazem parte das chamadas cláusulas pétreas.²⁹⁹ Se fazem parte das cláusulas pétreas, não podem ser abolidas ou extirpadas do ordenamento jurídico por meio de denúncia do tratado que lhes deu origem, pois a partir de sua incorporação ao bloco de constitucionalidade, elas existem internamente, independentemente do tratado que as incorporou.

Portanto, defende-se que os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário possuem eficácia de normas constitucionais e eficácia imediata no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da escolha constitucional de lhes dar o status de normas materialmente constitucionais, expressa nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do artigo 5º da Constituição.

²⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 144.

²⁹⁸ *Idem*, *ibid.*, p. 150.

²⁹⁹ Nessa linha, pela interpretação sistemática da Constituição, os termos “direitos e garantias individuais” no contexto do art. 60, §4º, inciso IV não devem ser interpretados tão somente a englobar os direitos individuais (de primeira dimensão) presentes no artigo 5º, mas sim todos os direitos fundamentais presentes ao longo de todo o texto constitucional – e também aqueles presentes do bloco de constitucionalidade, ainda que não inseridos no texto da Constituição.

Essa escolha constitucional acerca de sua eficácia tem importantes consequências jurídicas. Em primeiro lugar, o Estado não pode se desobrigar dos tratados que possuam natureza jurídica interna de normas formalmente constitucionais por mero ato de denúncia. E se o fizer quanto aos tratados que possuam natureza de normas materialmente constitucionais,³⁰⁰ suas normas já terão sofrido processo de internalização tão forte que, por já constituírem parte do bloco constitucional, permanecerão em vigor no ordenamento jurídico interno.

Em segundo lugar, por integrarem o bloco de constitucionalidade, as normas de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais devem ser observadas pelo Estado para além de meros princípios, as encarando como deveres constitucionais de direitos humanos que devem, obrigatoriamente, ser respeitados por meio de prestações tanto positivas, quanto negativas.

Quanto à convivência dessas normas e os direitos fundamentais de origem constitucional, podem surgir quatro hipóteses. 1. O direito humano presente no tratado internacional pode coincidir com o direito assegurado pela Constituição (hipótese de que a Constituição reproduz os preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos). 2. A norma internacional de direitos humanos integra, complementa e amplia o direito fundamental constitucionalmente previsto. 3. A norma internacional de direitos humanos faz surgir um novo direito fundamental no ordenamento brasileiro. 4. O direito humano presente no tratado internacional colide com norma de direito interno.

Nos casos em que a norma internacional incorporada ao direito interno não coincida com direito fundamental previsto na Constituição, não se pode perder de vista que as normas internacionais de direitos humanos se caracterizam como um *piso mínimo* de proteção de

³⁰⁰ Conforme Piovesan, enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser sequer denunciados, sobretudo em razão do grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação (concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação). Além disso, com a sabedoria que lhe é de costume, aponta que seria mais coerente aplicar ao ato de denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação: se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para o ato de denúncia também deveria ser exigido o mesmo procedimento, de forma que seja necessária a prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Poder Executivo, o que democratizaria o processo. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p. 162). Esse sistema é adotado pela Constituição espanhola de 1978, que submete eventual denúncia de tratados sobre direitos humanos ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96.2 e 94.1, c), pelas Constituições da Suécia (art. 4º), Dinamarca (art. 19.1), Holanda (art. 91.1), bem como da Argentina, que a partir da reforma de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de direitos humanos sejam denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara (art. 75.22). Por fim, a Constituição do Paraguai determina que os tratados internacionais relativos a direitos humanos não podem ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda da Constituição (art. 142).

direitos e não como um teto máximo,³⁰¹ de maneira que deve prevalecer a norma mais protetiva.

Ainda é possível utilizar o critério de interpretação *pro persona*.³⁰² Contudo, pode ocorrer que a norma de direitos humanos entre em colisão com um ou mais direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Nesse caso, é improvável que a solução da norma mais protetiva seja adequada para a solução do conflito, tendo maior possibilidade de êxito se aplicada em casos de conflitos diretos entre particular e Estado. Conforme ressalta Carvalho Ramos, a interpretação *pro persona* sofre intenso desgaste pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos.³⁰³ Isso torna reduzida sua potencialidade de solução de conflitos no ambiente do século XXI, no qual há vários direitos, de titulares distintos, em colisão. Portanto, em tais casos, cada vez mais recorrentes, deve-se lançar mão de outros métodos de solução de conflitos entre normas.

Assim, nas hipóteses em que a norma constante em um tratado de direitos humanos colida com norma de direito interno, não necessariamente a norma de direito interno será por ela revogada ou terá sua eficácia suspensa. Até mesmo porque, em abstrato, diversos direitos fundamentais são oponíveis entre si ou em relação a outras normas constitucionais, sem que haja qualquer revogação normativa. Destarte, deve-se solucionar o conflito por meio de técnicas de interpretação claras e adequadamente fundamentadas, como a ponderação de direitos fundamentais³⁰⁴ e a aplicação do princípio da unidade

³⁰¹ Nesse sentido, diversos tratados de direitos humanos possuem as chamadas normas interpretativas de compatibilização, que visam a compatibilizar os *standards* de proteção internacional e domésticos. Nesse sentido é o artigo 29 da CADH: “Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

³⁰² A interpretação *pro persona* exige que, no caso de conflito entre normas, a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo.

³⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 115.

³⁰⁴ Dois ou mais princípios colidem quando em determinada situação, e ao mesmo tempo, não podem se realizar de forma plena. Assim, a predominância da realização de um deles (ou de um grupo deles) implica a diminuição da realização de outro princípio (ou grupo de princípios). Em suma, o exame da ponderação supõe o questionamento sobre a importância da realização de um certo fim e sobre a intensidade da limitação do direito fundamental por ela afetado. (Cf. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2000, p. 163).

constitucional³⁰⁵, do princípio da concordância prática ou da harmonização,³⁰⁶ conforme abordaremos mais detidamente no capítulo seguinte.

Contudo, é inegável que em certos casos a norma internacional de direitos humanos, ao ser incorporada ao ordenamento interno, paralise a eficácia de uma norma constitucional, caso não haja possibilidade de convivência entre normas. É o caso, como abordamos, da Convenção Americana de Direitos Humanos que suspendeu a eficácia da possibilidade constitucional de prisão civil do depositário infiel. Nesse caso, não há que se falar em violação da supremacia da Constituição, pois foi o próprio poder constituinte originário que estabeleceu a hierarquia constitucional das normas presentes nos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, de maneira que a suspensão da eficácia de determinadas normas constitucionais em decorrência de incorporação de tais normas internacionais é uma consequência necessária. Nesse sentido, caso o Estado não o deseje, não deve incorporar o tratado ao seu ordenamento.

Indo além, outra consequência da estatura constitucional das normas de direitos humanos incorporadas pelo Estado brasileiro é que elas se tornam paradigma do controle concentrado não só de convencionalidade, mas também de constitucionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da CRFB proponham perante o Supremo Tribunal Federal ações do controle abstrato, a fim de invalidar com eficácia *erga omnes* as normas domésticas com elas incompatíveis.

Por fim, quanto às consequências da estatura constitucional das normas de direitos humanos, um último questionamento é necessário: ao adquirirem a mais privilegiada estatura normativa do ordenamento jurídico brasileiro, espera-se que, conseqüentemente, as normas de direitos humanos tenham maior eficácia quanto à proteção dos direitos que visam a garantir. Contudo, a hierarquia constitucional por si só é suficiente para garantir essa adequada proteção? A resposta é negativa. A estatura constitucional das normas de direitos

³⁰⁵ O princípio da unidade, que na verdade consiste em uma técnica interpretativa, obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1125). Parte-se da premissa de que as normas não são isoladas e dispersas, mas preceitos integrados num sistema unitário. Assim, elas devem ser entendidas como elementos dentro de um conjunto harmônico. É natural, no entanto, que haja lacunas conflitos entre normas. Nesse caso, em nome do princípio da unidade, o intérprete deve buscar harmonizar as normas constitucionais e prestigiar cada uma delas tanto quanto possível. Essa técnica de interpretação pode ser plenamente aplicada com relação às normas internacionais de direitos humanos incorporadas pelo Brasil, por também possuírem estatura constitucional.

³⁰⁶ Esse último está ligado ao princípio da unidade da Constituição e impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício absoluto de uns em relação aos outros. Parte-se da premissa de que não há prevalência *prima facie* de um bem constitucional sobre outro. Aplica-se especialmente nos casos de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente tutelados, impondo concessões recíprocas à luz do caso concreto.

humanos jamais alcançará seu pleno potencial transformador enquanto a interpretação de tais normas continuar sendo nacionalista. Ou seja, caso os intérpretes – sobretudo o Poder Judiciário e nele, especialmente o Supremo Tribunal Federal – continuem a interpretar os tratados de direitos humanos localmente, as normas de direitos humanos incorporadas ao ordenamento brasileiro permanecerão muito aquém de suas possibilidades.

A escolha pela interpretação nacional tem como consequência o tolhimento o universalismo³⁰⁷ dos direitos humanos em pleno século XXI, pois é um tanto quanto conveniente ao Estado alegar que respeita as normas de direitos humanos, mas à sua maneira. Para garantir real efetividade das normas de direitos humanos e evitar responsabilizações internacionais por violações, é preciso sair da zona de conforto da interpretação nacionalista.

Em outras palavras, a interpretação das normas de direitos humanos deve ser internacionalista, pois senão aos Estados competem, ao mesmo tempo, a elaboração e a interpretação das normas internacionais de direitos humanos; tornando-se, aqueles, verdadeiros juízes da própria causa. Nesse sentido, não basta ratificar e incorporar tratados de direitos humanos sem que se aceite a consequência da internacionalização dos direitos humanos: a deferência da interpretação internacional sobre tais direitos.

Conforme lição de André de Carvalho Ramos, a partir da internacionalização dos direitos humanos, implantou-se formalmente o universalismo da matéria, inserido pela adoção pelos Estados do mesmo texto de direitos humanos imposto nos tratados ratificados. Contudo, não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito em dezenas de

³⁰⁷ Não se desconhecem as resistências advindas dos adeptos do movimento do relativismo cultural. O debate entre os universalistas e os relativistas se relaciona ao antigo dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos e à indagação se elas têm um sentido universal ou se são culturalmente relativas. Nesse sentido, para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, de maneira que cada coletividade possui sua visão própria sobre direitos fundamentais, relacionada às suas circunstâncias culturais e históricas. Por isso, o pluralismo cultural impediria a formação de um núcleo essencial de direitos humanos universais, de modo que qualquer tentativa de universalização teria um caráter imperialista. Por outro lado, os instrumentos internacionais de direitos humanos são universalistas, uma vez que buscam assegurar um piso mínimo de proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais, considerando que para universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Por isso, qualquer afronta ao núcleo essencial dos direitos humanos que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importa em violação a direitos humanos. Como forma de superar essa dicotomia, Boaventura de Sousa Santos propõe uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas, a partir de um multiculturalismo emancipatório (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*. 1997, n.39, p.105-124, p. 112). No mesmo sentido, Herrera Flores propõe um universalismo de confluência, um universalismo de chegada, e não de ponto de partida. Nessa perspectiva, se nega conceber o universal como um ponto de partida verticalmente imposto. Ao contrário, o universalismo deve ser construído a partir de um processo dialético e conflitivo (FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 9-30, p. 12), não etnocêntrico, mas baseado no diálogo intercultural. É esse o universalismo que o presente trabalho adota.

países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado: é necessário que haja também uma mesma interpretação dessas normas. É preciso que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado interpreta o texto adotado,³⁰⁸ a fim de garantir que os Estados cumpram as obrigações com que se comprometeram internacionalmente ao tomar parte do tratado.

O jurista alerta que apesar da forte adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos, o Brasil não tem o hábito de aplicar a interpretação internacionalista desses direitos. Desse modo, a manutenção de uma interpretação puramente nacional torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais manco e incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e na interpretação de suas normas na vida cotidiana.³⁰⁹

Essa dicotomia – proveniente do universalismo na ratificação *versus* localismo na aplicação – representa o que Carvalho Ramos nomeou de “velho truque de ilusionista do plano internacional”: os Estados ratificam tratados, os descumprem cabal e reiteradamente, mas alegam que os estão cumprindo, de acordo com a ótica nacional.³¹⁰ Assim, ao aplicarem o truque de ilusionista aos direitos humanos, os Estados afirmam que respeitam determinado direito, mesmo que sua interpretação esteja em flagrante contradição e desacordo com a interpretação dos órgãos internacionais de direitos humanos.³¹¹

Todavia, atualmente, o truque de ilusionista não mais engana ou convence. Não é mais suficiente assinar formalmente os direitos previstos no Direito Internacional, registrar seu estatuto normativo de cunho constitucional e, contraditoriamente, interpretar os direitos à bel vontade nacional. Tal prática evidentemente não é adequada para os Estados que buscam levar os direitos humanos internacionais a sério. Portanto, é necessário avançar em direção aceitação da interpretação desses direitos pelo Direito Internacional ou iniciar um diálogo³¹² entre os tribunais internos e os tribunais internacionais a fim de se alcançarem pontos razoáveis e satisfatórios de consenso.

³⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*, op. cit., p. 12.

³⁰⁹ Idem, *ibid.*, p. 13.

³¹⁰ Idem, *ibidem*; e CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

³¹¹ Um exemplo típico desse fenômeno diz respeito ao regime disciplinar diferenciado (RDD). Apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiteradamente julgar tal regime inconveniente e violador de direitos humanos (caso Velázquez-Rodriguez vs. Honduras; caso Cantoral-Benavides vs. Peru; caso Suárez-Rosero vs. Equador), o Superior Tribunal de Justiça considera tal regime legítimo (HC 383.757). O Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de dar um importante passo em direção ao abandono do chamado truque de ilusionista caso reconheça, no julgamento da ADI 4162, a inconstitucionalidade e inconveniência do RDD, em conformidade com as decisões da Corte IDH.

³¹² Carvalho Ramos elenca os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um Diálogo entre Cortes efetivo: 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;

Nessa linha, não é mais possível que o Brasil evite a interpretação internacionalista, pois o Estado é signatário de diversos mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos (por exemplo, o da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Caso interprete as normas internacionais de direitos humanos apenas sob uma ótica nacional, a desprezar a interpretação da Corte Interamericana, o país pode ser responsabilizado internacionalmente, além de esvaziar em grande medida o potencial transformador das normas internacionais de direitos humanos.

Ainda assim, isso não significa que a estatura constitucional das normas de direitos humanos incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro seja inútil ou indiferente. É evidente que, além de ser essa a escolha do poder constituinte originário, conferir às referidas normas o status mais privilegiado do ordenamento interno possui inegáveis consequências positivas, como visto acima. O que se está a afirmar é que, em articulação ao reconhecimento da hierarquia constitucional das normas de direitos humanos, é preciso lhes conferir a necessária interpretação internacionalista, a fim de alcançar sua máxima efetividade, seu propósito e sua razão de ser.

Por conseguinte, após a conclusão de que as normas de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais sobre a temática são incorporadas ao direito interno brasileiro com natureza e hierarquia de normas constitucionais, tornando-se parte do chamado *bloco de constitucionalidade*, o próximo capítulo se dedicará a analisar esse instituto.

2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional. Finalmente, aponta que caso o referido diálogo não exista ou seja insuficiente, deve ser aplicada a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional). Para essa teoria, qualquer ato (ou norma) deve ser aprovado pelos dois controles para que sejam respeitados os direitos no Brasil. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 539-541).

IV. BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Origem e evolução

A plena soberania do legislador, presente desde a origem do Estado de Direito, fruto das revoluções burguesas, vem cedendo espaço à supremacia da Constituição. Com o advento do fenômeno da constitucionalização do direito, o princípio da legalidade sofreu profunda reconfiguração, passando a ser compreendido não somente como o dever de submissão às leis em sentido formal, mas também como obediência à Constituição e ao Direito como um todo.³¹³ Prevaecem, nesse novo contexto, os direitos humanos e fundamentais, cuja força expansiva foi consagrada no Brasil pela Constituição da República de 1988, a partir da adoção do bloco de constitucionalidade no art. 5º, parágrafo 2º, como veremos a seguir.

O bloco de constitucionalidade é o instituto decorrente da existência de normas constitucionais fora do texto constitucional; e pode ser conceituado como o conjunto composto de normas (princípios e regras) não inscritos no texto da Constituição (mas que possuem estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais) e do texto constitucional. Além disso, o conceito de *bloco* traduz a ideia de unidade e solidez, de maneira que deve ser interpretado de forma sistemática e tendo em vista a supremacia constitucional.

O conceito jurídico de bloco de constitucionalidade teve início a partir da teoria administrativista francesa do “bloco de legalidade”,³¹⁴ fundada com base nas atividades desenvolvidas pelo Conselho do Estado, órgão designado para exercer o controle dos atos

³¹³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. 2012. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 75.

³¹⁴ O “bloco de legalidade” parte da seguinte premissa: sempre que o Conselho de Estado controla os atos administrativos, deve verificar sua adequação com a legalidade – o que não diz respeito somente à lei, mas também aos princípios gerais do direito e a outras normas. Nessa linha, entende-se que não basta que o Estado aja de acordo com as leis escritas, devendo agir também de acordo com os princípios e demais normas do ordenamento jurídico. Tal compreensão nada mais é que o acolhimento do princípio da juridicidade, o qual preceitua que o da legalidade deva ser visto de forma a abranger a totalidade do ordenamento jurídico, levando em conta inclusive os princípios e valores constitucionais.

administrativos na França.³¹⁵ A teoria sustentava a existência de um conjunto de normas, em um sistema jurídico, a formar um todo normativo de igual nível hierárquico. A ideia de “bloco” dizia já respeito a um conjunto de coisas consideradas como uma unidade sólida e unificada, que não podia ser dividida.³¹⁶

Posteriormente, a teoria foi adaptada para o direito constitucional. Conforme já referido, o bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas que, com a Constituição positivada de um Estado, forma um bloco normativo de normas de hierarquia e natureza constitucionais. Ainda na França, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão nº 71-44 DC, em 1971, do Conselho Constitucional, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Em seguida, nos anos 1980, a noção de *bloque de constitucionalidad* emergiu na Espanha por meio do Tribunal Constitucional, que consagrou pela primeira vez a expressão na STC 10/1982. No entanto, até hoje o Tribunal Constitucional espanhol ainda não definiu precisamente em que consiste e qual é o conteúdo do bloco de constitucionalidade perante o direito espanhol. De acordo com Rubio Llorente, ministro daquela Corte, isso ocorre porque o bloco de constitucionalidade é entendido em algumas ocasiões como conjunto concreto de normas aplicadas ao caso fático, ao passo que em outras situações é considerado como o rol de todas as normas que prevalecem sobre o restante das leis.³¹⁷

A partir da Espanha, a teoria se difundiu para a América Latina por meio da doutrina e da jurisprudência.³¹⁸ Porém, houve esforço para que a influência europeia não se caracterizasse como mera cópia acrítica a ser implantada nos países latino-americanos. Nesse sentido, buscou-se adaptar a teoria às necessidades e condições do direito

³¹⁵ A França, desde a Revolução Francesa, adota o sistema de jurisdição dual, no qual dois órgãos distintos são capazes de produzir coisa julgada: o Conselho de Estado, que tem competência para julgar as questões jurisdicionais relativas à Administração Pública, e o Poder Judiciário, responsável para julgar as demais questões jurisdicionais. O Brasil, porém, adota o sistema de jurisdição una, chamado também de modelo inglês, no qual apenas o Poder Judiciário é capaz de produzir coisa julgada. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que qualquer causa, qualquer litígio, deve ser apreciado pelo Poder Judiciário, consagrando assim a inafastabilidade do Poder Judiciário no tocante à apreciação de controvérsias jurídicas. O Brasil escolher sistema de jurisdição diverso em nada implica na existência do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que sua essência e sua razão de ser não guardam relação com sistemas de jurisdição.

³¹⁶ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Simposium franco-español de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991, p. 20.

³¹⁷ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*, op. cit., p. 97.

³¹⁸ Em 1990, a Corte Suprema de Justiça do Panamá reconheceu a existência do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico panamenho.

constitucional regional e nacional desses países. Mais precisamente, lançou-se mão da referida teoria para suprir peculiares necessidades do constitucionalismo latino-americano.

Nessa perspectiva, a principal característica do bloco de constitucionalidade na América Latina é que o instituto é preponderantemente voltado ao acolhimento e à salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais, em razão do próprio contexto histórico da região, marcado por diversas ditaduras e outras espécies de Estados de exceção, bem como desigualdades econômicas e sociais. Desse modo, a afirmação de direitos humanos e fundamentais pelo constitucionalismo latino-americano surge como resposta a tais fenômenos, como se verá no presente capítulo.

A principal adaptação foi a adoção de normas internacionais ao bloco de constitucionalidade: se na Europa o conceito de bloco se referia primordialmente a um conjunto de normas domésticas usadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade, na América Latina as normas integrantes do bloco de constitucionalidade, justamente com as Constituições, são aquelas de origem internacional, essencialmente as normas presentes nos instrumentos de direitos humanos.³¹⁹ A constituição argentina, por exemplo, a partir da reforma constitucional de 1994, passou a atribuir hierarquia constitucional a diversos tratados e declarações de direitos humanos.

Assim, o bloco de constitucionalidade no contemporâneo, sobretudo na América Latina, visa a cumprir duas funções principais:³²⁰ 1) resolver a questão da hierarquia interna dos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo um mecanismo horizontal de harmonização entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos; 2) e consolidar o uso do direito internacional como reforço aos compromissos dos Estados em matérias de direitos humanos.

Como se vê, as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade latino-americano atuam não somente como parâmetro para o controle de constitucionalidade, mas também como paradigma para a proteção reforçada de direitos constitucionais decorrente da reciprocidade entre ordem internacional e constitucional, na busca pela maior proteção dos direitos humanos e fundamentais.

³¹⁹ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FIX-FIERRO, Héctor Felipe (Org.). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. Cidade do México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 308.

³²⁰ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana, op. cit., p. 308-309.

No Brasil, a defesa da existência de um bloco de constitucionalidade é baseada primordialmente no §2º do art. 5º da Constituição Federal, no qual se consagra que os direitos e garantias fundamentais expressos no texto 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. Tal norma corrobora a escolha constitucional em prol do reconhecimento da força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro. Em razão dessa escolha, os direitos e as garantias fundamentais não correspondem somente àqueles que constam expressamente na Constituição, mas também correspondem àqueles que hermeneuticamente decorrem do regime democrático adotado e das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

Há, porém, certa relutância quanto à existência do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e forte controvérsia quanto ao conteúdo do referido bloco, principalmente no tocante à inclusão das normas de direito internacional de direitos humanos não aprovadas internamente pelo quórum previsto no §3º do artigo 5º da CRFB. A inclusão dessas últimas no bloco de constitucionalidade somente é admitida por aqueles que reconhecem as normas internacionais de direitos humanos como possuidoras de status de normas constitucionais independentemente de seu quórum de aprovação.

Do estudo do bloco de constitucionalidade em diferentes países, o que se verá é que se trata de um conceito desenvolvido por cada país, em seu ordenamento, de acordo com suas próprias necessidades e com o conteúdo de seu texto constitucional. Além disso, nota-se que os Tribunais Constitucionais geralmente cumprem importante papel quanto à identificação e ao reconhecimento do bloco, tendo em vista serem eles os intérpretes máximos da Constituição e os órgãos máximos da justiça constitucional.

Essa submissão de conteúdo e abrangência do bloco de constitucionalidade às singularidades de cada realidade constitucional se justifica porque há em cada Constituição uma determinada norma, ou normas, que explicitamente fundam o bloco de constitucionalidade, ou que implicitamente o fazem. Dessa maneira, é tarefa do intérprete extrair do significado dessa(s) norma(s) a existência do bloco naquele ordenamento jurídico.

4.2 Bloco de constitucionalidade no direito estrangeiro

No presente tópico, analisaremos a temática do bloco de constitucionalidade tendo em vista alguns casos de direito estrangeiro. A escolha dos países se fez devido à importância do bloco no direito desses Estados. Começaremos estudando o caso da França, por ser o

berço da teoria que fundou o instituto. Em seguida, analisaremos o tema sob a ótica de outros países europeus que, influenciados pela doutrina francesa, acolheram a teoria. Por fim, estudaremos a temática sob o enfoque de certos países latino-americanos que também acolheram a teoria e a desenvolveram com um adequado grau de sofisticação. O presente estudo terá por enfoque sobretudo os países pertencentes ao *civil law*, já que é nos países desse sistema que a doutrina sobre o instituto fundou suas raízes e rendeu seus frutos.

4.2.1 A origem do instituto na França e seus desdobramentos

A análise do presente caso é de suma importância, porque as origens da teoria decorrem do direito francês. O reconhecimento do bloco de constitucionalidade na França decorre da análise doutrinária sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), órgão político responsável por realizar o controle de constitucionalidade no país. A doutrina francesa denominou de bloco de constitucionalidade o conjunto de normas, exteriores à Constituição de 1958, que o Conselho utiliza para examinar, de forma associada ao texto da Constituição, a constitucionalidade de normas infraconstitucionais.

A expressão *bloco de constitucionalidade* foi utilizada pela primeira vez em 1970. Na ocasião, o doutrinador Eméri comentou em tom crítico uma decisão do Conselho, afirmando que a constitucionalidade da norma objeto de controle tinha sido julgada não somente por fundamentos da Constituição de 1958, mas também por um conjunto de normas exteriores ao texto constitucional, consideradas pelo Conselho para exercer sua competência.³²¹

Ao tecer sua crítica sobre a amplitude do parâmetro utilizado pelo Conselho Constitucional, Eméri designou tal critério como bloco de constitucionalidade. O autor qualificou como bloco, então, a soma da Constituição de 1958 e de outras normas que, apesar de existirem fora dela, foram utilizadas como referência para o controle de constitucionalidade. Posteriormente, inspirado pela expressão cunhada por Eméri, foi Favoreu quem melhor estudou, desenvolveu e difundiu o instituto, não só em terras francesas, mas também espanholas, juntamente com Rubio Llorente, como veremos adiante.

Apesar de a expressão ter sido empregada pela primeira vez por Eméri em 1970, o princípio da ideia por trás do termo remonta a 1927, quando Hauriou afirmou que as liberdades públicas, embora não constem na Constituição escrita, formam parte da

³²¹ EMÉRI, Claude. Le bloc de la constitutionnalité. *Revue du Droit Public*, Paris: 1970, p. 638.

superlegalidade constitucional que está por cima da própria Constituição.³²²

Deveras, a existência do bloco constitucional é muito mais antiga, ainda que seu reconhecimento como tal e sua nomenclatura só tenham vindo à tona há algumas décadas. Por isso, pode-se dizer que o bloco constitucional foi mais reconhecido e identificado que criado *ex nihilo*. No entanto, o Conselho Constitucional deu-se a possibilidade de construir uma jurisprudência sobre o tema, uma vez que seu reconhecimento jurisprudencial é de suma importância e requer interpretação e atualização.

Pablo Manili entende que, embora de maneira vaga e difusa, as primeiras decisões do Conselho Constitucional que tratam sobre o bloco de constitucionalidade – mesmo sem utilizar a expressão, que, como referimos, possui origem doutrinária – remontam a precedentes de 1966 e 1969. Nesses anos, o Conselho utilizou como parâmetro de constitucionalidade, além da Constituição, determinadas leis orgânicas por ela previstas e outras medidas legislativas que regulamentam normas constitucionais.³²³ Em nossa compreensão, em tais precedentes, o Conselho Constitucional utilizou como parâmetro de controle determinadas normas constitucionais interpostas.³²⁴

Para Favoreu, o Conselho Constitucional desenvolveu o tema do bloco a partir de precedente de 1971, no qual reconheceu valor constitucional ao preâmbulo da Constituição vigente³²⁵ – que remete à Declaração de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946.³²⁶ Em outras palavras, o Conselho reconheceu o valor constitucional ao preâmbulo da Constituição de 1958 a fim de, conseqüentemente, reconhecer a validade e força normativa de certos direitos e princípios, relativos à soberania, presentes na Declaração de 1789 e na Constituição de 1946.

Nesse sentido, em decisão relativa à liberdade de associação, o Conselho aplicou o

³²² HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid: Reus, 1927, p. 296.

³²³ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 361.

³²⁴ Nesse sentido, normas constitucionais interpostas são normas que formalmente não são constitucionais, mas que guardam relação direta com a Constituição, de maneira que se as normas constitucionais fizerem referência expressa a determinadas disposições normativas, a violação constitucional poderia se dar em razão de violação a essas outras normas, que, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculariam os atos e procedimentos legislativos. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979, p.40-41). É importante frisar que tanto a doutrina majoritária, quanto a jurisprudência do STF rechaçam a existência dessa espécie de normas no direito brasileiro, de maneira que tal hipótese configuraria violação constitucional reflexa ou indireta, não sendo passível de controle de constitucionalidade, mas tão somente de legalidade.

³²⁵ « *Préambule. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.* » Aqui cabe uma observação: quando da decisão de 1971 proferida pelo Conselho, obviamente ainda não fazia parte do preâmbulo a Carta do Meio Ambiente de 2004.

³²⁶ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*, op. cit., p. 19.

preâmbulo da Constituição de 1946, reconhecendo-o como norma de valor constitucional, a fim de reconhecer direitos fundamentais à liberdade de associação. Desse modo, atestou valor constitucional a normas situadas fora do texto da Constituição de 1958, a configurar o chamado bloco de constitucionalidade. Essa decisão é considerada pela doutrina francesa como emblemática, porque consagrou de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo da Constituição francesa, alargando a noção de conformidade à Constituição. Além disso, afirmou o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e fez da liberdade de associação uma liberdade constitucional.³²⁷⁻³²⁸

Na mesma perspectiva, Barroso aponta que tal decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e das liberdades fundamentais³²⁹ e consagrou o valor positivo e constitucional do preâmbulo da Constituição, firmando a ideia de bloco constitucional – ainda que sem utilizar a terminologia – ao reconhecer que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui também outros textos normativos.³³⁰

Posteriormente, o Conselho proferiu e continua a proferir decisões no mesmo sentido, ainda que o entendimento quanto ao conteúdo do bloco francês varie ao longo das décadas, sobretudo em razão da alteração na composição do órgão. Nessa linha, pode-se dizer que atualmente fazem parte do bloco de constitucionalidade francês: 1) a Constituição de 1958; 2) o preâmbulo da Constituição de 1958;³³¹ 3) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;³³²⁻³³³; 4) os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República;³³⁴ 5) e os direitos e deveres constantes na Carta do Meio Ambiente de 2004. Todavia, não se pode perder de vista que o panorama jurisprudencial do Conselho

³²⁷ FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1984, p. 227.

³²⁸ Nas palavras de Bon: “[...] la reconnaissance, par la décision 71-44 du juillet 1971, d’une pleine valeur constitutionnelle aux dispositions du Préambule a radicalement changé les perspectives du contrôle de la constitutionnalité”. (BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995. p. 147.)

³²⁹ Razão pela qual tal decisão provocou, inclusive, críticas e reações a fim de conter um suposto ativismo judicial por parte do Conselho, considerando que na sentença o órgão rompeu com a cultura pós-absolutista da exacerbação do princípio da legalidade como contenção do exercício interpretativo do Judiciário e restrição de sua função de intérprete constitucional, herança da Revolução Francesa.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55.

³³¹ Conforme decisão acima referida. No mesmo sentido já entendia Duguit (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1921, p. 630).

³³² Conforme decisão acima referida. No mesmo sentido também já lecionava Duguit (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 633).

³³³ Favoreu afirma que de 1973 a 1989, o Conselho aplicou a Declaração oitenta vezes (FAVOREU, Louis; Llorente, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 27).

³³⁴ Cf. decisão 176 de 25 de julho de 1984 do Conselho Constitucional.

Constitucional tende a ser consideravelmente vago e oscilante quanto ao conteúdo do bloco.

Cabe ressaltar que apesar de o Conselho ter *reconhecido* a existência de normas de estatura e natureza constitucional que não estejam presentes na Constituição (o que a doutrina denominou de bloco de constitucionalidade), o bloco francês não decorre de criação doutrinária ou jurisprudencial – que apenas o reconheceu –, mas sim do próprio texto da Constituição de 1958, especificamente seu preâmbulo. Dessa forma, o que fez o Conselho foi identificar, trazer à luz a natureza de norma constitucional do preâmbulo, para que conseqüentemente fossem reconhecidos também como normas constitucionais os diplomas aos quais ele se remete.

Ademais, é interessante notar que o bloco francês é composto por diplomas de épocas bastantes distintas. Nesse sentido, comporta ao mesmo tempo a histórica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – um dos primeiros diplomas do constitucionalismo moderno – e a Carta do Meio Ambiente de 2004. Por isso, o Conselho Constitucional e demais operadores do direito têm a desafiadora tarefa de harmonizar tais normas de diversas épocas e origens, a partir da utilização de princípios e métodos de interpretação constitucionais, pois há verdadeira coesão e igualdade de estatura e validade entre as distintas fontes que integram o bloco. Isso demonstra que os blocos podem conter normas de diversas espécies e origens temporais, de modo que é função do intérprete harmonizá-las, porque possuem a mesma estatura e natureza jurídica.

Dessa maneira, conclui-se que o bloco de constitucionalidade francês é composto tão somente por normas nacionais, diferentemente do que se nota quanto aos blocos latino-americanos, como veremos a seguir. Quanto às normas de direito comunitário, apesar de ser possível inferir que essas em tese poderiam compor o bloco de constitucionalidade francês, até o presente momento não há menção a elas nem no texto constitucional de 1958, nem na jurisprudência do Conselho Constitucional.

Marcelo Neves, nesse contexto, aponta que a Decisão nº 496 do Conselho representou uma limitação da própria corte a sua competência ao exercício do controle de legalidade, ao entender que as normas comunitárias, ao serem incorporadas, seriam de competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – e não do Conselho Constitucional,³³⁵ ressaltando apenas que as disposições dos tribunais internacionais não poderiam ofender a uma disposição expressa da Constituição francesa.

³³⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

4.2.2 *O bloco de constitucionalidade e a autonomia das comunidades na Espanha*

O bloco de constitucionalidade espanhol possui realidades normativas um tanto quanto distintas do francês, razão pela qual Rubio Llorente afirma que da literatura jurídica francesa o bloco espanhol tomou apenas a nomenclatura.³³⁶ Na Espanha, o bloco decorre de construção jurisprudencial (pois a Constituição espanhola nada diz sobre o tema) e seu conteúdo diz respeito às autonomias regionais.

Conforme explica Manili, a Assembleia Constituinte que redigiu a Constituição de 1978, diante da falta de consenso político, não incluiu no texto constitucional normas a respeito da autonomia regional das comunidades autônomas, delegando a outros órgãos a tarefa.³³⁷ Nessa linha, a doutrina e a jurisprudência espanholas construíram o instituto do bloco de constitucionalidade a fim de solucionar a delicada questão relativa à autonomia das comunidades espanholas.

Sua primeira utilização pelo Tribunal Constitucional foi na sentença nº 10/1982, na qual a Corte entendeu que determinada lei da Catalunha, reguladora do Conselho Assessor de rádio e televisão espanhola, extrapolava a competência exclusiva do Estado nacional para legislar sobre normas básicas do regime de imprensa, rádio e televisão. Para concluir pela inconstitucionalidade da lei catalã, o Tribunal se utilizou de normas que considerou pertencentes ao bloco de constitucionalidade, o qual teria como função servir de parâmetro à norma impugnada. O instituto foi então composto pela Constituição espanhola e pelas normas das comunidades autônomas, em razão de seu caráter geral, e por estas serem resultantes das remissões determinadas pela própria Constituição quanto às competências administrativas e legislativas das comunidades autônomas.

Assim, compõem o bloco de constitucionalidade espanhol:³³⁸ 1) as normas pertencentes ao texto constitucional; 2) determinadas normas dos estatutos de autonomia que digam respeito à delimitação de competências entre as comunidades autônomas e o Estado central; 3) normas cuja elaboração, por parte das comunidades autônomas, a Constituição expressamente autoriza; 4) normas que a Constituição permite que sejam delegadas às comunidades autônomas; 5) normas remetidas pelos estatutos de autonomia.

Segundo Llorente a heterogeneidade das normas que integram o bloco espanhol impede que elas se incluam no conceito que o autor chama de Constituição formal, de

³³⁶ LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista española de derecho constitucional*. Año 9, n. 27, p. 19.

³³⁷ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 389.

³³⁸ Cf. MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 390-393.

maneira que possuiriam natureza de normas materialmente constitucionais.³³⁹ Por essa razão, pode-se até mesmo questionar a real existência do bloco de constitucionalidade na Espanha, já que o Tribunal Constitucional tende a reconhecer como pertencentes ao bloco as chamadas normas interpostas, sem conceder a elas natureza e estatura de normas constitucionais.³⁴⁰

De toda forma, nota-se que o bloco constitucional espanhol é composto majoritariamente por normas constitucionais relativas à divisão de competências, sem qualquer conteúdo que diga respeito a direitos fundamentais (como o bloco francês) ou humanos (como os latino-americanos), de maneira que seu conteúdo é sua principal peculiaridade. Na mesma linha, nota-se que apesar de o artigo 10.2 da Constituição espanhola prever que as normas de direitos fundamentais devem ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e demais tratados internacionais sobre a matéria ratificados pela Espanha – verdadeira cláusula de abertura constitucional ao direito internacional e europeu dos direitos humanos –, até o presente momento a Suprema Corte não se pronunciou a respeito da possibilidade de normas de direitos humanos pertencerem ao bloco espanhol.

4.2.3 O caso das normas interpostas na Itália

O direito constitucional italiano admite as chamadas normas interpostas, de modo que o parâmetro de constitucionalidade passa a ser constituído pelo texto constitucional em conjunto com aquelas. Canotilho especifica que em situações de ausência de normas constitucionais sobre determinado tema, possibilita-se a invocação de normas específicas como condição de validade de outras normas, sejam administrativas, advindas dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou legislativas – é dessa maneira que a teoria de das normas interpostas se dá.³⁴¹

Assim, para a doutrina italiana, é possível ocorrência de violação do sistema constitucional italiano tanto pela ofensa ao texto constitucional, quanto pela ofensa às

³³⁹ LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 25.

³⁴⁰ Todavia, não se pode perder de vista que, conforme aponta Sueine de Souza, uma das justificativas da inclusão de normas constitucionais interpostas no bloco de constitucionalidade, tanto na Espanha, quanto na Itália, é que nesses países o conceito de bloco de constitucionalidade é mais visualizado sob a sua ótica processual, como função de parâmetro de controle. (SOUZA, Sueine Patrícia Cunha de. *Bloco de constitucionalidade e supremacia material: fundamentos e ampliação do parâmetro de controle constitucional*. 2012. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 102).

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 912.

normas interpostas.³⁴² Nesse sentido, para Lavagna há normas na ordem jurídica da Itália invocáveis de maneira indireta e consubstanciadoras de conteúdo constitucional externo à Constituição, já que ela própria se remete a essas normas.³⁴³

Um exemplo notável de normas interpostas no direito italiano são os regulamentos do parlamento, de maneira que o direito constitucional italiano impõe ao legislador o dever de obedecer não apenas as normas constitucionais de processo legislativo, como também as normas regimentais de tal processo.

Todavia, o que se percebe é que a doutrina do bloco de constitucionalidade (*blocco di costituzionalità/blocco costituzionale*) é pouco utilizada na Itália. Questiona-se até mesmo a existência de um bloco constitucional italiano, em função da existência de normas constitucionais interpostas. Isto é, pode-se realmente afirmar que há um bloco no direito italiano, em razão de esse ordenamento acolher a existência de normas constitucionais interpostas? Entendemos que não, pois o conceito de normas interpostas não se confunde com o conceito de normas constitucionais (ainda que constantes fora do texto da Constituição).

Nessa perspectiva, enquanto as normas constantes no bloco de constitucionalidade possuem estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais, tal qual aquelas presentes no texto da Constituição, as normas interpostas são tão somente *referidas* por normas constitucionais e às quais a Constituição impõe o dever de deferência, sem, contudo, conferir-lhes natureza e estatura de normas constitucionais propriamente ditas. Ora, se as normas interpostas/referidas fossem normas constitucionais, não seriam *interpostas*, uma vez que “interposto” é aquilo que pode ser utilizado como *intermédio*.³⁴⁴

Portanto, dizer que as normas interpostas estão presentes no bloco de constitucionalidade, mas não possuem natureza de normas constitucionais seria verdadeira *contradictio in adjecto*. A conclusão à qual se chega é que as normas interpostas são intermediárias e não constitucionais, de modo que não pertencem ao bloco de constitucionalidade. Assim, conclui-se que no ordenamento jurídico italiano não se pode falar em bloco de constitucionalidade *propriamente dito* no que diz respeito às chamadas normas interpostas.

³⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Ed. Il Mulino, 2002, p. 237

³⁴³ LAVAGNA, Carlos. Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”. *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 28.

³⁴⁴ INTERPOSTO. In.: *Dicio*, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/interposto/>>. Acesso em: 1^o nov. 2020.

4.2.4 A inovadora contribuição latino-americana para o conceito de bloco de constitucionalidade

Diferentemente dos blocos europeus, a conformação dos blocos latino-americanos corresponde ao anseio de enriquecer o sistema de direitos a partir dos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo em razão do contexto de redemocratização no qual se busca a superação do passado colonial e autoritário da região. Nesse sentido, não se observa mera adoção acrítica, ou seja, mera importação irrefletida da teoria do bloco de constitucionalidade, inicialmente desenvolvida na Europa, pois na América Latina a teoria ganhou feições e finalidades próprias, buscando atender a necessidades regionais.

Na Bolívia, antes mesmo da reforma constitucional de 2009, a jurisprudência já reconhecia a existência do bloco de constitucionalidade em seu ordenamento, a partir de uma interpretação constitucional integradora.³⁴⁵ Dessa forma, a referida reforma acolheu o entendimento jurisprudencial, consagrando expressamente no texto constitucional o bloco boliviano. Sendo assim, esse foi o país latino-americano que primeiro reconheceu expressamente em sua Constituição o bloco de constitucionalidade.

A nova redação do artigo 13 dispõe que os direitos presentes na Constituição boliviana não devem ser entendidos como uma negação de outros direitos não declarados. Também prevê que no ordenamento interno prevalecem os tratados e as convenções internacionais ratificados pela Assembleia Legislativa Plurinacional, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação em Estados de Exceção. Por fim, estabelece que os direitos e deveres consagrados na Constituição devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia.³⁴⁶

O artigo 256, por sua vez, ao orientar a interpretação das normas de direitos humanos e direitos fundamentais, aponta que os tratados e instrumentos internacionais sobre direitos humanos, assinados, ratificados ou aderidos pelo Estado, que declarem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, devem ser aplicados preferencialmente sobre ela.

³⁴⁵ Nesse sentido: SC 0102/2003 e SC 1662/2003-R.

³⁴⁶ “Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. IV. 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.”

Dispõe, ainda, que os direitos reconhecidos na Constituição devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos quando eles fornecerem padrões mais favoráveis.³⁴⁷

Por seu turno, o artigo 410 menciona expressamente o bloco de constitucionalidade, dispondo que ele é composto por tratados e convenções internacionais de direitos humanos e por normas de direito comunitário ratificados pelo país. Todavia, estabelece uma hierarquia abstrata para a aplicação de normas, na qual em primeiro lugar consta a Constituição e em segundo os tratados internacionais.³⁴⁸

Esse último componente do dispositivo demonstra um aparente desarranjo com o restante das disposições sobre o assunto. Partindo-se do pressuposto de que todas as normas que compõem o bloco de constitucionalidade possuem estatura e natureza de normas constitucionais, seria um tanto delicado estabelecer uma hierarquia abstrata entre normas da mesma espécie – sobretudo em se tratando de normas constitucionais. Essa não parece, portanto, ter sido a mais adequada orientação quanto à aplicação de normas prevista na última parte do dispositivo.

Por fim, o artigo 14, III estabelece a aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos, ao estabelecer que o Estado deve garantir a todas as pessoas e comunidades, sem discriminação, a liberdade e a eficácia do exercício dos direitos consagrados na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais de direitos humanos.³⁴⁹

A partir da reforma constitucional, a Corte boliviana, ao conferir interpretação extensiva às normas constitucionais, entendeu que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos também integram o bloco de constitucionalidade e, em decorrência da supremacia constitucional conferida às normas integrantes do bloco, são fundamentadoras e

³⁴⁷ “Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

³⁴⁸ “Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

³⁴⁹ “Artículo 14. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.”

informadoras de todo o ordenamento jurídico interno.³⁵⁰

Assim, observa-se que o bloco de constitucionalidade boliviano é bastante desenvolvido, pois antes mesmo de expressa disposição no texto constitucional, ele já era reconhecido e aplicado pela Suprema Corte do país. Posteriormente, o constituinte derivado teve a sensibilidade e vontade política necessárias para regulá-lo expressamente no texto constitucional, a reforçar a proteção normativa dos direitos humanos e fundamentais no ordenamento boliviano.

Em continuidade, na Colômbia o bloco de constitucionalidade decorre do próprio texto da Constituição. Seu artigo 93 dispõe que os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem direitos humanos e proibem sua limitação em estados de exceção prevalecem no ordenamento interno; e que os direitos e deveres consagrados na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.

Na mesma linha – e com redação similar ao §2º do art. 5º da Constituição brasileira –, o artigo 94 preceitua que a enunciação de direitos e garantias previstos na Constituição não deve ser compreendida como negação de outros inerentes à pessoa humana e que não se encontrem expressamente previstos no texto constitucional.

A partir de tais disposições, o constitucionalista colombiano Monroy Cabra afirma que a Constituição colombiana adotou a concepção monista em matéria de direitos humanos, bem como impôs ao intérprete o dever de interpretar os direitos consagrados na Constituição à luz dos tratados internacionais de direitos humanos.³⁵¹ Ademais, o constituinte colombiano também estabeleceu a não taxatividade do catálogo de direitos constitucionalmente consagrados³⁵², tal como a Constituição brasileira de 1988.

Todavia, a jurisprudência colombiana tem demonstrado posicionamento oscilante quanto à interpretação das referidas normas constitucionais. Nessa linha, a Corte Constitucional colombiana, ao invés de buscar a harmonização normativa, já declarou a inconstitucionalidade de tratados que contemplam a obrigação de indenização em caso de expropriação, por considerá-los contrários a normas constitucionais – apesar de a CADH dispor expressamente em seu artigo 21.2 que as expropriações somente são possíveis

³⁵⁰ Conforme SC 0110/2010-R e SC 1250/2012.

³⁵¹ CABRA, Marco Monroy. Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991. In: *Liber Amicorum en Homenaje a Héctor Gross Espiell*. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 869-870.

³⁵² CABRA, Marco Monroy. Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991, op. cit., p. 869-870.

mediante pagamento de indenização justa.³⁵³

Esse entendimento foi duramente criticado pela doutrina colombiana, sob o fundamento de que as normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto,³⁵⁴ pois os textos dos artigos 93 e 94 não deixam dúvidas quanto à existência do chamado bloco de constitucionalidade e suas consequências. Assim, qualquer interpretação que se faça das disposições internas – incluindo a Constituição – deveria levar em conta as disposições presentes nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país.

Em outras decisões, a Corte Constitucional considerou que, em função do bloco de constitucionalidade, é necessário harmonizar princípios e mandatos aparentemente contraditórios presentes na Constituição.³⁵⁵ Nessa perspectiva, ao tratar sobre o princípio da soberania da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, em importante passagem ela assentou que o bloco de constitucionalidade é constituído por normas e princípios que, sem figurarem no texto constitucional, são utilizados como parâmetros de controle de constitucionalidade das leis – estas, desde que integradas normativamente à Constituição por mandato da própria Carta. Em sequência, afirmou que, portanto, trata-se de verdadeiros princípios e regras de *valor constitucional*, ou seja, são normas situadas no nível constitucional, embora possam, por vezes, conter mecanismos de reforma diferentes daqueles das normas dos artigos constitucionais *stricto sensu*.

Por isso, a Corte entendeu que o único significado razoável que pode ser conferido à noção de prevalência dos direitos humanos prevista no artigo 93 da Constituição é que eles formam um “bloco constitucional” com o texto constitucional, cujo respeito é imposto a todo o ordenamento. Assim, o princípio da supremacia da Constituição é plenamente harmonizado com a prevalência de tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia.³⁵⁶

³⁵³ Sentenças 106/1995 e 178/1995.

³⁵⁴ NAVIA, Rafael Nieto. Los derechos a la igualdad y a la propiedad. In: *Liber Amicorum en Homenaje a Héctor Gross Espiell*. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 924.

³⁵⁵ Sentença C-225/1995.

³⁵⁶ Conforme Sentença C-225/95: “La Corte considera que la noción de 'bloque de constitucionalidad', proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta. Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la

Em síntese, o bloco colombiano decorre de mandato da própria Constituição e tem como conteúdo, além do texto constitucional, as normas de direitos humanos presentes em tratados sobre a matéria que foram ratificados pelo país. Ademais, apesar da oscilação jurisprudencial da Corte Constitucional sobre o assunto, tal inconstância não é capaz de colocar em dúvida a existência do bloco de constitucionalidade, justamente porque ele decorre da vontade do próprio poder constituinte.

Na Argentina, a reforma constitucional de 1994 inseriu mecanismos de recepção do direito internacional de direitos humanos que já eram tendência no direito latino-americano, como a já estudada cláusula de abertura e o bloco de constitucionalidade. Nessa linha, o artigo 75.22³⁵⁷ enumera certos tratados para conferir-lhes hierarquia constitucional, sendo que os demais tratados possuem hierarquia superior às leis, ou seja, supralegal – mas infraconstitucional.

Quanto aos tratados que possuem estatura constitucional, o artigo mencionado impede a denúncia unilateral por parte do Poder Executivo, requerendo aprovação prévia do Congresso por maioria qualificada. Ao mesmo tempo, permite-se que o Congresso, também por maioria qualificada, eleve novos tratados de direitos humanos à hierarquia constitucional.

Disso, observa-se que o constituinte derivado argentino se abeberou em outros modelos latino-americanos de disposições constitucionais sobre incorporação de tratados de

noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.”

³⁵⁷ “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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

direitos humanos de modo bastante exitoso, arquitetando um dos casos mais famosos e bem estruturados de bloco de constitucionalidade não só na América Latina, como também no mundo.

Por fim, nota-se que o constituinte derivado argentino optou por eleger alguns instrumentos e enumerá-los como pertencentes ao bloco de constitucionalidade, ao mesmo tempo que deixou a possibilidade para que o Congresso possa incorporar outros a essa lista.³⁵⁸ Entendemos que a opção do constituinte derivado é válida e legítima, pois apesar de haver promovido distinção hierárquica entre normas da mesma natureza (alguns tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, enquanto outros possuem estatura supralegal, mas infraconstitucional), a seleção feita é proporcional e razoável, porque engloba os principais tratados de direitos humanos dos sistemas regional e internacional de direitos humanos.

No Panamá, por sua vez, o bloco de constitucionalidade decorre de construção doutrinária acolhida pela jurisprudência da Corte Suprema de Justiça desde 1990.³⁵⁹ Assim, o bloco panamenho consiste no conjunto normativo de hierarquia constitucional que a Corte Suprema utiliza para exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos.³⁶⁰ No Panamá, então, o conteúdo do bloco é definido pelo Tribunal Constitucional.

Nessa perspectiva, a Suprema Corte de Justiça estabelece como pertencentes ao bloco:³⁶¹ 1) o texto da Constituição panamenha; 2) a jurisprudência assentada pelo pleno da Corte em matéria constitucional; 3) os costumes constitucionais, desde que não sejam *contra legem*; 4) o regimento da Assembleia Legislativa; 5) o Estatuto de retorno imediato à plenitude da ordem constitucional; 6) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).³⁶²

No caso do Equador, o bloco de constitucionalidade é reconhecido pela jurisprudência da Suprema Corte. Para o Tribunal Constitucional equatoriano, tal bloco é composto pelos seguintes itens:³⁶³ 1) a Constituição equatoriana; 2) tratados internacionais,

³⁵⁸ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 219.

³⁵⁹ Idem, *ibid.*, p. 411.

³⁶⁰ HOYOS, Arturo de. *La interpretación constitucional*. Bogotá: Temis, 1993, p. 81.

³⁶¹ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 412-415.

³⁶² Deveras, a Corte afirmou que integra o bloco de constitucionalidade o artigo 8º da CADH, pois o referido artigo dizia respeito ao caso objeto de apreciação. Contudo, nada impede de se concluir que a CADH como um todo pertence ao bloco panamenho.

³⁶³ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional. *Revista de derecho*. UASB-Ecuador, 2006, p. 234.

que passam a fazer parte dos regulamentos da mais alta hierarquia; 3) e certas leis (especialmente orgânicas) que desenvolvem o texto constitucional, embora a essas o Tribunal não reconheça supremacia própria das duas fontes anteriores.

Analisados os casos acima, conclui-se que a influência europeia na América Latina não implicou uma adoção ou reprodução acríticas do instituto. Pelo contrário: o que se nota é que o bloco de constitucionalidade encontrou na América Latina novo propósito e razão de ser, voltando-se para a proteção de direitos humanos e fundamentais. Assim, apesar das peculiaridades e das diversas formas de adoção em cada país, o bloco de constitucionalidade latino-americano tem como característica marcante a ampliação da proteção de direitos.³⁶⁴

O constitucionalismo dessa região, influenciado pelo neoconstitucionalismo, pela constitucionalização e pela expansão dos direitos humanos, busca por meio do bloco conferir as privilegiadas estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais às normas de direitos humanos presentes nos tratados internacionais incorporados pelos países. Além disso, vê-se que o bloco de constitucionalidade parece mais exitoso e mais bem delineado na América Latina que no continente europeu, no qual a maioria dos países apresenta reconhecimento apenas jurisprudencial desse conceito, bem como possui certa dificuldade quanto à definição de seu conteúdo e amplitude.

4.2.5 *Bloco de constitucionalidade e common law: os casos dos Estados Unidos e da Inglaterra*

Como se verá pelos exemplos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, nos países de *common law*, o bloco de constitucionalidade é marcado por uma feição um tanto quanto distinta daquela presente nos países de *civil law*. Nos Estados Unidos da América não se utiliza a doutrina do bloco de constitucionalidade e, segundo os positivistas ou textualistas, as normas presentes na Constituição são as únicas que possuem natureza e valor de normas constitucionais. Dessa maneira, não existiriam normas com valor constitucional fora do texto da Constituição.

Contudo, a Nona Emenda indica que a enumeração de certos direitos previstos na Constituição não deve ser interpretada como uma negação ou redução de outros direitos que

³⁶⁴ O que se explica pelo contexto político-institucional no qual a doutrina do bloco de constitucionalidade aporta na América Latina: o processo de democratização da região e as reformas constitucionais desde o final da década de 1980 na busca pela superação de Estados de exceção e pela consagração de sistemas efetivos de proteção e implementação de direitos humanos e fundamentais.

as pessoas detêm,³⁶⁵ a evidenciar a chamada cláusula de abertura.

Por essa razão, há debate se somente as normas constantes no texto constitucional podem ser tidas como normas constitucionais, ou se existem normas fora do texto que podem ter o mesmo valor. A referida emenda já foi invocada em votos dissidentes para reconhecer o direito à privacidade, por exemplo.³⁶⁶ Na mesma linha, os direitos à liberdade e igualdade não estão presentes expressamente no texto constitucional, mas nem por isso a Suprema Corte deixa de reconhecê-los.

De toda forma, é certo que nos Estados Unidos, em matéria de direitos fundamentais, o texto constitucional escrito não parece ser o único parâmetro para encontrar direitos de estatura constitucional. Todavia, a possibilidade de existência de normas constitucionais constantes fora do texto constitucional americano não envolve normas presentes em tratados internacionais de direitos humanos, como ocorre nos países latino-americanos.

Quanto à Inglaterra, por outro lado, é preciso considerar que o país possui um dos sistemas constitucionais mais peculiares do globo. O constitucionalismo inglês é marcado pela inexistência de uma Constituição escrita e teve seu início simbólico com a Magna Carta de 1215, que apesar de não ser propriamente uma Constituição, sobretudo em razão de sua falta de pretensão de generalidade, possui elementos essenciais do constitucionalismo moderno, como a limitação do poder do Estado e a declaração de direitos fundamentais.

Justamente em razão de um longo amadurecimento histórico, o sistema constitucional inglês fundou-se sobre raízes tão profundas que é capaz de prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, embora existam documentos relevantes de natureza constitucional: a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701) e o *Human Rights Act* (1998) – e a já citada Magna Carta (1215).

Além dessa particularidade, conforme leciona Barroso, contemporaneamente a estrutura de poder no Reino Unido está fundada em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo, sendo a supremacia do Parlamento o princípio constitucional maior – e não a supremacia da Constituição.³⁶⁷

Dessa forma, o ordenamento constitucional inglês tem como bases: 1) as convenções e os costumes, que são práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder

³⁶⁵ “The Ninth Amendment states that the list of rights enumerated in the Constitution is not exhaustive, and that the people retain all rights not enumerated.”

³⁶⁶ HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen II, n. 16-17, 1994, p. 95-117, p. 107.

³⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 38.

político, incluindo a organização do Estado e a repartição de competências; 2) as leis constitucionais, que são atos do Parlamento e têm natureza constitucional, não em razão da forma de votação, mas do seu *conteúdo*, por tratarem de temas relacionados ao poder político e aos direitos fundamentais,³⁶⁸ como é o exemplo da Carta Magna.

Assim, justamente por não se materializar em um texto escrito, por se nortear pelo princípio da supremacia parlamentar³⁶⁹ e por não possuir formas mais rígidas de alteração, a Constituição inglesa tem natureza flexível.

Todavia, entre o fim do século XX e o início do século XXI, duas mudanças substantivas indicam possível evolução no direito inglês. Trata-se da aprovação, pelo Parlamento, de duas leis constitucionais.³⁷⁰ A primeira é o *Human Rights Act* (HRA), de 1998, que incorporou ao direito inglês os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O HRA tem a função de indicar ao parlamento certas diretrizes ligadas à matéria de direitos humanos: apesar de não ter a capacidade de declarar a inconstitucionalidade das leis editadas pelo parlamento, pode manifestar que determinada norma é contrária ao HRA, impulsionando o Legislativo a revisá-la. O efeito dessa modificação foi, então, de abrandar a tradicional supremacia do parlamento.³⁷¹

A segunda lei constitucional é o *Constitutional Reform Act*, de 2005, que reorganizou o Poder Judiciário inglês, conferindo-lhe autonomia em relação ao Parlamento e criando a Suprema Corte inglesa – com o que marcou a separação orgânica do Judiciário em relação ao Parlamento. Contudo, não se pode negar que esse potencial mudança resta prejudicada pela saída do Reino Unido da União Europeia.

Assim, o que se nota é que no ordenamento constitucional inglês não há um único texto, solene, codificado e rígido que traz as normas constitucionais que regem aquela

³⁶⁸ Idem, *ibidem*.

³⁶⁹ Todavia, é preciso atentar-se ao que alertam autores como Sarlet, no sentido de que o princípio do *supremacy of the English parliament*, precisamente decorrente da Revolução Gloriosa, não teve intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo a finalidade de impedir o juiz de aplicar a *common law* contra a própria lei. Em verdade, tal princípio teve a intenção de passar a noção de supremacia do *direito* sobre o monarca, e não o propósito de significar um absolutismo do parlamento. (SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 961-962).

³⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., p. 38.

³⁷¹ Nesse sentido, conforme explana Gilmar Mendes, com a aprovação do *Human Rights Act* (HRA) confiou-se aos tribunais ingleses a aferição da legitimidade das leis em face das disposições presentes no HRA, sendo que embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, os tribunais podem constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1178).

sociedade. De outro modo, seu ordenamento é formado por textos, jurisprudência e costumes esparsos, e sua constituição pode ser classificada como parcialmente costumeira e parcialmente escrita (mista), além de flexível.

Por essa perspectiva, ainda que não tenham sido encontradas menções na doutrina e na jurisprudência britânicas a um possível bloco de constitucionalidade no referido ordenamento, pode-se vislumbrar sua existência. Pois, considerando que o bloco consiste no conjunto unitário de normas constitucionais presentes em determinado sistema jurídico – e que um texto principal e solene em sua composição não é *conditio sine qua non* para sua existência –, pode-se dizer que o bloco de constitucionalidade inglês é composto pelas leis constitucionais,³⁷² bem como pelas convenções³⁷³ e por costumes constitucionais.

Evidentemente, o bloco inglês possui características e contornos bastantes peculiares, em razão da particular forma de ser de seu constitucionalismo. Contudo, tais singularidades e especificidades não desnaturam a existência de um bloco constitucional britânico, de maneira que a falta de atribuição da nomenclatura ao fenômeno não interfere na existência do instituto no referido ordenamento.

4.3 Bloco de constitucionalidade no direito brasileiro

A chamada cláusula de abertura³⁷⁴ e, conseqüentemente, o bloco de constitucionalidade brasileiro não são inovações da Constituição de 1988, ainda que a Constituição Cidadã tenha promovido fundamental aperfeiçoamento do instituto. O art. 78 da Constituição de 1891 (a primeira Constituição da República), já dizia que a especificação de garantias e direitos expressos na Constituição não excluía outros não enumerados, mas resultantes da forma de governo que o texto constitucional estabelece e dos princípios que consigna.

Da mesma forma, o art. 114 da Constituição de 1934 consagrava que a especificação de direitos e garantias expressos na Constituição não excluía outros, resultantes do regime e dos princípios que esta adota. Igualmente era o art. 123 da Constituição de 1937, o art. 144 da Constituição de 1946, bem como o §36, do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967.

³⁷² Como a Carta Magna e o *Human Rights Act*, o qual permanece no ordenamento inglês mesmo após o *Brexit*.

³⁷³ Aqui, referimo-nos a convenções constitucionais – e não internacionais, as quais não integram o bloco inglês, sobretudo após o *Brexit*.

³⁷⁴ Decorrente da característica da Constituição de ser um sistema aberto de normas e princípios, que não se limita à redução literal de seu texto, permitindo diálogo com outros instrumentos que compartilham valores relevantes.

Nota-se, assim, que a cláusula de abertura esteve presente até mesmo em constituições vigentes durante períodos de exceção, como nos casos da Constituição de 1937 e da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967 – que em verdade se trata de uma nova Constituição, de 1969. Isso se justifica em razão da discrepância entre texto e realidade constitucionais que infelizmente marcou o Brasil por grande parte de sua trajetória, de maneira que a cláusula de abertura restou praticamente esvaziada em tais períodos.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 inova em relação às anteriores por prever um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como mecanismos robustecidos para sua garantia e efetivação, além de incluir em sua cláusula de abertura (art. 5º, §2º) expressamente os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais.

Todavia, a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 quanto ao bloco de constitucionalidade ainda é fonte de intensas divergências na doutrina e na jurisprudência. A controvérsia consiste em saber se as normas internacionais de direitos humanos presentes nos tratados dos quais o Brasil é signatário, apesar de não estarem previstas no texto constitucional, possuem ou não status de normas constitucionais.

Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a existência do bloco de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, no julgamento da ADI nº 514, o STF assentou que o parâmetro de controle de constitucionalidade deve levar em conta o bloco de constitucionalidade; contudo, a decisão não realizou maior aprofundamento sobre o tema, tampouco estabeleceu qual seria a amplitude do bloco de constitucionalidade para a Corte.

Posteriormente, em 10 de outubro de 2020, nos HCs nº 185051 e nº 178527, o Ministro Celso de Mello afirma seu entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional. Ainda considera que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004 se revestiriam de caráter materialmente constitucional, compondo a noção conceitual de bloco de constitucionalidade, apesar de reconhecer que o Pleno do STF confere estatura supralegal a tais normas.

Ademais, na ADIN nº 6327, o Ministro Edson Fachin, em uma passagem de seu voto, reconhece a existência de um bloco de constitucionalidade brasileiro, afirmando que o bloco amplia o sistema de proteção de direitos de crianças e adolescentes.

Por fim, no Recurso Extraordinário nº 603616, o Ministro Celso de Mello reitera seu entendimento, no mesmo sentido daquele exarado quando do paradigmático julgamento do caso do depositário infiel (conforme analisado no capítulo anterior), pela natureza constitucional dos tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte – com fundamento

na própria ideia de bloco de constitucionalidade.

Todavia, não se pode perder de vista que o STF não reconhece, como regra, a estatura constitucional das normas decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme abordado no Capítulo III.

É sabido que todas as leis e atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição, ou seja, a ela subordinados formal, procedimental e substancialmente. Porém, a questão que se coloca é sobre qual escalão normativo deve se estabelecer para o controle de conformidade das leis e de atos normativos em matéria de direitos humanos e fundamentais. As respostas a essa questão se dividem fundamentalmente em duas posições.³⁷⁵

Para uma primeira perspectiva, o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou a normas com valor constitucional formal, de maneira que a conformidade dos atos normativos só pode ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, de acordo com as normas escritas na Constituição ou de acordo com leis formalmente constitucionais.

Sob outro prisma, o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, assim, o juízo de legitimidade constitucional das leis e atos normativos deve ser feito não apenas segundo as normas positivadas na constituição, mas também segundo normas que, apesar de não estarem formalmente positivadas na constituição, integram a ordem constitucional global, ou seja, o chamado bloco de constitucionalidade.

Tal incorporação atribui aos direitos humanos internacionais status e natureza de normas constitucionais. Nesse sentido, os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil subscreve compõem o rol de direitos consagrados constitucionalmente.³⁷⁶ Além disto, é importante lembrar que a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, em razão da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos orientadores da compreensão do fenômeno constitucional, nos leva para a mesma conclusão acerca do status de norma constitucional que possuem os direitos humanos presentes em tratados internacionais.

³⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 811-812.

³⁷⁶ Enquanto os demais tratados internacionais possuem status de normas infraconstitucionais supralegais (estão hierarquicamente acima das leis, porém, abaixo da Constituição) – em razão da redação do artigo 102, III, *b*, da Constituição, que se refere à declaração de *inconstitucionalidade* de tratado ou lei federal, as normas presentes em tratados internacionais de direitos humanos possuem status de norma constitucional.

Há, ainda, outro argumento a favor da hierarquia constitucional dos direitos presentes nos tratados internacionais de direitos humanos: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.³⁷⁷ Se a Constituição optou por prever tal dispositivo no bojo de seu texto, e pelo seu conteúdo ser relacionado aos direitos fundamentais, é porque escolheu dar a esses direitos status de norma constitucional. Assim, a Constituição reconhece expressa e intencionalmente o conteúdo constitucional de direitos e garantias presentes nos tratados internacionais de direitos humanos nos quais o país é signatário.

O constitucionalista português Canotilho bem ensina que o programa normativo-constitucional não pode se reduzir de forma positivista ao texto – aqui entendido como o conteúdo redigido, literalmente escrito – da Constituição. Para extrair o verdadeiro conteúdo constitucional, com todo seu sentido e alcance, é preciso densificar em profundidade as normas e princípios constitucionais, alargando assim o chamado bloco de constitucionalidade.³⁷⁸

Nesse sentido, os direitos humanos presentes nos tratados internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade, tornando-se também direitos fundamentais³⁷⁹; e não há como conceber, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, uma hierarquia abstrata entre normas constitucionais, nem mesmo para aqueles que acatam a classificação entre normas formalmente e materialmente constitucionais.

Ademais, a condição de direitos fundamentais é incompatível com a estatura normativa infraconstitucional, uma vez que os direitos fundamentais são sempre direitos *constitucionais*. Assim, negar aos direitos humanos incorporados ao bloco de constitucionalidade a estatura de normas constitucionais, relegando-os à condição de normas infraconstitucionais, corresponde a contrariar sua própria natureza.

No ordenamento constitucional brasileiro, a própria a Constituição autoriza de forma expressa, por meio de sua cláusula de abertura (conforme art. 5º, §2º), que determinadas normas situadas fora de seu texto também tenham natureza e estatura de normas constitucionais, pois a Constituição confere aos direitos humanos internacionais tal natureza especial e diferenciada. Assim, os direitos enunciados nos tratados de direitos

³⁷⁷ Leciona Joaquim Canotilho que é característica da modernidade e do constitucionalismo a consideração dos chamados direitos do homem como *ratio essendi* do Estado Constitucional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18.

³⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 982.

³⁷⁹ Como já dissemos, uma vez incorporados ao ordenamento interno, os direitos humanos passam também a ser, todos, direitos fundamentais.

humanos ratificados pelo país integram também o conjunto de direitos fundamentais. Conseqüentemente, verifica-se que os tratados internacionais de direitos humanos podem ser fontes criadoras de direitos e garantias fundamentais no Brasil, desde que incorporados ao ordenamento interno. Uma vez incorporadas, as normas de direitos humanos se transformam em normas de direitos fundamentais, adquirindo qualidade de normas constitucionais. Destarte, os direitos fundamentais são aqueles previstos expressa ou implicitamente no texto da Constituição, bem como aqueles decorrentes de normas de direitos humanos presentes em tratados da matéria ratificados pelo país.

Conforme esmiuçamos no capítulo anterior, Flávia Piovesan³⁸⁰ propôs uma classificação dos direitos constitucionais entre aqueles expressos no texto; os implícitos, em leis infraconstitucionais; e os direitos decorrentes de tratados internacionais assinados pelo Brasil. Essa ampliação se deve ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também abordado no Capítulo III. Como se viu, segundo Canotilho, no caso de dúvidas, deve-se escolher a interpretação que confira a maior eficácia à norma, principalmente no caso dos direitos fundamentais.³⁸¹ Por consequência, o §2º do art. 5º da CRFB deve ser interpretado de maneira que as normas presentes em tratados internacionais incorporados pelo Brasil complementem os direitos já reconhecidos pelo texto constitucional.

Cabe analisar ainda se as normas de direitos humanos presentes no bloco de constitucionalidade brasileiro são o que a doutrina costuma chamar de normas constitucionais materiais, e se, conseqüentemente, tais normas compõem o que se entende por constituição material.

Apesar de ser um equívoco comum na doutrina e na jurisprudência, o conceito de bloco de constitucionalidade brasileiro não corresponde ao conceito de constituição material. Primeiramente, porque o bloco de constitucionalidade advém de um mandamento expresso do texto constitucional (art. 5º, §2º da CRFB), que confere estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais (da espécie direitos fundamentais) a normas existentes fora do texto da Constituição. Ou seja, no caso brasileiro, é a própria Constituição que define os contornos do bloco constitucional – e não a atividade doutrinária ou jurisprudencial.

A doutrina brasileira costuma cindir os direitos fundamentais em materialmente e formalmente constitucionais com a finalidade de solucionar uma possível contradição

³⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

³⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 982.

decorrente da inclusão do §3º ao art. 5º da CRFB. Considerando-se que o Brasil ratificou importantes tratados internacionais de direitos humanos pelo *iter* ordinário de recepção de tratados, que não exige quórum qualificado, a exigência de quórum qualificado advinda da EC nº 45/04 para atribuir às normas de direitos humanos tratamento equivalente ao das emendas constitucionais poderia levar à negação da estatura constitucional das normas de direitos humanos incorporadas antes da referida emenda.

Assim, a doutrina costuma utilizar a divisão entre normas material e formalmente constitucionais para afirmar que os tratados de direitos humanos incorporados antes da EC nº 45/04 e mesmo aqueles incorporados após sua vigência sob o *iter* ordinário seriam normas materialmente constitucionais, enquanto os tratados de direitos humanos incorporados sob o rito do art. 5º, §3º seriam normas material e formalmente constitucionais.

Apesar da importância de se reconhecer que os direitos humanos uma vez incorporados ao direito interno são também direitos fundamentais e, portanto, normas constitucionais, em tempo há vozes na doutrina ressaltando que a cisão entre direitos fundamentais formais e materiais precisa ser repensada, bem como sua viabilidade interpretativa questionada.³⁸² Pois, a partir da referida noção dicotômica, seria possível concluir que em nosso ordenamento constitucional há direitos fundamentais com diferentes regimes jurídicos – o que enfraqueceria a proteção dos direitos apenas materialmente constitucionais e contrariaria a própria razão de ser dos direitos fundamentais, os quais, em regra, não admitem prevalências abstratas.

Nessa linha, ao se admitir a divisão entre normas material e formalmente constitucionais, assume-se que as primeiras possuiriam um regime constitucional diferenciado, como por exemplo regras de alteração diferenciadas; não incidência da proteção do art. 60, §4º da CRFB; impossibilidade de alteração das normas formalmente constitucionais;³⁸³ bem como possibilidade de serem extirpados do ordenamento interno em caso de renúncia do tratado.

Destarte, não seriam consideradas normas formalmente constitucionais aquelas que não estivessem escritas no texto constitucional ou não fizessem parte daquilo que se considera estrutura de uma Constituição. De tal modo, os direitos presentes em tratados internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais em razão da

³⁸² MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2004, p. 277.

³⁸³ *Idem*, *ibid.*, p. 278.

materialidade dos direitos fundamentais, ou seja, em razão de sua matéria, de seu conteúdo.

A distinção entre normas material e formalmente constitucionais decorre da diferenciação doutrinária entre Constituição material e Constituição formal. A última diz respeito ao conjunto de normas constitucionais estabelecidas em documento escrito, sobretudo no texto constitucional. Em outras palavras, diz respeito ao conjunto normativo formalizado na Constituição, documento solene que experimentou um processo específico, qualificado, para sua elaboração.³⁸⁴ Dessa forma, independentemente do conteúdo normativo, tudo aquilo que estiver presente no texto da Constituição é matéria constitucional.

O conceito formal de Constituição abrange matérias que, uma vez inseridas no corpo da Constituição, alcançam status constitucional, mesmo que não necessariamente se refiram aos elementos básicos que devem ser tratados por uma Constituição, de maneira que tais normas gozam de garantia e hierarquia superior por estarem previstas no texto constitucional, independentemente de seu conteúdo.

Por outro lado, o conceito de Constituição material é relativo ao conjunto normativo de matérias cuja atribuição é da Constituição de determinado Estado, assim como a competência para tratar delas. Nessa perspectiva, a noção diz respeito a matérias que são axiologicamente mais importantes para determinada sociedade e Estado, como a estrutura do Estado, sua organização, os direitos fundamentais e outras formas de limitação do poder estatal. Assim, as normas que tratem de tais assunto são materialmente (essencialmente) constitucionais, independentemente de estarem codificadas ou não no texto constitucional.³⁸⁵

Por fim, pela classificação de Constituição mista, admite-se a existência de documentos de natureza constitucional que estão fora da Constituição, sendo adotado tanto o critério material como o formal. Nesse sentido, para aqueles que acolhem a distinção entre Constituição material e formal, um ordenamento que possui bloco de constitucionalidade possui uma Constituição mista, considerando a existência de normas constitucionais fora do texto da Constituição.

Todavia, o constitucionalismo não pode se perder de sua primordial função, se dedicando, como aponta Virgílio Afonso da Silva, a elencar inúmeras classificações e

³⁸⁴ Para Kelsen, a formalidade estaria relacionada aos procedimentos difíceis de alteração das normas constitucionais. (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183)

³⁸⁵ Para Afonso Arinos, a materialidade constitucional diz respeito ao conjunto de normas e costumes que regem a organização política do Estado, estejam ou não incluídos no texto da Constituição. (ARINOS, Afonso. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 59-60)

conceitos de Constituição como meros rótulos ofertados para livre escolha do intérprete, em vez de se debruçar sobre questões importantes relativas à função e ao papel a serem desempenhados por uma Constituição no ordenamento jurídico interno³⁸⁶ e na sociedade que pretende regular.

Nesse sentido, a doutrina aponta que a referida distinção entre Constituição material e formalmente constitucional – e, conseqüentemente, entre normas material e formalmente constitucionais – somente faria sentido caso a Constituição em sentido material representasse uma instância jurídica completamente diversa da Constituição formal.³⁸⁷ Tal hipótese que não se verifica, de forma que não subsiste a separação entre normas materialmente e formalmente constitucionais para estabelecer regimes jurídicos diferenciados. A identificação normativa de determinado assunto como matéria constitucional resulta em sua inclusão no âmbito da formalidade, sobretudo porque a proteção conferida pela estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais se estende a todas as matérias relacionadas aos temas essenciais que devem ser regulados por uma Constituição, sobretudo quanto aos direitos fundamentais.

Seria contraditório se admitir a existência de normas consideradas constitucionais em razão de sua matéria, mas que possuíssem regramento jurídico distinto – e mais frágil – que as demais. Não se justifica satisfatoriamente que determinadas normas constitucionais não desfrutem da mesma proteção constitucional das demais normas da Constituição, especialmente no caso dos direitos fundamentais.

Por fim e não obstante o acima analisado, a positivação de uma norma constitucional que permite a inclusão de outras normas, externas ao texto da Constituição, como fonte de direito constitucional, conferindo-lhes estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais (tal como fez o art. 5º, §2º da CRFB), é suficiente para conferir às referidas normas as mesmas características e garantias de normas da mesma espécie que estejam inseridas no texto da Constituição. Em outras palavras, não há que se falar em regime jurídico distinto, pois a natureza jurídica e a estatura constitucionais foram conferidas pelo próprio direito positivo a partir do texto constitucional. As normas decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão presentes no ordenamento positivo brasileiro, mais especificamente no bloco de constitucionalidade, exatamente em

³⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

³⁸⁷ MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria, op. cit., p. 286.

decorrência do disposto no art. 5º, §2º da CRFB.

Nesse ponto, é preciso questionar se essa forma de positivação satisfaz ou não o requisito de legitimidade democrática. Deveras, não há contradição entre a necessária legitimidade democrática e a estatura e a natureza jurídicas das normas constantes no bloco de constitucionalidade, pois tais normas são integradas ao bloco constitucional em decorrência de mandamento estabelecido pelo próprio constituinte originário, que é o maior expoente da legitimidade democrática no que se refere ao momento constituinte democrático.

Ademais, a proteção dos direitos humanos-fundamentais desempenha uma importante função de garantia contra possíveis violações advindas de determinadas vontades das maiorias, sobretudo no que diz respeito à proteção das minorias sociais.³⁸⁸ Em questões relativas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda a restrições desarrazoadas, desproporcionais, inadequadas ou infundamentadas a direitos fundamentais, nenhuma maioria pode ocasionar a restrição de tais direitos ou ainda impedir a conquista de direitos básicos e essenciais para a vida digna de outrem.

Assim, é nítido que o pertencimento das normas de direitos humanos decorrentes de tratados de que o Brasil é signatário é perfeitamente compatível com o sistema democrático, inclusive porque a garantia de certos direitos é verdadeiro pressuposto para a existência da democracia. É o que Dworkin chama de *democracia constitucional*, conceito que defende que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais³⁸⁹. Para nós, os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam não somente os direitos individuais, mas os direitos fundamentais como um todo.

Sobre a questão, é importantíssimo lembrar que a maioria não pode, mesmo no exercício de sua soberania, impedir a conquista de novos direitos na forma eleita pelo constituinte originário. Tal questão teórica possui imensa importância prática no contexto do constitucionalismo democrático das sociedades contemporâneas. Nesse sentido, para Habermas não há contradições entre direitos humanos – sendo que o mesmo vale para os direitos fundamentais – e soberania popular, porque ambos são, logicamente, co-originários:

³⁸⁸ Minorias sociais são as coletividades que sofrem processos de estigmatização, inferiorização e discriminação que resultam em diversas formas de desigualdade, exclusão social e negação de direitos, ainda que constituam maioria numérica de determinada população. São grupos marginalizados e discriminados, dentro de uma sociedade, por grupos social, econômica, política e culturalmente dominantes em razão de fatores econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos. Alguns exemplos de minorias sociais são: mulheres, população negra, população LGBTTT, indígenas, imigrantes, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua.

³⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

os direitos humanos nem sequer conflitariam com a soberania popular porque seriam, na verdade, condição de possibilidade para a democracia.³⁹⁰

Por fim, e da mesma maneira, o bloco de constitucionalidade é compatível com a ideia de constituição escrita e com sua supremacia, pois é por mandato da própria Constituição que normas que não fazem parte de seu texto compartilham a mesma força normativa. A própria Carta, como fonte soberana de ordem, assim o ordenou.

4.3.1 Conteúdo do bloco de constitucionalidade brasileiro

Nesse ponto, é preciso identificar qual o conteúdo do bloco de constitucionalidade brasileiro, ou seja, quais normas o compõem. Primeiramente, e como não poderia deixar de ser, o bloco brasileiro é composto pelas normas presentes no texto da Constituição, em que se incluem as normas constitucionais explícitas e também implícitas. Essas últimas dizem respeito àquelas que, apesar de não estarem expressamente positivadas, o estão de maneira implícita, subentendida; conseqüentemente, são passíveis de revelar-se por meio do exercício hermenêutico realizado pelo intérprete. Entendemos que a primeira parte do art. 5º, §2º da CRFB (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”) se refere sobretudo aos direitos e garantias implícitos, inclusive por se tratar de contraposição ao adjetivo “expressos”, a qualificar os direitos e as garantias.

Ademais, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) também compõe o bloco de constitucionalidade, pois apesar de possuir numeração própria,³⁹¹ é vinculado ao texto da Constituição, tendo sido inclusive editado de forma simultânea a ela e pelo mesmo constituinte originário. Nesse mesmo sentido, o STF já afirmou no RE 160.486, sobre a natureza jurídica do ADCT, que esse, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se juridicamente como um estatuto de índole constitucional. Por essa razão, a estrutura normativa nele consubstanciada ostenta rigidez peculiar às normas inscritas no texto básico da Constituição da República.

Da mesma forma, as emendas constitucionais, ainda que não inseridas no texto

³⁹⁰ Nesse sentido, o filósofo aborda o tema em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, *passim*.

³⁹¹ Técnica legislativa utilizada para evitar a inserção no corpo permanente da Constituição de normas com eficácia exaurida, ainda que nem todas as normas do ADCT tenham ou passem a ter sua eficácia exaurida, como é o caso do art. 68 do ADCT. (Esse artigo estabelece que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Trata-se de norma constitucional de natureza permanente, apesar de ter sido inserida no corpo do ADCT.)

principal, fazem parte do bloco de constitucionalidade. A Constituição da República prevê sua própria forma de atualização, por meio da edição de emendas constitucionais por parte do poder constituinte derivado reformador, nos termos do seu art. 60. Como atos normativos primários emanados pelo poder constituído, as emendas podem ser objeto de controle de constitucionalidade, caso tendam a violar os limites à reforma impostos pelo constituinte originário. Elas possuem, portanto, estatura e natureza de normas constitucionais, de maneira a compor o bloco constitucional brasileiro.

Observe-se ainda que diferentemente do caso francês, o preâmbulo da Constituição brasileira não tem natureza jurídica de norma constitucional e não integra o bloco de constitucionalidade. Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso, Relator da ADI 2.076, afirmou na ocasião do julgamento que o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte, de maneira que não possui relevância jurídica e tampouco serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade. No HC 94.163, o STF entendeu que os valores e objetivos expressos no preâmbulo podem ser invocados como *reforço argumentativo*, ou seja, de forma indireta, para justificar determinada decisão, mediante uma leitura articulada e sistemática, desde que em conjunção com preceitos normativos do texto principal da Constituição. Esse posicionamento apenas reforça que tal texto não faz parte do bloco de constitucionalidade brasileiro. É natural que em determinadas constituições o preâmbulo tenha natureza jurídica de normas constitucionais, enquanto em outras não o tenha, pois não há modelo único quanto ao tema, o qual varia de acordo com cada Constituição, com o conteúdo de cada preâmbulo, bem como de acordo com o direito constitucional de cada país.

Indo além, fazem parte do bloco constitucional brasileiro os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Nessa linha, os parágrafos §2º e §3º do art. 5º da CRFB permitem que novos tratados sejam inseridos no bloco de constitucionalidade brasileiro, o que decorre até mesmo em razão do caráter progressivo dos direitos humanos.³⁹² Nesse aspecto, nosso bloco de constitucionalidade se assimila ao bloco espanhol, panamenho e argentino, que também se encontram em estado de ampliação.

Segundo os adeptos da ideia de que o §2º por si só garante a inclusão das normas presentes nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ao bloco de

³⁹² A progressividade dos direitos humanos é o fenômeno pelo qual o regime de proteção internacional de direitos humanos tende a se expandir de maneira contínua e irreversível, tanto no aspecto qualitativo, quanto no aspecto quantitativo, ou seja, o sistema tende a expandir em relação ao número e ao conteúdo dos direitos protegidos, bem como com relação à eficácia de proteção de tais direitos.

constitucionalidade, para que novos direitos sejam incorporados ao bloco basta que novos tratados sejam ratificados pelo país. Essa é a posição defendida no presente estudo.

Por outro lado, há quem entenda que a inclusão de tais normas ao bloco só é possível a partir da incorporação pelo *iter* do §3º, tese que entendemos não ser a mais acertada, pelas razões já demonstradas no capítulo anterior. Obviamente se pode questionar sobre as desvantagens de um demasiado número de normas integradas ao bloco de constitucionalidade, apesar de não ser o caso brasileiro. De toda maneira, a solução para evitar um possível excesso de normas constantes no bloco de constitucionalidade, evidentemente, não pode passar pelo não reconhecimento das normas de direitos humanos enquanto normas de estatura constitucional, pertencentes ao bloco, sob pena de se negarem a máxima eficácia e a força normativa do §2º do art. 5º da CRFB.

Por isso, caso o constituinte derivado entenda por bem limitar o conteúdo das normas de direitos humanos presentes no bloco de constitucionalidade, deve fazê-lo por meio de emenda constitucional, para fixar expressamente quais tratados compõem o bloco, assim como fez o poder constituinte derivado argentino. Contudo, essa alteração obviamente deve obedecer a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como respeitar o princípio da vedação do retrocesso. A fim de levar a vontade do poder constituinte originário a sério, tal escolha por parte do constituinte derivado não é dotada de liberdade, porque conformada por outras normas constitucionais e postulados normativos.³⁹³

Quanto aos tratados mistos, isso é, aqueles que em parte tratam de matérias de direitos humanos e em parte se referem a outras matérias, como é o caso do Estatuto de Roma, é preciso atentar que o §2º do art. 5º da Constituição diz que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A norma constitucional não faz, portanto, uma escolha restritiva, no sentido de pertencerem ao bloco somente as normas de direitos humanos presentes em tratados que tratam exclusivamente de direitos humanos. Dessa forma, conforme propõe Bidart Campos, em tais casos, a norma específica de proteção de direitos humanos ingressa sozinha no bloco de constitucionalidade, a demonstrar que o primordial é a matéria, independentemente de onde ela se encontre inserida.³⁹⁴

³⁹³ Postulados normativos são pressupostos epistemológicos do sistema jurídico, independentes de posituação e que devem obrigatoriamente ser considerados pelo jurista independentemente desta. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 95-107).

³⁹⁴ CAMPOS, Germán Bidart. La lección derivada de la opinión consultiva I de 1982. In: CAMPOS, Germán Bidart et al. *Derechos humanos. Corte interamericana*. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I, p. 69.

Ainda em relação aos direitos incorporados ao bloco constitucional brasileiro por meio de tratados internacionais de direitos humanos, ressalta-se que tanto os direitos de primeira, quanto segunda e terceira dimensão integram, da mesma maneira, o bloco. Aqui, por se tratar de direitos humanos-fundamentais, a eles se aplica a tese de que todos os direitos fundamentais, expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados ou não no Título II da CRFB, ou mesmo fora do texto da Constituição, são direitos fundamentais.

Por fim, a natureza programática de determinados direitos, como daqueles de segunda dimensão, em nada impede sua inclusão ao bloco de constitucionalidade, até mesmo porque há diversos direitos de segunda dimensão presentes no texto constitucional. Apesar de possuírem muitas vezes caráter programático, estes não são meras sugestões ao legislador e ao administrador, muitas vezes podendo ser garantidos por tutela judicial.³⁹⁵

Por outro lado, vozes como Daniel Sarmento e o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido no RE nº 466.343, afirmam que a tese da hierarquia constitucional de todos os tratados sobre direitos humanos provocaria uma inflação constitucional sem precedentes, a gerar profundas incertezas³⁹⁶. Alegam-se os riscos de atomização das normas constitucionais e de possíveis conflitos entre normas de mesma hierarquia, a culminar em um cenário de insegurança jurídica. Ademais, argumenta-se que a hierarquia supralegal, por meio do controle de convencionalidade, seria suficiente para a proteção interna dos direitos humanos.³⁹⁷ Por isso, tal corrente sustenta, em sintonia com a atual posição do Supremo Tribunal Federal, que as normas decorrentes de tratados internacionais incorporados pelo Brasil pelo *iter* do art. 5º, §3º da CRFB possuem estatura constitucional.³⁹⁸

Todavia, tais argumentos não são suficientes para afastar a natureza e a estatura constitucionais das normas decorrentes tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno – independentemente do rito de incorporação –, com a sua consequente inclusão ao bloco constitucional brasileiro. Primeiramente, e como já visto, a atribuição de estatura e natureza constitucionais a tais normas trata-se de escolha legítima do poder constituinte originário, a que não pode ser afastada pelos argumentos referidos.

Além disso, não há que se falar em inflação constitucional, pois nem mesmo nos sistemas internacionais de direitos humanos há um infundável número de tratados, de forma

³⁹⁵ Obviamente, quanto a tal espécie de direitos, se deve observar a reserva do possível. Contudo, a reserva do possível não é oponível quando se trata da necessidade de garantir o mínimo existencial de um direito fundamental.

³⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 52.

³⁹⁷ Idem, *ibidem*.

³⁹⁸ Idem, *ibid.*, p. 53.

que muito menos há que se alegar que o Brasil é signatário de inúmeros tratados dessa espécie. Ademais, conforme observado, diversos países latino-americanos atribuem à referida espécie de normas estatuta e natureza constitucionais, sem que disso decorra situações de insegurança jurídica nos respectivos sistemas.

No mesmo sentido, o argumento a respeito de um possível conflito entre normas não se sustenta, pois da mesma maneira se podem verificar antinomias aparentes entre normas constitucionais positivadas pelo constituinte originário, conjuntura que deve ser solucionada por meio de métodos e técnicas de interpretação constitucional – sendo tarefa do intérprete realizar a harmonização perante o caso concreto. O mesmo vale para o conflito entre normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade.

Por fim, apesar de a hierarquia supralegal possibilitar o controle de convencionalidade, as normas de direitos humanos não se revestem da mesma proteção conferida ao se lhes garantirem estatuta e natureza jurídicas de normas *constitucionais*. Estas, além de possuírem o maior prestígio possível em um ordenamento jurídico, possibilitam que as normas de direitos humanos sejam parâmetro tanto de controle de convencionalidade, quanto de controle de constitucionalidade.

4.3.2 Ingresso de normas de direitos humanos no bloco de constitucionalidade e seu eventual egresso

A denúncia é o instituto de direito internacional por meio do qual um Estado se desobriga de seus compromissos internacionais, decorrentes da celebração de um tratado, mediante manifestação unilateral em tal sentido. Nos termos do artigo 56 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, um tratado que não contenha disposição relativa à sua extinção não é suscetível de denúncia ou retirada, por não as prever; a não ser que se estabeleça terem as partes admitido tal possibilidade, ou que o direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado. De toda forma, a parte deve notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou se retirar de um tratado.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro a denúncia, conforme visto no capítulo anterior, é ato de apenas um dos poderes de Estado – o Poder Executivo –, independente da aprovação do Congresso Nacional. Assim, caso se admita a saída das normas de direitos humanos do bloco de constitucionalidade a partir da mera denúncia de um tratado, conseqüentemente se possibilitaria que tais direitos – já incorporados ao bloco e, portanto, com estatuta e natureza de normas constitucionais – fossem facilmente eliminados a partir de ato unilateral do Poder Executivo.

Por isso, Pablo Manili entende – com base no sistema constitucional argentino – que as mesmas vontades que se integram para aprovar e ratificar um tratado devem estar presentes para denunciá-lo.³⁹⁹ No mesmo sentido é o pensamento de Flávia Piovesan, para quem seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação, de maneira que, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o ato de denúncia também o deveria ser, decorrendo do mesmo procedimento utilizado para ratificação.⁴⁰⁰ Seria necessária, então, a prévia autorização do Poder Legislativo para a denúncia do tratado, a fim de democratizar o processo e fortalecer o sistema de freios e contrapesos. Ainda para Piovesan, os tratados materialmente constitucionais podem ser objeto de denúncia, enquanto os tratados material e formalmente constitucionais não podem, em razão de serem formalmente constitucionais, bem como pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial rito de aprovação do §3º do art. 5º da CRFB.⁴⁰¹

Apesar de concordarmos que a denúncia deva derivar de ato complexo, a conjugar as vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, tal qual a ratificação, pensamos que a melhor resposta a esse impasse é outra. Em verdade, o que ocorre é que, ainda que o Brasil denuncie o tratado – desde que internacionalmente não seja impedido de fazê-lo –, as normas nele contidas permanecem no ordenamento jurídico brasileiro (mais precisamente no bloco de constitucionalidade), porque nele já foram incorporadas e já se tornaram normas constitucionais. Por isso, a denúncia a um determinado tratado não tem o condão de expurgar tais normas – que uma vez incorporadas adquirem estatura e natureza de normas constitucionais – do sistema interno.

Tal raciocínio se aplica tanto aos tratados de direitos humanos incorporados na forma do parágrafo 2º, quanto pelo rito do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB, pois como já vimos, independentemente da incorporação pelo *iter* do parágrafo 3º, todos os tratados de direitos humanos se incorporam ao bloco de constitucionalidade, de modo que não cabe a supracitada distinção quanto aos efeitos de possível renúncia do Estado. Do contrário, se possibilitaria que por via indireta de denunciar um tratado, o Presidente da República pudesse modificar unilateralmente o conteúdo do bloco de constitucionalidade, apesar de suas normas gozarem de estatura de normas constitucionais.

³⁹⁹ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad*, op. cit., p. 261.

⁴⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 502.

⁴⁰¹ Idem, *ibid.*, p. 502-503.

De toda forma, ressaltamos que tem total procedência a afirmação de Carvalho Ramos, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos: em razão de se tratar de matéria relacionada à dignidade humana (art. 1º, III da CRFB), toda e qualquer denúncia deve ser apreciada pelo Congresso Nacional.⁴⁰² A denúncia ainda deve passar pelo crivo da proibição do retrocesso (efeito *cliquet*), consequência do regime jurídico dos direitos humanos. Dessa forma, o Poder Legislativo e o Poder Executivo devem atentar para a impossibilidade de diminuir a proteção já conferida aos sujeitos de direito em decorrência da incorporação dos tratados ao bloco de constitucionalidade.⁴⁰³ Portanto, conforme alerta Carvalho Ramos, a denúncia não pode ser pautada no desejo ideológico de diminuir a proteção já alcançada: pelo contrário, a justificativa constitucionalmente adequada para a denúncia seria a ocorrência de desvios na própria condução dos tratados, como a excessiva politização dos órgãos de controle, a colocar em risco a própria defesa dos direitos humanos.⁴⁰⁴ Assim, a análise do respeito à proibição do retrocesso pode ser feita até mesmo pelo Poder Judiciário, caso necessário.

Não obstante, ressalta-se que mesmo a denúncia não tem o poder de extirpar do ordenamento interno as normas que surgiram decorrentes do ato da incorporação. A particularidade é que, uma vez denunciado o tratado e cumpridos os requisitos previstos na norma internacional, o Estado se desobriga internacionalmente.

4.4 Consequências do reconhecimento do bloco de constitucionalidade

Quanto às normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade, é importante analisar se elas são tão somente equiparadas às normas constitucionais ou se se tornam normas constitucionais propriamente ditas, por meio de incorporação ao bloco.

Segundo o constitucionalista argentino Pablo Manili, elevar tais normas à hierarquia constitucional não é o mesmo que as incluir na Constituição.⁴⁰⁵ Nesse sentido, para o autor, as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade se encontram no mesmo nível hierárquico, mas não conformam um único corpo normativo, considerando que cada uma conserva sua fonte, enquanto as normas constitucionais decorrem do exercício do poder

⁴⁰² Nessa linha, a Constituição argentina passou a prever expressamente em seu artigo 75.22 que para a denúncia de tratados internacionais de direitos humanos, deve-se respeitar procedimento prévio, o qual requer aprovação de dois terços do Congresso.

⁴⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, op. cit., p. 527.

⁴⁰⁴ Idem. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*, op. cit., p. 320.

⁴⁰⁵ MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 236.

constituente.⁴⁰⁶

Deveras, as normas internacionais de direitos humanos pertencentes ao bloco de constitucionalidade não estão positivadas no texto constitucional.⁴⁰⁷ Porém, é equivocado crer que somente as normas presentes no texto da Constituição têm natureza jurídica de normas constitucionais. Normas constitucionais não são somente aquelas expressas no texto constitucional, mas sim todas aquelas pertencentes ao bloco de constitucionalidade,⁴⁰⁸ sem que isso seja empecilho à soberania popular, pois se incorporam ao bloco – com natureza jurídica e hierarquia de normas constitucionais⁴⁰⁹ – por vontade do próprio constituinte originário, que assim decidiu no caso brasileiro.

Logo, as normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo país são ao mesmo tempo normas de direito internacional e normas de direito constitucional; e uma vez incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, já são revestidas da condição de normas constitucionais. Em outras palavras, o próprio processo de incorporação ao direito interno automaticamente lhes confere estatura e natureza jurídica de normas constitucionais. Assim, pode-se dizer que as normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário são ao mesmo tempo normas internacionais de direitos humanos e normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. E por isso, seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não reformar o *texto* da Constituição, pode promover mudanças no ordenamento constitucional pátrio.

4.4.1 Ampliação do paradigma para controle de constitucionalidade

A ampliação do parâmetro de constitucionalidade talvez seja a principal e mais importante consequência do bloco de constitucionalidade, pelos efeitos que produz. Graças ao instituto, tal parâmetro é alargado, porque, a partir do reconhecimento de estatura e natureza constitucionais às normas pertencentes ao bloco, no exercício do controle de constitucionalidade deve-se confrontar a norma em exame não só com o texto constitucional, mas também com todas as normas que conformam o bloco.

⁴⁰⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰⁷ Considerando que o bloco de constitucionalidade é composto pelo texto constitucional e outras normas externas à Constituição formal, evidentemente nem todas as normas pertencentes ao bloco estão presentes no texto da Constituição e é justamente isso que fundamenta a existência do bloco, o qual não corresponde tão somente ao texto constitucional.

⁴⁰⁸ Do contrário, se poderia chegar à conclusão de que princípios e regras implicitamente positivados na Constituição, extraídos da interpretação do texto, também não seriam normas constitucionais.

⁴⁰⁹ Nessa linha, entendemos que, em última instância, é uma contradição em seus próprios termos dizer que normas pertencentes ao bloco de *constitucionalidade* não possuem estatura e/ou natureza jurídica de normas constitucionais.

Tal função se manifesta tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado de constitucionalidade; ou seja, não só o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça podem usar as normas do bloco como parâmetro no exercício do controle concentrado, como também todos os órgãos do Poder Judiciário em sede de controle difuso. Nessa perspectiva, o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADI 514 afirma que a definição do significado de bloco de constitucionalidade possui fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, porque sua exata qualificação conceitual é fator determinante do caráter constitucional – ou não – dos atos estatais contestados.

Por isso, deve-se utilizar como paradigma para o controle de constitucionalidade, além do texto expresso da Constituição de 1988, os dos direitos fundamentais presentes no bloco de constitucionalidade, decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos; bem como considerar os direitos fundamentais implícitos que são extraídos a partir de interpretação do próprio texto constitucional, tal como aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Em consequência, nota-se que o parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade no ordenamento constitucional brasileiro possui relação direta com o bloco de constitucionalidade, pois toda vez que este se expande, consequentemente o referido parâmetro também o faz.

Assim, apesar de parte da doutrina defender que, em razão do texto art. 102, I, *a*, da Constituição,⁴¹⁰ o parâmetro de processo de controle abstrato de normas seria exclusivamente a Constituição,⁴¹¹ essa não é a interpretação mais acertada. Ora, o fato de o art. 102, I, *a*, da CRFB usar o termo “guarda da Constituição” ao prever a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações do controle concentrado não equivale dizer que, a *contrario sensu*, não caberia ao STF a guarda das normas constitucionais que não estejam presentes no texto constitucional. Nesse sentido, é evidente que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição enquanto ordenamento constitucional globalmente considerado, ou seja, a incluir o bloco de constitucionalidade. Por isso, conforme apontam Conci e Faraco, o art. 5º, §2º e o art. 102, §1º da CRFB devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática, a fim de se alcançar a verdadeira amplitude do conteúdo e de seu correspondente paradigma.⁴¹²

⁴¹⁰ Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

⁴¹¹ Por todos: MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 186.

⁴¹² CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin;

Assim, a filtragem constitucional do ordenamento passa a contar também com o filtro dos valores presentes no bloco de constitucionalidade como um todo. Dessa maneira, cabe acionar o controle abstrato de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, para fazer valer as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, porque sua incorporação cria normas de direitos fundamentais inseridas no referido bloco. Assim, é possível o manejo de ações dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade com fundamento em normas presentes no bloco de constitucionalidade, razão pela qual também é cabível recurso extraordinário quando a decisão impugnada contrariar dispositivo da Constituição ou de normas constantes no bloco.

Pelas mesmas razões, são inconstitucionais as ações estatais contrárias a esses direitos reconhecidos, ou seja, qualquer ato do poder público que ignore, viole ou ameace gravemente os direitos garantidos nos instrumentos que integram o bloco de constitucionalidade. Nesse sentido, o ordenamento constitucional também atribui ao Supremo Tribunal Federal e demais órgãos – tanto do Poder Judiciário, quanto dos Poderes Legislativo e Executivo –, o dever de salvaguardar os direitos humanos-fundamentais e seus instrumentos e de proteção, bem como de zelar pela boa-fé que rege as ações do Estado na ordem internacional para que os compromissos assumidos na área dos direitos humanos sejam integralmente cumpridos.

4.4.2 *Alteração na classificação constitucional quanto ao critério sistemático*

Quanto à sistemática, Pinto Ferreira classifica as Constituições em reduzidas (unitárias) e variadas.⁴¹³ Reduzidas seriam as Constituições que se materializam em um único texto básico e sistemático; enquanto variadas seriam aquelas que se distribuiriam em mais de um texto ou documento que contêm normas constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 costuma ser classificada pela doutrina como reduzida (unitária).⁴¹⁴ Todavia, em razão da existência do bloco de constitucionalidade brasileiro, a correta classificação da Constituição de 1988 quanto ao critério sistemático passa a ser variada, especialmente diante da redação da cláusula de abertura dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CRFB, que permitem a constitucionalização de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos.

SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da lei 9.868/1999*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 93-111, p. 106.

⁴¹³ FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*.

Além disso, há diversos artigos de emendas constitucionais que, apesar de não introduzidos no texto da Constituição, inegavelmente têm natureza constitucional. Um exemplo disso é a EC nº 91/2016, que, sem inserir nenhum dispositivo no bojo da Constituição de 1988 ou mesmo em seu ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Obviamente trata-se de uma norma constitucional que, apesar de não estar presente no texto da Constituição, está situada no bloco de constitucionalidade.

4.4.3 Funções interpretativa e integradora

As normas integrantes do bloco de constitucionalidade cumprem ainda importante função interpretativa, pois servem como critérios hermenêuticos para a interpretação de outras normas constitucionais, como, por exemplo, na identificação do conteúdo e alcance dos direitos reconhecidos pelo texto constitucional. Ainda possuem função integradora, pois na ausência de norma do texto constitucional aplicável a um caso concreto, as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade servem para preencher essa lacuna, como é o caso, no ordenamento brasileiro, do direito ao duplo grau de jurisdição, que apesar de não estar expressamente previsto no texto da Constituição de 1988, está contido no bloco de constitucionalidade, em razão da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, tais utilizações das normas pertencentes ao bloco constitucional permitem estender e aperfeiçoar a proteção de direitos fundamentais, bem como melhor cumprir as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Dessa forma, os tribunais nacionais são os primeiros a serem chamados para exercer a função garantidora. Caso ela não seja satisfatória, o sistema internacional se tornará a única resposta, considerando-se a existência de sistemas de proteção de direitos humanos em diversas esferas e um diálogo jurisprudencial entre cortes nacionais e tribunais internacionais de direitos humanos.

4.5 Influência das normas de direitos humanos no sistema de direitos e garantias da Constituição

As normas de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade têm a função de conformar e auxiliar na interpretação quanto às limitações e restrições de direitos humanos durante as hipóteses de estado de exceção, como são o caso do estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal. Tratados e declarações internacionais de direitos

humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹⁵ e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴¹⁶ preveem a possibilidade de limitações ao exercício dos direitos humanos em razão de questões de ordem, segurança e moral públicas, desde que imprescindíveis ou necessárias e no contexto de sociedades democráticas.

Nessa perspectiva, a Corte IDH já afirmou que são as justas exigências da democracia que devem orientar a interpretação de tais restrições⁴¹⁷ e jamais se poderia suprimir um direito garantido pela CADH para esvaziá-lo, devendo-se respeitar o objeto e as finalidades da CADH.⁴¹⁸ Ademais, tal como toda e qualquer restrição de direitos humanos e fundamentais, as restrições decorrentes de situações de exceção devem passar pela regra da proporcionalidade e da razoabilidade, de maneira que além de adequadas e necessárias, devem ser impostas na menor intensidade possível.

Outrossim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴¹⁹ e a CADH⁴²⁰ estabelecem requisitos e hipóteses de ocorrência de situações excepcionais, os quais devem ser utilizados para conformar e interpretar as restrições de direitos fundamentais decorrentes de situações de exceção. Ainda, a CADH, em seu artigo 27.1 elenca um rol de direitos e garantias que não podem ser suspensos nem mesmo em estado de exceção: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão e servidão; princípio da legalidade e da retroatividade; liberdade de consciência e de religião; proteção da família; direito ao nome; direitos da criança; direito à

⁴¹⁵ Artigo 29.2. “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. Artigo 30. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.” Importante referir que na opinião consultiva nº 6, a Corte IDH definiu que o termo “leis”, para fins do artigo 30, deve ser interpretado como lei em sentido estrito, ou seja, atos normativos emanados pelo órgão legislativo constitucionalmente previsto e democraticamente eleito para tanto (OC-6/86, §35).

⁴¹⁶ Artigo 32.2. “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.”

⁴¹⁷ OC-5/85, §44.

⁴¹⁸ OC-6/86, §67.

⁴¹⁹ Artigo 4.1. “Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.”

⁴²⁰ Artigo 27.1. “Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.”

nacionalidade; direitos políticos; e garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Dessa forma, apesar da possibilidade de se restringirem alguns direitos e garantias, esses não podem ser tidos como inexistentes, pois como já se manifestou a Corte IDH, o princípio da legalidade, as instituições democráticas e o Estado de Direito devem permanecer vigentes durante o estado de exceção.⁴²¹ Portanto, caso seja necessário lançar mão de um instrumento excepcional previsto na Constituição da República, tanto as normas expressas no texto da Constituição, quanto as normas internacionais de direitos humanos presentes no bloco de constitucionalidade devem ser utilizadas como parâmetros e levadas em consideração na instauração e execução do mecanismo de exceção, em verdadeiro exercício de interpretação sistemática. Em outras palavras, as normas de direitos humanos incorporadas pelo Brasil conformam e auxiliam a interpretação das normas constitucionais de exceção.

Além disso, o reconhecimento das normas de direitos humanos como integrantes do bloco de constitucionalidade coloca fim ao longo debate sobre a (in)constitucionalidade da lei de anistia brasileira (Lei nº 6.683/79), pois a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, promulgada pelo país, estabelece em seu art. 1º a obrigação de sancionar o delito de desaparecimento forçado de pessoas. Por consequência, a lei de anistia não é somente inconveniente,⁴²² como também inconstitucional,⁴²³ de maneira que deve o Supremo Tribunal Federal rever seu entendimento sobre o tema.

A partir do reconhecimento das normas de direitos humanos como pertencentes ao bloco de constitucionalidade, reconhece-se também expressamente o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8.2, *h* da CADH.⁴²⁴ Tal conclusão é de grande importância, em razão da divergência que paira na doutrina nacional sobre a (in)existência do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, por não estar previsto expressamente no texto constitucional.

⁴²¹ OC-8/87, §24.

⁴²² Conforme já sentenciado pela Corte IDH no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”).

⁴²³ De toda forma, a conclusão pela inconstitucionalidade da referida lei não decorre tão somente do conteúdo da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também do próprio texto constitucional, como se pode extrair dos votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto na ADPF nº 153. Assim, tais normas internacionais de direitos humanos constantes do bloco de constitucionalidade são argumentos de reforço, os quais não excluem a conclusão pela inconstitucionalidade da Lei nº 6.683/79 em decorrência da correta interpretação do próprio texto da Constituição de 1988.

⁴²⁴ Artigo 8.2 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

Outra consequência para o sistema de direitos e garantias é a expansão do rol de cláusulas pétreas, pois os direitos humanos e fundamentais presentes no bloco constitucional mediante a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos integram, por consequência, o rol de direitos e garantias individuais (que não pode ser concebido tão somente como aqueles presentes no texto constitucional). Sob essa perspectiva, não pode ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos integrantes do bloco de constitucionalidade, em decorrência do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB. Aliás, no plano internacional, caso esses direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos sejam abolidos, o Estado incidirá em ato ilícito, passível de responsabilização internacional por sua conduta.

4.6 Atuação do poder reformador e bloco de constitucionalidade

Conforme analisamos, as normas do bloco de constitucionalidade servem de parâmetro para a verificação da constitucionalidade das normas inferiores em hierarquia, ou seja, infraconstitucionais. Agora, resta verificar a relação entre o poder constituinte reformador e o bloco de constitucionalidade, bem como buscar compreender se o processo de integração das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil viola o mecanismo de reforma constitucional previsto no art. 60 da CRFB ou se tal procedimento se caracteriza como uma exceção ao último, estabelecida pelo próprio constituinte originário.

Nesse sentido, entendemos que a melhor compreensão sobre o tema é que em razão do disposto no §2º do art. 5º da CRFB, o próprio constituinte originário, autônomo e incondicionado, conferiu às normas presentes em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país estatura e natureza de normas constitucionais quando de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, sem necessidade de adoção do procedimento previsto no art. 60 da Constituição, a configurar verdadeira exceção originária ao procedimento de emenda à Constituição. E, justamente por se tratar de decisão do poder constituinte originário – decisão proporcional e razoável, justificada pela importância interna e internacional conferida aos tratados de direitos humanos – não há margem para alegação de invalidade.⁴²⁵

⁴²⁵ Conforme entendimento da doutrina majoritária e também do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento brasileiro não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de possibilidade de existência de normas constitucionais advindas do poder constituinte originário serem consideradas inconstitucionais. Assim, se o intérprete se deparar com duas ou mais normas constitucionais aparentemente contraditórias, deve compatibilizá-las, de modo que ambas continuem vigentes, pois há que se falar em controle de

Assim, pelo processo de incorporação das normas constantes nos referidos tratados ao bloco de constitucionalidade, não há que se falar em reforma do texto da Constituição, mas sim em ampliação do bloco. Tal distinção é de suma importância, porque a inclusão de normas ao bloco não altera o texto da Constituição,⁴²⁶ de forma que não afeta a sua rigidez; o seu mecanismo de reforma permanece o mesmo, e o texto constitucional continua a ser uma unidade autônoma e distinta.

Todavia, não se pode dizer que a incorporação ao bloco se trate de hipótese de mutação constitucional.⁴²⁷ O último procedimento se define como a mudança de sentido interpretativo da Constituição sem que ocorra alteração em seu texto. Em outras palavras, é processo *informal* de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos às normas constitucionais. Para Barroso, mutação constitucional diz respeito à alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas, e sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.

Esse novo sentido ou alcance das disposições constitucionais pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito.⁴²⁸ Assim, são mecanismos de mutação constitucional, para Barroso: interpretação judicial; interpretação administrativa; costumes constitucionais; atuação do legislador quando, por ato normativo primário, procurar alterar o sentido já dado a alguma norma constitucional.⁴²⁹

Disso, se extrai que a incorporação de normas ao bloco não é processo informal, pois obedece ao processo de incorporação decorrente de tratados internacionais e decorre do disposto no §2º, art. 5º da CRFB. Tampouco se trata de alteração de sentido interpretativo a respeito de normas constitucionais. Portanto, a incorporação de normas ao bloco de constitucionalidade compõe gênero distinto e independente, que não se confunde nem com a reforma do texto da Constituição por meio de emendas, nem com o fenômeno da mutação constitucional.

constitucionalidade de normas constitucionais fruto do poder constituinte originário. Dessa forma, O STF somente admite a possibilidade de controle de constitucionalidade em relação ao poder constituinte derivado. Nesse sentido, cf. ADI 466 e ADI 815.

⁴²⁶ Conforme já estudamos, o bloco de constitucionalidade não corresponde ao texto constitucional: o bloco é composto pelo texto da Constituição (e seu ADCT) e por outras normas constitucionais não presentes no texto constitucional.

⁴²⁷ Ao contrário do que pensa Manili, por exemplo (MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, op. cit., p. 320-321).

⁴²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-127.

⁴²⁹ Idem, *ibid.*, p. 130-136.

Para ir além, cabe indagar se o poder constituinte reformador pode criar normas constitucionais contrárias às decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos incorporadas ao bloco. Considerando que, conforme já estudado, os direitos presentes em tais tratados, ao integrarem o bloco, passam a ser também direitos fundamentais constitucionais e se incluem ao rol de cláusulas pétreas (por se adequarem ao art. 60, §4º, inciso IV da CRFB), ao reformar a Constituição, o poder constituinte derivado deve ter em mente as limitações impostas pelos referidos direitos humanos-fundamentais, de maneira que nenhuma emenda pode conter disposição tendente a aboli-los. Pelas mesmas razões, não se pode admitir que emenda constitucional seja editada no sentido de eliminar o bloco de constitucionalidade.

Ademais, não se pode perder de vista o plano internacional. Caso o Estado edite normas – ainda que constitucionais, pois para o Direito Internacional as normas internas são meros fatos⁴³⁰ – em contrariedade com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais seja signatário, ele cometerá ilícito internacional, o que pode acarretar sua responsabilização nesse plano.

Nessa linha, é importante lembrar que para a doutrina constitucional contemporânea, até mesmo a característica ilimitada do poder constituinte originário é vista com temperamento em face das normas internacionais de direitos humanos;⁴³¹ com mais razão deve-se reconhecer então a limitação do poder constituinte derivado perante essas normas. Disso, não há a se constatar violação da soberania estatal, conforme já abordado no Capítulo 2 do presente trabalho, uma vez que os tratados internacionais são aprovados e incorporados ao ordenamento interno de acordo com os meios constitucionalmente previstos. O Estado, assim, no exercício de sua soberania, decide tornar-se parte desse tipo de convenções, de modo que tais limitações se encontram em plena harmonia com a soberania e com a supremacia da Constituição.⁴³²

⁴³⁰ Sobre o tema, a Corte IDH, no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, já se manifestou no sentido de que normas constitucionais originárias podem ser objeto de controle de convencionalidade e, conseqüentemente, serem consideradas inconvencionais, impondo ao Estado o dever internacional de alterar sua Constituição a fim de se adequar aos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados.

⁴³¹ Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

⁴³² Em decorrência do disposto no art. 5º, §2º da CRFB, a própria Constituição permite que outros instrumentos jurídicos tenham as mesmas estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais, compondo com ela o bloco de constitucionalidade. Dessa maneira, a estrutura piramidal kelseniana de ordenamento jurídico pode ser substituída por uma estrutura de trapézio, na qual no topo do ordenamento encontra-se a Constituição e as demais normas constitucionais pertencentes ao bloco. Em outras palavras, não há que se falar em violação da supremacia da Constituição porque as referidas normas integram o bloco de constitucionalidade justamente em razão de mandato constitucional.

4.7 Harmonização e compatibilidade de normas no bloco de constitucionalidade

Do reconhecimento de que as normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil integram o bloco de constitucionalidade, decorre a necessidade de se buscarem respostas para as hipotéticas antinomias e eventuais conflitos entre normas pertencentes ao bloco, já que elas provêm de distintas origens e contextos históricos.

Diante de contradições aparentes, é preciso buscar interpretações harmonizantes. Partindo-se da premissa de que, conforme já estudado, as normas de direitos humanos constantes no bloco adquirem natureza jurídica de normas constitucionais – mais precisamente, de direitos fundamentais –, deve-se buscar a solução nos princípios de interpretação de normas constitucionais.

Nessa lógica, sugeriremos alguns princípios de interpretação de normas constitucionais para o caso de conflitos normativos entre normas do bloco de constitucionalidade; contudo, ressaltamos que não há uma hierarquia quanto à escolha, devendo-se analisar qual (ou quais) o(s) mais adequado(s) perante o caso concreto.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prevalência aos pontos de vista que contribuem para a eficácia ótima da Constituição, ou seja, para o maior grau de concretude e efetividade possível. Para tanto, as normas constitucionais devem se impor sobre a realidade, pois apesar de influenciadas por ela, não são seu simples resultado: a Constituição se impõe e gera efeitos concretos.

O princípio da máxima efetividade, por sua vez, é decorrente do princípio da força normativa, mas diz respeito aos efeitos concretos da norma: deve ser atribuído à norma o sentido que lhe conferir maior eficácia social, sobretudo quando a norma constitucional é plurissignificativa, de modo a prestigiar o sentido que tenha maior efetividade.

O princípio da unidade da Constituição postula que não se pode considerar uma norma constitucional fora do sistema ao qual a última está integrada, a fim de se evitarem contradições entre normas constitucionais. Por isso, o intérprete deve encontrar soluções que harmonizem potenciais tensões existentes entre as diversas normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.⁴³³

Em outras palavras, o referido princípio obriga o intérprete a considerar o sistema constitucional em sua globalidade, buscando harmonizar os espaços de tensão existentes

⁴³³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92.

entre as normas constitucionais a se concretizar.⁴³⁴ Tais normas não existem de forma isolada e dispersa – estão integradas a um sistema constitucional unitário –, de modo que se deve prestigiar cada uma delas tanto quanto possível. Com fundamento no princípio da unidade da Constituição, o STF extraiu a inexistência de hierarquia entre normas que compõem o texto constitucional.⁴³⁵

O princípio do efeito integrador, associado ao de unidade, preceitua que na resolução de problemas jurídico-constitucionais deve se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social. Buscam-se soluções pluralísticas pois, além de criar uma ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica perante a sociedade que regula, enquanto condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico.

O princípio da concordância prática, ligado aos de unidade e efeito integrador, impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de certos valores constitucionais em detrimento de outros. É aplicado especialmente na colisão entre direitos fundamentais ou entre bens fundamentais e bens constitucionalmente tutelados, impondo cedência recíproca – a revelar que não há hierarquia *prima facie* entre bens e valores constitucionais.

Tal princípio está diretamente ligado à ponderação, compreendida como método de solução de conflitos entre princípios constitucionais.⁴³⁶ Observa-se que ela pode ser aplicada, caso os direitos fundamentais tenham natureza de princípios constitucionais.

Nesse sentido, o neconstitucionalismo⁴³⁷ propõe uma diferenciação que representou verdadeiro divisor de águas na história do Direito⁴³⁸, ao afirmar que não há somente um tipo de normas. Em verdade, há dois tipos de normas: as *regras*, aplicáveis por subsunção, e os

⁴³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 226-227.

⁴³⁵ ADI 815, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10-05-1996.

⁴³⁶ Pensamos que, no caso de conflito entre regras, caso não seja possível a solução por meio da subsunção, admite-se o exercício da ponderação, contudo, tal exame não se dá propriamente entre as regras em colisão, mas sim entre os princípios que as fundamentam, de maneira que o resultado dessa ponderação entre princípios irá determinar qual regra será aplicada ao caso concreto.

⁴³⁷ A expressão “neconstitucionalismo” é objeto de controversa na ciência do Direito. Acolhemos o termo, porque agrupa diversas teorias que, apesar de possuírem entre si uma série de divergências, possuem em comum três teses: 1. a vinculação necessária entre direito e moral; 2. a divisão entre regras e princípios; 3. a aplicação do direito por ponderação.

Sobre a discussão em torno da palavra “neconstitucionalismo”, ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Coord.: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coord. De tomo: Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>.

⁴³⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo, op. cit., p. 13.

princípios, “mandados de otimização”, aplicados por *ponderação*. Assim, o neoconstitucionalismo revoluciona a teoria do direito ao afirmar que tanto regras, quanto princípios são considerados normas jurídicas autônomas, capazes de serem diretamente aplicadas em casos jurídicos fáticos, reais.

Diferentemente das regras, que – desde que adequadas ao caso fático – são aplicadas (porque vigentes e válidas) ou não aplicadas (porque revogadas ou inválidas), os princípios devem ser sopesados à luz do caso fático e aplicados de acordo com o peso de sua incidência perante a questão peculiar. A esse respeito, Robert Alexy afirma que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, sendo mandados de otimização realizáveis conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas.⁴³⁹

O ponto preciso que distingue as regras dos princípios é: os últimos são normas que determinam que algo seja realizado *na maior medida possível*, isto é, dentro das possibilidades jurídicas e circunstâncias fáticas existentes.^{440 441 442} Princípios são, assim, mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em diversos graus e sua medida necessária de satisfação não está sujeita apenas às possibilidades fáticas, mas também jurídicas – este último âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁴⁴³

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas somente *prima facie*.⁴⁴⁴ Isso significa que o valor de determinado princípio perante o caso fático dependerá das peculiaridades daquele caso e só poderá ser mensurado depois da análise realizada através da ponderação. Quando um princípio colide com outro, um deles deverá se sobrepor, com base nas circunstâncias do caso concreto. Mas isso não significa que um deles será considerado inválido ou que haverá uma cláusula de exceção – como é o caso das regras.⁴⁴⁵ O mesmo princípio pode apresentar diversos pesos de incidência distintos, a depender de cada caso prático.

As regras, por outro lado, são normas que exigem pleno cumprimento, podendo ser apenas cumpridas ou não cumpridas, pois são determinações definitivas no campo das

⁴³⁹ Trata-se da teoria de Robert Alexy. Cf.: ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, p. 155-167, jan./jun., 2005, p. 156.

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos, op. cit., p. 90.

⁴⁴¹ Idem. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Rechtstheorie*. Beih. 1, 1979, p. 79 e ss. apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008a, p. 90.

⁴⁴² Idem. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. *ARSP*, Beiheft 25, 1985, p. 13 ss. apud ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008a, p. 90.

⁴⁴³ Idem. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008a, p. 90.

⁴⁴⁴ Idem, *ibid.*, p.104.

⁴⁴⁵ O conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorre na dimensão de grau, uma vez que o princípio seja aplicável ao caso.

possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷ Em comparação, princípios são normas que determinam um fim a ser alcançado, mas sem estabelecer o meio pelo qual esse fim será satisfeito; enquanto as regras são normas que estabelecem o meio.⁴⁴⁸

Tal concepção estrutural dos princípios constitucionais e a distinção entre regras e princípios foram caracterizadas por Robert Alexy como “o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.⁴⁴⁹

Observe-se que dois ou mais princípios colidem quando em determinada situação e ao mesmo tempo não podem se realizar de forma plena. Assim, a predominância da realização de um deles (ou de um grupo deles) implica a diminuição da realização de outro princípio (ou grupo de princípios). Por isso, a teoria da ponderação tem a finalidade de descobrir o peso de cada princípio perante o caso concreto; qual será seu grau de realização; e como deverá ser aplicado. Encontradas as respostas a essas questões, conclui-se qual decisão deontica deve ser executada, bem como sua justa medida. Ou seja, por meio da ponderação se apura o peso de cada princípio incidente no caso fático e se descobre em que medida cada um deles será concretizado, além do meio pelo qual se dará a realização. Em suma, esse exame supõe o questionamento sobre a importância da realização de um certo fim e sobre a intensidade da limitação do direito fundamental afetado pela ponderação.⁴⁵⁰

Já a proporcionalidade em sentido amplo é dividida em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a ponderação propriamente

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 37.

⁴⁴⁷ Para Ricardo Marcondes Martins, regras e princípios também são passíveis de ponderação (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35). Para Ana Catharina Machado Normanton, regras não são, *em si*, passíveis de ponderação. Quando uma regra é afastada por outra, na verdade o que ocorre é a ponderação entre o princípio que *fundamenta* a regra afastada e um princípio oposto a ele, sendo que este último possui peso maior perante o caso concreto, o que leva ao afastamento da regra primeira e a incidência de outra regra, coerente com o resultado da ponderação de princípios. Quando uma regra é afastada por um princípio, não significa que ela *em si* foi ponderada, mas que houve uma ponderação entre o(s) princípio(s) que a fundamenta(m) e princípio(s) oposto(s) a ele(s), de maneira que o resultado dessa ponderação obriga que a regra seja afastada e que seja incidente, no lugar dela, o resultado da referida ponderação *entre princípios*. Concorde-se com o jurista em que a aplicação de regras pressuponha uma ponderação (para a criação da regra) e em que a aplicação dos princípios pressuponha a subsunção (considerando que do resultado de toda ponderação entre princípios surge uma regra), mas isso não quer dizer que princípios sejam aplicados por subsunção e que regras são aplicadas por ponderação, pois trata-se de metodologias diferentes a serem aplicadas em fases diferentes para tipos de normas diferentes.

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 90-92.

⁴⁴⁹ Idem, *ibid.*, p. 81.

⁴⁵⁰ Cf. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2000, p. 163.

dita.⁴⁵¹ Cada fase é subsidiária em relação à outra, de maneira que a seguinte só ocorre se realizada a sua precedente. O exame da necessidade só se realiza se a medida for considerada adequada; e o exame da proporcionalidade em sentido estrito, bem como o exame da razoabilidade que nele está incluído, só se realizam se a medida for considerada necessária.⁴⁵²

A realização de princípios sempre está relacionada a uma forma, um determinado meio de realizar determinado *fim* constitucionalmente previsto. Portanto, a primeira fase do procedimento de verificação da proporcionalidade e da razoabilidade reside na averiguação de constitucionalidade do fim escolhido.⁴⁵³ Caso esse fim seja constitucional, em seguida se inicia a primeira parte do postulado da proporcionalidade, que consiste em averiguar se a medida pretendida é adequada à realização do fim considerado. Neste sentido, o meio só será proporcional se adequado a fomentar daquele fim.

A determinação do grau de realização dos princípios colidentes desempenha importante papel nos resultados concretos no exame de adequação. Caso o meio seja por demais restritivo, deve-se buscar um meio alternativo.⁴⁵⁴ O exame do meio alternativo menos lesivo cumpre a função indispensável de pré-estruturação da ponderação, na medida em que determina o grau de limitação concreta do princípio afetado, em comparação com os meios alternativos.

Assim, caso haja um meio que satisfaça da mesma forma o princípio de maior peso, ao passo que restrinja menos o princípio de menor peso, deve-se optar por esse meio alternativo.⁴⁵⁵ Como se vê, a escolha do meio não depende apenas do grau de satisfação de um princípio a se realizar, mas também do grau de restrição que aquele meio irá causar em determinado direito, relativamente ao princípio oposto incidente no caso concreto. A decisão, portanto, deve acontecer respeitando o menor grau de restrição possível.

A proporcionalidade versa sobre a proibição do excesso. Se adequado o meio, passa-se para a segunda parte do postulado da proporcionalidade, que consiste em averiguar a necessidade do meio. Ele só será necessário se não existir outro que, de maneira tão eficaz quanto, cause menor limitação aos princípios (incidentes no caso concreto) que de alguma maneira sejam conflitantes com a execução daquele meio.

⁴⁵¹ ALEXY, ROBERT. *La Teoría de Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 26.

⁴⁵² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

⁴⁵³ Idem, *ibid.*, p. 167.

⁴⁵⁴ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, op. cit., p. 229.

⁴⁵⁵ Idem, *ibidem*.

Caso a medida seja adequada e exigível, tem início a terceira etapa da proporcionalidade em sentido amplo: verificar se a medida é *proporcional em sentido estrito*. Tal etapa corresponde à ponderação de princípios propriamente dita. Através dela se apura o peso de cada princípio incidente no caso concreto, e se descobre em que medida cada um deles será concretizado, bem como através de qual meio se dará a realização. Como afirma Laura Clérico, o exame de proporcionalidade em sentido estrito supõe o questionamento sobre a importância da realização do fim e sobre a intensidade da limitação do direito fundamental afetado.⁴⁵⁶

Para ir além, diversos instrumentos internacionais de direitos humanos possuem uma norma geral sobre como harmonizar os textos constitucionais com as normas internacionais de direitos humanos, a indicar que as disposições presentes nos tratados internacionais sobre a matéria são verdadeiros pisos mínimos – e não tetos máximos – de garantia dos direitos que os tratados se propõem a proteger. Nesse sentido, nenhuma disposição constante em tratados internacionais de direitos humanos pode ser interpretada a fim de se permitir a supressão de direitos já reconhecidos perante o ordenamento interno.⁴⁵⁷

Ademais, como método hermenêutico, deve-se observar que as normas de proteção de direitos humanos sobre direitos específicos devem preferir-se às mais genéricas, na hipótese de o caso concreto tratar sobre tais especificidades – o que é decorrência do critério da especialidade.

Diversos tratados internacionais de direitos humanos contém o dever de adotar medidas internas, por meio das quais os Estados assumem a obrigação de compatibilizar sua normativa interna com as normas internacionais a que aderiram.⁴⁵⁸ Nesse sentido, na

⁴⁵⁶ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, op. cit., p. 163.

⁴⁵⁷ Nesse sentido é o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 5º do PIDCP, respectivamente: “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”. Artigo 5. “1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

⁴⁵⁸ Nesse sentido é o art. 2º da CADH e o art. 2.2 do PIDCP, respectivamente: “Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a

interpretação das normas de direitos humanos – que, reiteramos, são ao mesmo tempo normas de direitos fundamentais e de direitos humanos – presentes no bloco de constitucionalidade, deve-se levar em conta o dever de adequação do ordenamento interno às normas internacionais de direitos humanos presentes em tratados ratificados pelo país, sob pena de responsabilização internacional do Estado. Nesse sentido, tanto o intérprete, quanto o constituinte e o legislador devem realizar tal adequação, pois tal dever obriga não somente os órgãos de aplicação, como também os órgãos de criação do direito.

Por fim, mas não menos importante, não se pode perder de vista que a interpretação das normas de direitos humanos presentes no bloco constitucional, também no caso de colisão de direitos, deve possuir caráter internacionalista. Do contrário, incidirá no chamado *truque de ilusionista*, conforme tratamos no capítulo anterior, a partir do qual os Estados dizem cumprir as normas de direitos humanos, mas “à sua maneira” – a violar o próprio efeito útil do sistema internacional de proteção.

adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras naturezas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” Artigo 2.2. “Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As barbáries e as intensas violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Grande Guerra por parte de regimes autoritários e totalitaristas deixaram clara a insuficiência da exclusiva fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos, a demonstrar que positividade nacional dos direitos humanos é um processo inacabado. Assim, viu-se que a validade dos direitos humanos deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal.

Por essa razão, no contexto do pós-Segunda-Guerra, a internacionalização dos direitos humanos obteve a força necessária para se expandir, a gerar uma positividade internacionalista, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados. Tal mudança impactou diretamente as sociedades locais e garantiu mais uma forma de proteção aos indivíduos e coletividades, de maneira que se a proteção estatal falhar, é possível socorrer-se das normas internacionais em órgãos internacionais competentes para apreciar violações de direitos humanos. Assim, desde a Carta da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos, houve crescente internacionalização, universalização e, posteriormente, especialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, viu-se que com expansão do direito internacional, o direito internacional dos direitos humanos e a pluralidade de ordens jurídicas colocam em xeque o conceito tradicional de soberania, a evidenciar a necessidade de revisitá-lo. A soberania, do ponto de vista jurídico, corresponde ao poder originário e exclusivo do Estado de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver em última instância sobre a validade do ordenamento interno. Contudo, embora o Estado constitua instância máxima de decisão dentro de seu próprio território, viu-se que ele não detém um poder absoluto e ilimitado, porque o exerce dentro dos limites do Estado de Direito – o qual compreende os princípios da legalidade e da juridicidade, bem como um sistema de garantias e liberdades fundamentais. Além disso, no plano internacional, impõe-se ao Estado o cumprimento das

normas do Direito das Gentes, bem como dos princípios gerais que permeiam a matéria.

Quanto aos limites da soberania, do ponto de vista do Direito, viu-se que ela sempre encontrou, encontra e encontrará limites nos postulados normativos, assim compreendidos como sendo pressupostos epistemológicos do sistema jurídico, independentes de posituação, e que devem obrigatoriamente ser considerados durante o processo de elaboração e interpretação das normas jurídicas. Ademais, a partir da teoria da autolimitação do Estado, esse pode, caso julgue adequado, assumir obrigações externas, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por normas de direito internacional. Assim, as restrições determinadas ao Estado por si mesmo não representariam uma diminuição de poder, porque estabelecidas em decorrência de sua própria vontade e de seu interesse. Ainda, viu-se que a soberania diz respeito muito mais à relação entre Estados no plano internacional do que sobre as peculiares relações criadas pelas normas internacionais de direitos humanos, as quais estabelecem direitos e deveres entre Estados e indivíduos e não entre Estados, como a maioria das normas de direito internacional. Portanto, admitir limites à atuação do Estado não significa necessariamente negar a sua soberania, a qual pode sofrer limitações sem que o conteúdo essencial do poder estatal seja comprometido.

Observou-se também que no contemporâneo, transita-se de uma concepção hobbesiana de soberania, centrada no Estado, para uma concepção kantiana do instituto: de uma visão *ex parte principis*, fundada nas prerrogativas estatais, passa-se a uma visão *ex parte populi*, voltada para os direitos do cidadão perante o Estado. No contemporâneo, cada vez mais se busca substituir o termo “súdito” pelo conceito de “cidadão”. O Estado não é e não deve ser considerado fim em si mesmo, mas sim um meio para o desenvolvimento da sociedade. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo e inatingível, verifica-se a tendência contemporânea dos ordenamentos jurídicos em reconhecer os indivíduos como o centro e o fim do direito.

Por isso, o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é verdadeiro repositório de limitações à soberania do Estado, sob a perspectiva interna e externa. Dessa forma, considerando que os tratados internacionais de direitos humanos possuem status de normas constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade brasileiro – por conta do §2º do art. 5º da CRFB –, o conteúdo de tais normas de direitos humanos atua como verdadeiro limite à soberania estatal e, portanto, deve ser obrigatoriamente observado.

Quanto à hierarquia das normas de direitos humanos perante os ordenamentos internos, nota-se uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar

as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano por meio de determinados mecanismos, dos quais se destaca a atribuição de hierarquia constitucional às normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Tal expediente evidencia uma abordagem de aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, para a qual o Estado Constitucional não mais se volta somente para si mesmo, mas compartilha com outros Estados soberanos o dever de efetiva e adequada proteção dos direitos humanos. Trata-se de um constitucionalismo contemporâneo, democrático e aberto ao processo crescente de internacionalização dos direitos humanos.

Especificamente quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o constituinte originário positivou o §2º do art. 5º, o qual preceitua que os direitos e as 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. Nesse sentido, em comparação a constituições anteriores, o dispositivo inova em relação à sua parte final, ao incluir os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faça parte, em evidente aceno à equiparação dos direitos e das garantias presentes nos tratados internacionais à estatura constitucional de direitos e garantias presentes na Constituição de 1988. Esta foi a opção do constituinte originário.

Ao observar que foi decisão do poder constituinte originário a inserção do §2º do art. 5º como forma de conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos em que o país tome parte, deve-se reconhecer a estatura constitucional de tal espécie de normas, sob pena de se contrariar a legítima escolha do constituinte de primeiro grau. Disso, viu-se que a Emenda Constitucional que inseriu o §3º ao art. 5º da CRFB, além de desnecessária, causou um problema ainda maior quanto ao reconhecimento da estatura constitucional das normas internacionais de Direitos Humanos, pois além de deixar a critério do Congresso Nacional a escolha sobre o status das normas de tratados internacionais de direitos humanos – o que equivaleria a criar uma hierarquia entre os próprios tratados de direitos humanos que não é real –, deixa profunda insegurança quanto à estatura dos tratados incorporados antes de sua edição. A redação do referido §3º deveras foi mal concebida; mal redigido e mal formulado, o parágrafo representa um verdadeiro retrocesso em relação à cláusula de abertura consagrada pelo §2º do artigo 5º. Todavia, diante de sua inegável presença no ordenamento, a única solução é compatibilizá-lo com o restante do sistema, por meio de interpretação conforme.

A solução mais satisfatória e adequada diante do impasse acima seria o

reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da estatura constitucional das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno, ou até mesmo uma emenda constitucional alterando a redação do §2º para prever expressamente a hierarquia constitucional de tais normas. Nesse sentido, nos dias atuais, em que os direitos humanos estão sendo progressivamente ameaçados por discursos que pretendem sufoca-los – e que ganham cada vez mais espaço –, o reconhecimento do bloco de constitucionalidade pelo STF é mais que necessário, é urgente; é sua tarefa enquanto órgão contramajoritário, guardião supremo da Constituição e salvaguarda última dos direitos humanos e fundamentais.

Indo além, o presente trabalho sugere a edição de nova emenda constitucional por parte do poder constituinte derivado, a fim de suprimir o §3º do art. 5º, bem como aprimorar a redação do §2º, de maneira a explicitar ainda mais expressamente a estatura constitucional das normas internacionais de Direitos Humanos incorporadas pelo Brasil, sem distinção quanto ao momento de incorporação da norma ao ordenamento interno.

Cremos que o constituinte derivado não está impedido de alterar a Constituição brasileira no sentido que seguiu o constituinte derivado argentino, elegendo e enumerando determinados tratados para conferir-lhes hierarquia constitucional, bem como conferindo a possibilidade de que o Congresso incorpore outros a essa lista, desde que tal escolha seja proporcional e razoável – e não aleatória e arbitrária, sob pena de inaceitável, injustificável e inconstitucional retrocesso. Por fim, caso não haja tal alteração no texto constitucional, deve-se adotar o entendimento desejado pelo constituinte originário, no sentido de todos os tratados de direitos humanos incorporados pelo país possuírem estatura de normas constitucionais.

Como se viu em seguida, da estatura constitucional das normas internacionais de Direitos Humanos surge uma das possibilidades de configuração daquilo que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade, instituto decorrente da existência de normas constitucionais fora do texto constitucional; e que pode ser conceituado como o conjunto composto de normas (princípios e regras) não inscritas no texto da Constituição (mas que possuem estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais) e do texto constitucional.

A teoria, surgida na Europa, a partir da França, logo se difundiu para a América Latina por meio da doutrina e da jurisprudência. Porém, houve esforço para que a influência europeia não se caracterizasse como mera cópia acrítica a ser implementada nos países latino-americanos. Buscou-se adaptar a teoria às necessidades e condições do direito

constitucional regional e nacional desses países, a fim de se suprirem peculiares necessidades do constitucionalismo latino-americano.

A principal característica do bloco de constitucionalidade na América Latina é que o instituto se volta de modo preponderante ao acolhimento e à salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais, em razão do próprio contexto histórico da região, marcado por diversas ditaduras e outras espécies de Estados de exceção, bem como desigualdades econômicas e sociais. A afirmação de direitos humanos e fundamentais pelo constitucionalismo latino-americano surge como resposta a tais fenômenos.

Do estudo do bloco de constitucionalidade em diferentes países, o que se viu é que se trata de um conceito desenvolvido por cada país, em seu ordenamento, de acordo com suas próprias necessidades e com o conteúdo de seu texto constitucional. Além disso, nota-se que os Tribunais Constitucionais geralmente cumprem importante papel quanto à identificação e ao reconhecimento do bloco, tendo em vista serem eles os intérpretes máximos da Constituição e os órgãos máximos da justiça constitucional. Essa submissão de conteúdo e a abrangência do bloco de constitucionalidade às singularidades de cada realidade constitucional se justificam porque há em cada Constituição uma determinada norma, ou normas, que explicitamente fundam o bloco de constitucionalidade, ou que implicitamente o fazem. Dessa maneira, é tarefa do intérprete extrair do significado dessa(s) norma(s) a existência do bloco naquele ordenamento jurídico.

No Brasil, a defesa da existência de um bloco de constitucionalidade é baseada primordialmente no §2º do art. 5º da Constituição Federal, no qual se consagra que os direitos e garantias fundamentais expressos no texto 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. Tal norma corrobora a escolha constitucional em prol do reconhecimento da força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro. Em razão dessa escolha, os direitos e as garantias fundamentais não correspondem somente àqueles que constam expressamente da Constituição, mas também correspondem àqueles que hermeneuticamente decorrem do regime democrático adotado e das normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

A Constituição de 1988, apesar de não ser a primeira de nossa história a prever o chamado bloco de constitucionalidade, inova em relação às anteriores por prever um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como mecanismos robustecidos para sua garantia e efetivação; além de incluir em sua cláusula de abertura (art. 5º, §2º) expressamente

os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais. Portanto, as normas decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão presentes no ordenamento positivo brasileiro, mais especificamente no bloco de constitucionalidade, em decorrência do disposto no art. 5º, §2º da CRFB.

Em seguida, identificou-se a composição do bloco de constitucionalidade brasileiro. Primeiramente, e como não poderia deixar de ser, o bloco brasileiro é composto pelas normas presentes no texto da Constituição, em que se incluem as normas constitucionais explícitas e implícitas. Ademais, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) também compõe o bloco de constitucionalidade, pois apesar de possuir numeração própria, é vinculado ao texto da Constituição, tendo sido inclusive editado de forma simultânea a ela e pelo mesmo constituinte originário. Da mesma maneira, as emendas constitucionais, ainda que não inseridas no texto principal, fazem parte do bloco de constitucionalidade. Por fim, fazem parte do bloco constitucional brasileiro os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Nessa linha, os parágrafos §2º e §3º do art. 5º da CRFB permitem que novos tratados sejam inseridos no bloco de constitucionalidade brasileiro, o que ocorre até mesmo em razão do caráter progressivo dos direitos humanos.

Em consequência, as normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo país são ao mesmo tempo normas de direito internacional e normas de direito constitucional; e uma vez incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, já são revestidas da condição de normas constitucionais. O próprio processo de incorporação ao direito interno automaticamente lhes confere estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais. Assim, pode-se dizer que as normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário são ao mesmo tempo normas internacionais de direitos humanos e normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. E por isso, seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não reformar o texto da Constituição, pode promover mudanças no ordenamento constitucional pátrio.

Assim, pode-se afirmar que a existência de normas internacionais de Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade produz consequências no sistema constitucional brasileiro como um todo. Primeiramente, amplia-se o paradigma do controle de constitucionalidade, pois nele também se incluem as normas internacionais de Direitos Humanos que, a partir de sua incorporação ao ordenamento interno, tornam-se também normas de direitos fundamentais.

Além disso, há alternância na classificação constitucional quanto ao critério sistemático: a Constituição brasileira de 1988 costuma ser classificada pela doutrina como

reduzida (unitária). Todavia, em razão da existência do bloco de constitucionalidade brasileiro, a correta classificação da Constituição de 1988 quanto ao critério sistemático é reforçada enquanto “variada”, especialmente diante da redação da cláusula de abertura dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CRFB, que permitem a constitucionalização de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos.

As normas integrantes do bloco de constitucionalidade cumprem ainda importante função interpretativa, pois servem como critérios hermenêuticos para a interpretação de outras normas constitucionais, como, por exemplo, na identificação do conteúdo e alcance dos direitos reconhecidos pelo texto constitucional. Ainda possuem função integradora, pois na ausência de norma do texto constitucional aplicável a um caso concreto, as normas pertencentes ao bloco de constitucionalidade servem para preencher essa lacuna.

Outra consequência para o sistema de direitos e garantias é a expansão do rol de cláusulas pétreas, pois os direitos humanos e fundamentais presentes no bloco constitucional mediante a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos integram, por consequência, o rol de direitos e garantias individuais (que não pode ser concebido tão somente como aqueles presentes no texto constitucional).

Ademais, do reconhecimento de que as normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil integram o bloco de constitucionalidade, decorre a necessidade de se buscarem respostas para as hipotéticas antinomias e eventuais conflitos entre normas pertencentes ao bloco, já que elas provêm de distintas origens e contextos históricos. No entanto, a possibilidade de antinomias não é razão para se buscar deslegitimar a existência do bloco de constitucionalidade, pois é comum e natural antinomias aparentes até mesmo entre normas presentes no próprio texto constitucional e redigidas pelo mesmo constituinte originário, ou seja, originárias do mesmo tempo e espaço.

Diante de contradições aparentes, é preciso buscar interpretações harmonizantes. Partindo-se da premissa de que, conforme já estudado, as normas de direitos humanos constantes no bloco adquirem natureza jurídica de normas constitucionais – mais precisamente, de direitos fundamentais –, deve-se buscar a solução nos princípios de interpretação de normas constitucionais. Nessa lógica, ao longo do presente trabalho sugerimos alguns princípios de interpretação de normas constitucionais para o caso de conflitos normativos entre normas do bloco de constitucionalidade. Contudo, ressaltamos que não há uma hierarquia quanto à escolha, devendo-se analisar qual (ou quais) o(s) mais adequado(s) perante o caso concreto.

Por fim, conclui-se que não é suficiente incorporar formalmente os direitos

previstos no Direito Internacional e reconhecer sua estatura e natureza jurídicas de normas constitucionais, se, contraditoriamente, tais direitos forem interpretados à bel vontade nacional. É preciso levar os direitos humanos a sério: para cumprir com a obrigação estatal de proteger e respeitar as normas de direitos humanos, é necessário avançar na direção de levar em consideração a interpretação internacionalista de tais direitos, bem como iniciar um real e construtivo diálogo entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, a fim de se alcançarem pontos razoáveis e satisfatórios de consenso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2017.

AGUILLAR, Dolores Rueda. *El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano*. Publicaciones de los Becarios de la Corte. Suprema Corte de Justiça Mexicana. Disponível em: <http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Paginas/trans_publicaciones_becarios.aspx>. Último acesso em: 21 nov. 2020.

ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008a.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2008b.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 3, jan./jun., 2005.

_____. *The argument from injustice. A reply to legal positivism*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. La Teoría de Los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, n. 66, sept./dic. 2002a.

_____. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002b.

_____. La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. *Derechos y libertades*, Trad. de María Cecilia Añaños Meza, n. 8, 2000.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, 1999.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1995.

_____. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Rechtstheorie. Beih. 1, 1979, p. 79 e ss. apud ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. ARSP, Beiheft 25, 1985.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XII, n. 273, 31 de maio, 2008, p. 58-59.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2018.

ARENDT, Hannah. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Trad. Antonio Abranches. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ARINOS, Afonso. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994.

_____. La lección derivada de la opinión consultiva I de 1982. In: CAMPOS, Germán Bidart et al. *Derechos humanos. Corte interamericana. Opiniones consultivas*. Textos completos y comentarios. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I.

_____. *Teoría General de Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BODIN, Jean. Capítulo VIII. *Les Six Livres de la République*. Livro I. Paris, 1576.

_____. *Os Seis Livros da República*. Trad.: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, v. I, p. 207.

BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio do 10^o Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *El diálogo judicial: Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México, DF: Ed. Porrúa, 2013.

CABRA, Marco Monroy. Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991. In: *Liber Amicorum en Homenaje a Héctor Gross Espiell*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

CAMPOS MELO, Carolina. O bloco de constitucionalidade e o contexto brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, n. 14, p. 169-179, jan./jul. 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *A proteção dos direitos*. 1^a edição. São Paulo: Saraiva, 1991a.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991b.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras* (Seminário de Brasília de 1991). Brasília/San José da Costa Rica: IIDH/F. Naumann-Stiftung, 1992.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CARPIO MARCOS, Edgar. *Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, n. 4, p. 79-114, jul./dez. 2005.

CARRAMÃO MELO, Vitor Tadeu. O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. *Revista Voxjuris*, ano 2, v. 2, n. 1, 2009.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Imprenta, 1965, terceira parte.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro*. Bauru: Edipro, 2001.

CIURLIZZA, Javier. La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. In: *La Constitución de 1993, Análisis y comentarios II, Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima: CAJ, n. 11, dic. 1995.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Fundamentos dos direitos humanos. *Revista Consulex*, v. 48, dez. 2000.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da lei 9.868/1999*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, 2002, p. 171-188.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tra. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne librairie Fontemoing et cie., 1921, t. I, p. 551-552 e ss. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k932656z/f570.item#>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

D'AMATO, Antony. Human rights as part of customary international law: a plea for change of paradigms. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995/1996.

EMÉRI, Claude. Le bloc de la constitutionnalité. *Révue du Droit Public*, Paris: 1970.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

ESTRADA VELEZ, Sérgio Ivan. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Colombia: Universidad de Medellín, 2011.

FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Challenges for human rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Editora Landy, 2004.

_____. El bloque de constitucionalidad. *Revista del centro de estudios constitucionales*. Madrid, n. 4, jan./mar. 1990, p. 45-68.

_____. *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*. Paris: Editora Econômica – Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1972.

_____; PHILIP, Loïc. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Sirey, 1984.

_____; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Simposium franco-espanhol de derecho constitucional. Madri: Civitas, 1991.

- FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- _____. *A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. Trad. Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. *Introdução à ciência do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. t. I. 5ª ed. São Paulo: RT, 1971.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito constitucional comparado: I – o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Trad. Carol Proner. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, s/d, p. 9-30.
- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 7 v.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los límites de la Justicia Constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (Ed). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Controle de convencionalidade por omissão: A responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos*. 2015. 152 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.
- _____. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FIX-FIERRO, Héctor Felipe (Org.). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. Ciudad del México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales*. Parte general. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1990.
- GREWE, Wilhelm. *The Epochs of International Law*. Translated and revised by Michael Byers. New York: Walter de Gruyter, 2000.
- GROCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Reus, 1925, t. 1.
- GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas. 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid: Reus, 1927.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOYOS, Arturo de. *La interpretación constitucional*. Bogotá: Temis, 1993.
- _____. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, v. II, n. 16-17, 1994, p. 95-117.
- HUERTA LARA, Maria del Rosario. El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo. *Revista Letras Jurídicas*, México, n. 26, jul./dic., p. 62-79, 2012.
- HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- IGLESIAS VILA, Marisa. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. In: LAPORTA, Francisco J. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- _____. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International de la Haye, vol. 14 (1926-IV).

KOSKENNIEMI, Martti. Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 27, issue 2, Fall 2013, p. 215-240.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos - Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LAVAGNA, Carlos. Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”. *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A Formação da Doutrina dos Direitos Humanos. In: Jorge Miranda; Marco Antonio Marques Silva. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier latin, 2008.

_____. Globalização, regionalização e soberania. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

_____. A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003.

_____. A proteção dos direitos humanos no Mercosul. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios ao direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista opinião jurídica*, n. 3, ano II, Fortaleza, 2004.

LINDGREN ALVES, J. A. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. XXVI.

LLORENTE, Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 9, n. 27, sept./dic., 1989 p. 9-37.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Two treatises of government*. New York: Mentor, 1965.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Revista Sequência*, n. 59, dez. 2009, p. 43-60.

_____.; MARQUES, Samuel de Araújo. O bloco de constitucionalidade o direito comparado e no direito brasileiro. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Estudos de direito constitucional e urbanístico*. São Paulo, RCS, 2007, p. 39-54.

LORDE, Audre. *I Am Your Sister: Collected and unpublished writings of Audre Lorde*. Oxford University Press, 2009

MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2004.

MALBERG, R. Carré de. *Contribution a la théorie générale de L'Etat*. Paris: Sirey, 1920. t. 1.

MANILLI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Astrea, 2017.

MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. El bloque de constitucionalidade pergeñado por el Tribunal Constitucional. *Revista de derecho*. UASB-Ecuador, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

_____. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Coord.: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coord. De tomo: Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Estudos de Direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINEZ-VILLABA, Juan Carlos Riofrío. El bloque de constitucionalidade pergeñado por el tribunal constucional. *Revista de Derecho*, Equador: n. 6, UASB, 2006, p. 227-244.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, n. 200, out./dez. 2013, p. 189-210.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MELLO, Celso A. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Marina Fontão (Org.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MORAES, Alexandre de. Alexandre de Moraes. *Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v. 2.

MUÑOZ NAVARRO, José de Jesús. El bloque de constitucionalidad como parámetro del control constitucional en México. *Revista Debate Social*, México, n. 23, 2002.

NAVIA, Rafael Nieto. Los derechos a la igualdad y a la propiedad. In: *Liber Amicorum en Homenaje a Héctor Gross Espiell*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO. *Lineamientos de Interpretacion constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Librotecnia, 2006.

ONAINDIA, José Miguel. Bloque de Constitucionalidad. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, ESDC, n. 6, 2005.

ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. *IILJ Working Paper 2012/2*. History and Theory of International Law Series. New York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2012/2, jun. 2012.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 6, 2002, p. 393-416.

PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. *O tráfico de mulheres e os direitos humanos e fundamentais: violações e perspectivas*. 2019. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

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

PERELMAN, Chaïm. É possível fundamentar os direitos do homem. In: *Ética e o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 2005.

_____. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2018a.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018b.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, internamericano e africano*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018c.

_____. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico – INCE/Síntese, jan./fev./mar. 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: ed. JusPodivm, 2019.

QUADROS, Fausto de; PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2015

QUIXADÁ, Letícia Antonio. *O Supremo e os tratados internacionais de direitos humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74 f. Monografia de Especialização (Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público), Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019a.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2019b.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019c.

_____. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 106 (106-107), jan./dez. 2011/2012, p. 497-524.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar* Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. New York: Penguin, 1980.

SALAZAR, Pedro; CARBONELL, Miguel. *La Constitucionalización de Europa*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luis, STRECK, Lênio e ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. São Leopoldo: Livraria do Advogado, p. 134-135, 2010.

SANCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madri: n. 100, abr./jun., 1998, p. 57-100.

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. *A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno no sistema interamericano de proteção*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SANTOS, Carlos Frederico. Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 12 – n. 41, jul./dez. 2013, p. 13-43.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova. 1997, n. 39, p.105-124.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; SOUZA NETO, C. P. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SEPÚLVEDA, César. *Derecho internacional*. D.F: Porrúa, 2009.

SERNA MESA, Javier Andrés. El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo. *Diálogos de Derecho y Política*, Universidade de Antioquia, Medellín, ano 2, n. 4, mai./ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sueine Patrícia Cunha de. *Bloco de constitucionalidade e supremacia material: fundamentos e ampliação do parâmetro de controle constitucional*. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUDRE, Frédéric. *Droit International et européen des droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos - uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. 321 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Recueil des Cours. [S.l., s.e.] 1923, t. I, vol. 1, p. 77-121.

UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilacion de Jurisprudencia Nacional y Internacional*, Bogotá, vol. I, 2000.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. 2007. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

VASAK, K. (Ed.). *The international dimension of human rights*. Paris: Unesco, 1982, v. I e II.

VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 25, año 9, 1989.

VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FIX-FIERRO, Héctor Felipe (Org.). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. Cidade do México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretative sociology*. New York: Bedminster Press Incorporated, 1968, v.1.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979.

_____ ; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Ed. Il Mulino, 2002.