

# FEOS



REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. 2 – Nº 1 – ANO II

ISSN 1980—7430

**DOM**  
BOSCO

## Artigo 03

# A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

Flávia Piovesan<sup>1</sup>

**1. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: gênese e principiologia. 2. O Estado Brasileiro em Face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. 3. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro. 4. O Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira. 5. Considerações finais.**

A proposta deste artigo é enfocar os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos à luz da Constituição Brasileira de 1988, com destaque às inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nesse sentido, primeiro serão apresentadas as especificidades desses tratados, bem como de sua fonte – o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Num segundo momento, será dado destaque à posição do Brasil em face dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em seguida, será feita uma avaliação do modo pelo qual a Constituição Brasileira de 1988 tece a incorporação desses tratados e, por fim, será analisado o impacto jurídico que esses tratados apresentam. Neste momento, serão analisados casos concretos da aplicação desses tratados.

## 1. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: gênese e principiologia

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, conhecido como Direito do pós-guerra, o qual surgiu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo<sup>2</sup>.

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e segundo o qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético para orientar a ordem internacional.

Assim, em meados do século XX surge o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos<sup>3</sup>.

Ao tratar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma Richard B. Bilder:

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

<sup>1</sup>Professora doutora da disciplina de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha); *visiting fellow* do Human Rights Program da *Harvard Law School* (1995 e 2000), *visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies, da University of Oxford (2005), *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007), procuradora do estado de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e da SUR – Human Rights University Network. Este artigo foi produzido com base no livro de minha autoria, intitulado **Temas de Direitos Humanos**, capítulo 1, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>2</sup>Como explica Louis Henkin: “Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”. (HENKIN, Louis et al. **International law: cases and materials**. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993, p. 375-376).

<sup>3</sup>Na lição de Thomas Buergenthal: “Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações”. (BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: Cançado Trindade, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste num sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar essa concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos das Organizações das Nações Unidas<sup>4</sup>.

Nesse cenário, fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta para duas importantes consequências:

- 1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da

proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados<sup>5</sup>;

- 2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência em sua soberania.

Inspirada por essas concepções, surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções<sup>6</sup>. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A declaração consolida a afirmação de uma ética universal<sup>7</sup>, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e cultu-

<sup>4</sup>BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. In: HANNUM, Hurst (Editor). **Guide to international human rights practice**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 1992. p. 3-5.

<sup>5</sup>A respeito disso, destaca-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”. (BOUTROS-GHALI, Boutros. **Foreign Affairs**. Empowering the United Nations. v. 89, p. 98-99, 1992/1993, *apud* HENKIN, Louis, *et al*, **International law: cases and materials**. *op. cit.* p. 18.) Transita-se, assim, de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal. Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte príncipe*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 145.)

<sup>6</sup>A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os oito Estados que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polónia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. Observa-se que em Helsinkí, em 1975, no Ato Final da Conferência sobre Seguridade e Cooperação na Europa, os Estados comunistas da Europa expressamente aderiram à Declaração Universal. Sobre o caráter universal da declaração, observa René Cassin: “*Séame permitido, antes de concluír, resumir a grandes rasgos los caracteres de la declaración surgida de nuestros debates de 1947 a 1948. Esta declaración se caracteriza, por una parte, por su amplitud. Comprende el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrollar su personalidad física, moral y intelectual. Su segunda característica es la universalidad: es aplicable a todos los hombres de todos los países, razas, religiones y sexos, sea cual fuere el régimen político de los territorios donde rijan. De ahí que al finalizar los trabajos, pese a que hasta entonces se había hablado siempre de declaración “internacional”, la Asamblea General, gracias a mi proposición, proclamó la declaración “Universal”. Al hacerlo conscientemente, subrayó que el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle. Tales son los caracteres esenciales de la declaración. (...) La Declaración, por el hecho de haber sido, como fue el caso, adoptada por unanimidad (pues sólo hubo 8 abstenciones, frente a 48 votos favorables), tuvo inmediatamente una gran repercusión en la moral de las naciones. Los pueblos empezaron a darse cuenta de que el conjunto de la comunidad humana se interesaba por su destino.*” (CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: **Viente años de evolución de los derechos humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. p. 397.)

<sup>7</sup>Cf. Eduardo Muylaert Antunes: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com “o valor da afirmação de uma ética universal” e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal”. (Natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 446, p. 35, dez. 1972.)

rais, a declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade<sup>8</sup>. Segundo Louis B. Sohn e Thomas Buergethal:

A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação<sup>9</sup>.

Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações<sup>10</sup>, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia

da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade<sup>11</sup>.

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.

Como estabeleceu a Resolução nº32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas:

<sup>8</sup>Quanto à classificação dos direitos constantes da declaração, adverte Antonio Cassese: “Mas vamos examinar o conteúdo da Declaração de forma mais aprofundada. Para este propósito, é melhor nos deixarmos orientar, ao menos em determinado sentido, por um dos pais da Declaração, o francês René Cassin, que descreveu seu escopo do modo a seguir. Primeiramente, trata a Declaração dos direitos pessoais (os direitos à igualdade, à vida, à liberdade e à segurança, etc. – arts. 3<sup>o</sup> a 11). Posteriormente, são previstos direitos que dizem respeito ao indivíduo em sua relação com grupos sociais no qual ele participa (o direito à privacidade da vida familiar e o direito ao casamento; o direito à liberdade de movimento no âmbito nacional ou fora dele; o direito à nacionalidade; o direito ao asilo, na hipótese de perseguição; direitos de propriedade e de praticar a religião – arts. 12 a 17). O terceiro grupo de direitos se refere às liberdades civis e aos direitos políticos exercidos no sentido de contribuir para a formação de órgãos governamentais e participar do processo de decisão (liberdade de consciência, pensamento e expressão; liberdade de associação e assembleia; direito de votar e ser eleito; direito ao acesso ao governo e à administração pública – arts. 18 a 21). A quarta categoria de direitos se refere aos direitos exercidos nos campos econômicos e sociais (ex: aqueles direitos que se operam nas esferas do trabalho e das relações de produção, o direito à educação, o direito ao trabalho e à assistência social e à livre escolha de emprego, a justas condições de trabalho, ao igual pagamento para igual trabalho, o direito de fundar sindicatos e deles participar; o direito ao descanso e ao lazer; o direito à saúde, à educação e o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade – arts. 22 a 27)”. (CASSESE, Antonio. **Human rights in a changing world**. Philadelphia: Temple University Press, 1990. p. 38-39). Sobre o tema, observa José Augusto Lindgren Alves que mais acurada é a classificação feita por Jack Donnelly, quando sustenta que a declaração de 1948 enuncia as seguintes categorias de direitos: 1) direitos pessoais, incluindo os direitos à vida, à nacionalidade, ao reconhecimento perante a lei, à proteção contra tratamentos ou punições cruéis, degradantes ou desumanas e à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa (arts. 2<sup>a</sup> a 7<sup>a</sup> e 15); 2) direitos judiciais, incluindo o acesso a remédios por violação dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (arts. 8<sup>a</sup> a 12); 3) liberdades civis, especialmente as liberdades de pensamento, consciência e religião, de opinião e expressão, de movimento e resistência, e de reunião e de associação pacífica (arts. 13 e de 18 a 20); 4) direitos de subsistência, particularmente os direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio e da família (art. 25); 5) direitos econômicos, incluindo principalmente os direitos ao trabalho, ao repouso e ao lazer, e à segurança social (arts. 22 a 26); 6) direitos sociais e culturais, especialmente os direitos à instrução e à participação na vida cultural da comunidade (arts. 26 e 28); 7) direitos políticos, principalmente os direitos a tomar parte no governo e a eleições legítimas com sufrágio universal e igual (art. 21), acrescido dos aspectos políticos de muitas liberdades civis”. (DONNELLY, Jack. *International human rights: a regime analysis*. In: **International organization**. Massachusetts Institute of Technology, Summer 1986. p. 599-642, *apud* LINDGREN ALVES, José Augusto. **O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e o Brasil**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, p. 89, jul./dez.1993). Na lição de Celso D. de Albuquerque Mello, a Declaração Universal “tem sido dividida pelos autores em quatro partes: a) normas gerais (arts. 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>, 28, 29 e 30); b) direitos e liberdades fundamentais (arts. 3<sup>a</sup> a 20); c) direitos políticos (art. 21); d) direitos econômicos e sociais (arts. 22 e 27)”. (**Curso de direito internacional público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 531.)

<sup>9</sup>**International protection of human rights**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1973. p. 516.

<sup>10</sup>A partir desse critério, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, que traduzem o valor da liberdade; os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem, por sua vez, o valor da igualdade; já os direitos de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, à livre determinação, que traduzem o valor da solidariedade. Sobre a matéria, ver ESPIELL, Hector Gross. **Estudios sobre derechos humanos**, Madrid: Civitas, 1988, p. 328-332. Do mesmo autor a obra: **Los derechos economicos sociales y culturales en el sistema interamericano**. San José, Libro libre, 1986. Ainda sobre a idéia de gerações de direitos humanos, explica Burns H. Weston: “A este respeito, particularmente útil é a noção de “três gerações de direitos humanos” elaborada pelo jurista francês Karel Vasak. Sob a inspiração dos três temas da Revolução francesa, estas três gerações de direitos são as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*)”. (WESTON, Burns H. *Human rights*, In: CLAUDE, Richard Pierre, WESTON, Burns H (Editores). **Human rights in the world community**, p. 16-17). Sobre a matéria consultar ainda LUÑO, A. E. P. (**Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1988); T. H. Marshall (**Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.)

<sup>11</sup>Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, afirma Louis Henkin: “Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômico-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos”. (**The age of rights**. New York: Columbia University Press, 1990. p. 6-7). No entanto, difícil é a conjugação desses valores, e em particular difícil é a conjugação dos valores da igualdade e liberdade. Como pondera Norberto Bobbio: “As sociedades são mais livres na medida em que são menos justas e mais justas na medida em que são menos livres”. (**A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 43.)

todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes<sup>12</sup>. Essa concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, ao afirmar, em seu § 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Seja por fixar a idéia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, a declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Uma das principais qualidades da declaração é constituir-se em parâmetro e código de atuação para os estados integrantes da comunidade internacional. Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos estados, a declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. Nesse sentido, ela é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional “deslegitima” os estados. Um estado que sistematicamente viola a declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade mundial<sup>13</sup>.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Os instrumentos internacionais de proteção refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Nesse sentido, cabe destacar que, até junho de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 153 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 141 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação

da Discriminação Racial contava com 170 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 183 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 192 Estados-partes<sup>14</sup>.

Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as convenções internacionais, que buscam responder a determinadas violações dos direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Firma-se assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto segundo sua especificidade e concreticidade (ex: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres, etc.). Já o sistema geral de proteção (ex: os Pactos da ONU de 1966) tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida segundo sua abstração e generalidade.

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global – integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais – com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, esses sistemas compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no

<sup>12</sup>Sobre a Resolução n. 32/130 afirma Antonio Augusto Cançado Trindade: “Aquela resolução (32/130), ao endossar a asserção da Proclamação de Teerã de 1968, reafirmou a indivisibilidade a partir de uma perspectiva globalista, e deu prioridade à busca de soluções para as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos. Para a formação deste novo *ethos*, fixando parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, também contribuiu o reconhecimento da interação entre os direitos humanos e a paz consignado na Ata Final de Helsinque de 1975”. (A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: *Temas de Política Externa Brasileira*, II, v. 1, 1994. p. 169).

<sup>13</sup>Cf. Cassese, Antonio, *Human rights in a changing world*, *op. cit.* p. 46-47. Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal afirmam que: “A Declaração Universal de Direitos Humanos tem, desde sua adoção, exercido poderosa influência na ordem mundial, tanto internacional como nacionalmente. Suas previsões têm sido citadas como justificativa para várias ações adotadas pelas Nações Unidas e têm inspirado um grande número de Convenções internacionais no âmbito das Nações Unidas ou fora dele. Estas previsões também exercem uma significativa influência nas Constituições nacionais e nas legislações locais e, em diversos casos, nas decisões das Cortes. Em algumas instâncias, o texto das previsões da Declaração tem sido incorporado em instrumentos internacionais ou na legislação nacional e há inúmeras instâncias que adotam a Declaração como um código de conduta e um parâmetro capaz de medir o grau de respeito e de observância relativamente aos parâmetros internacionais de direitos humanos”. (Sohn, Louis B. e ; Buergenthal, Thomas, *op. cit.*, p. 516.)

<sup>14</sup>Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/pdf/report.pdf>>

plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Sob essa ótica, os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. De acordo com a visão de Antônio Augusto Cançado Trindade:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção<sup>15</sup>.

Feitas essas breves considerações a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, passa-se à análise do modo pelo qual o Brasil se relaciona com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos.

## 2. O Estado Brasileiro em Face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaca-se a ratificação:

- a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989;
- b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989;
- c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990;
- d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992;
- e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992;
- f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992;
- g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995;
- h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996;
- i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996;
- j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001;
- k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002;
- l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002;
- m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004;
- n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004; e
- o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

<sup>15</sup>CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 52-53, jul./dez. 1993.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 – especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais – foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>16</sup>.

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Esse esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescentar o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais estados integrantes da ordem internacional.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, por meio da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado.

### 3. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro

Preliminarmente, é necessário frisar que a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos:

- a) o dos direitos expressos na Constituição;
- b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e
- c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional<sup>17</sup>. A esse raciocínio se acrescentam o

<sup>16</sup>Para J. A. Lindgren Alves: “Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas”. (*Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 108.)

<sup>17</sup>Para José Joaquim Gomes Canotilho: “A legitimidade material da Constituição não se basta com um “dar forma” ou “constituir” de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)”. (*Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74.)

princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais<sup>18</sup>, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se, ainda, o fato de as Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, nesse sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional<sup>19</sup>, nos termos do art. 102, III, “b” do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

detêm natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. No mesmo sentido, argumenta Juan Antonio Travieso:

Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado<sup>20</sup>.

Esse caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto

<sup>18</sup>Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho afirma: “Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polémicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na Constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o “enriquecimento” da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos económicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição económica)”. (**Direito constitucional**, *op. cit.* p. 68). Prossegue o mesmo autor: “Um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos “direitos do homem” como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como “direitos naturais”, “direitos inalienáveis” ou “direitos racionais” do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal”. (*idem*, p. 18).

<sup>19</sup>Sustenta-se que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (*o pacta sunt servanda*), que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

<sup>20</sup>TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional**. Buenos Aires: Heliasta, 1990. p. 90. Compartilhando do mesmo entendimento, leciona Jorge Reinaldo Vanossi: *La declaración de la Constitución argentina es concordante con las Declaraciones que han adoptado los organismos internacionales, y se refuerza con la ratificación argentina a las convenciones o pactos internacionales de derechos humanos destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de instituciones internacionales. (La Constitución Nacional y los derechos humanos*. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1988. p. 35.)

os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, segundo os termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Observa-se, contudo, que há quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam:

- a) a hierarquia supra-constitucional desses tratados;
- b) a hierarquia constitucional;
- c) a hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal e
- d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal<sup>21</sup>.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo:

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 à Constituição.

Em face de todos os argumentos já expostos, sustenta-se que a hierarquia constitucional já se extrai da interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional<sup>22</sup>.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por esse trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas<sup>23</sup>, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida

<sup>21</sup>A respeito, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 8. ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51-81.

<sup>22</sup>Defendi essa posição em parecer sobre o tema, aprovado em sessão do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em março de 2004.

<sup>23</sup>MELLO, Celso de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro<sup>24</sup>.

Ademais, como realça Celso Lafer, “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente”<sup>25</sup>.

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos:

- a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional;
- b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos;
- c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e
- d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

A respeito do impacto art. 5º, § 3º, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18799, tendo como relator o Ministro José Delgado, em maio de 2006:

(...) o §3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com *quórum* de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado §3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o §1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos”<sup>26</sup>.

Esse julgado revela a hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, inspirada por uma lógica e racionalidade material, ao afirmar o primado da substância sob a forma<sup>27</sup>.

O impacto da inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram também realçadas no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343<sup>28</sup>, em 22 de novembro de 2006, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar:

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao

<sup>24</sup>A título de exemplo, cite-se o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), que, embora seja lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal.

<sup>25</sup>LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**, Barueri: Manole, 2005, p. 16.

<sup>26</sup>RHC 18799, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 09/05/2006, DJ 08.06.2006.

<sup>27</sup>Em sentido contrário, destaca-se o RHC 19087, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 18/05/2006, DJ 29.05.2006, julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Albino Zavaski. A argumentação do referido julgado, ao revés, inspirou-se por uma lógica e racionalidade formal, afirmando o primado da forma sob a substância. A respeito, destaca-se o seguinte trecho: “Quanto aos tratados de direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação de sua força normativa – de lei ordinária para constitucional – também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por *quórum* qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)”.

<sup>28</sup>Ver Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos. Note-se que o julgamento envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até novembro de 2006, oito dos onze Ministros haviam votado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, tendo sido pedida vista dos autos pelo Ministro Celso de Mello para maior reflexão sobre a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Em 1995, diversamente, no julgamento do HC 72.131-RJ, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a mesma temática, sustentou a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, admitindo a possibilidade da prisão civil por dívida, pelo voto de oito dos onze Ministros.

menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.

Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão-somente pelo procedimento de sua aprovação.

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda nº 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão

percorrer o procedimento demandado pelo § 3º. No mesmo sentido, Celso Lafer afirma:

Com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao item previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º<sup>29</sup>.

Isto porque, a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o *quorum* exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional.

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos:

- a) os materialmente constitucionais; e
- b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º<sup>30</sup>. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

#### 4. O Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira

Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá:

<sup>29</sup>LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 17.

<sup>30</sup>Como Ingo Wolfgang Sarlet leciona: “Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, parágrafo 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como há direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 81.)

- a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos);
- b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos;
- c) contrariar preceito do Direito interno.

Na primeira hipótese, o Direito interno brasileiro, em particular a Constituição de 1988, apresenta dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos. A título de exemplo, merece referência o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição de 1988 que, ao prever que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e ainda do art. 5º (2) da Convenção Americana. Por sua vez, o princípio da inocência presumida, ineditamente previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LVII, também é resultado de inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos termos do art. XI da Declaração Universal, art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e art. 8º (2) da Convenção Americana. Esses são apenas alguns exemplos que comprovam o quanto o Direito interno brasileiro tem como inspiração, paradigma e referência, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato do legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional.

Já na segunda hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a integrar, complementar e estender a declaração constitucional de direitos. Com efeito, a partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao Direito brasileiro. A título de ilustração, cabe menção aos seguintes direitos:

- a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
- b) proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e art. 13 (5) da Convenção Americana;
- c) direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança;
- d) proibição do reestabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, de acordo com o art. 4º (3) da Convenção Americana;
- e) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o art. 1º (4) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial;
- f) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas temporárias e especiais que objetivem acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, nos termos do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher;
- g) vedação da utilização de meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões, nos termos do art. 13 da Convenção Americana<sup>31</sup>;
- h) direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial mínima, nos termos dos arts. 8, “h” e 25, parágrafo 1º da Convenção Americana<sup>32</sup>;

<sup>31</sup>A respeito, ver julgamento TRF 3ª R – RHC 96.03.060213-2-SP- 2ª T, Relatora para o Acórdão Juíza Sylvania Steiner, DJU 19.03.1997.

<sup>32</sup>Com fundamento nesses preceitos, há julgados que afirmam o direito de apelar em liberdade, determinando que seja afastada a incidência do artigo 594 do Código de Processo Penal, que estabelece a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar. Nesse sentido, ver Apelação n. 1.011.673/4, julgada em 29.05.1996, 5ª Câmara, Relator designado Dr. Walter Swensson, RJTACRIM 31/120.

- i) direito do acusado ser ouvido, nos termos do art. 8, parágrafo 1 da Convenção Americana<sup>33</sup>;
- j) direito de toda pessoa detida ou retida ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, nos termos do art. 7, (5) da Convenção Americana<sup>34</sup> e
- k) proibição da extradição ou expulsão de pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões que poderá ser submetida à tortura ou a outro tratamento cruel, desumado ou degradante, nos termos do art. 3<sup>a</sup> da Convenção contra a Tortura e do artigo 22, VIII da Convenção Americana<sup>35</sup>.

Esse elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno. Observe-se que esse elenco não é exaustivo, mas tem como finalidade apenas apontar, exemplificativamente, direitos que são consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e que se incorporaram à ordem jurídica interna brasileira. Desse modo, percebe-se como o Direito Internacional dos Direitos Humanos inova, estende e amplia o universo dos direitos constitucionalmente assegurados.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. A título de exemplo, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no *Habeas Corpus* n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno – 23.6.94; Relator: Ministro Sidney Sanches; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (art. 233 do Estatuto). A polêmica se instaurou em razão de o fato dessa norma consagrar um “tipo penal aberto”, passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana

contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”. Note-se que apenas em 7 de abril de 1997 foi editada a lei n. 9455, que define o crime de tortura.

Como essa decisão claramente demonstra, os instrumentos internacionais de direitos humanos podem integrar e complementar dispositivos normativos do Direito brasileiro, permitindo o reforço de direitos nacionalmente previstos – no caso, o direito de não ser submetido à tortura.

Contudo, ainda é possível uma terceira hipótese no campo jurídico: a hipótese de um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Essa terceira hipótese é a que encerra maior problemática, suscitando a seguinte indagação: como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos?

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, um exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Na lição lapidar de Antonio Augusto Cançado Trindade:

<sup>33</sup>A este respeito, ver RHC 7463/DF, recurso ordinário em *habeas-corpus* (98/0022262-6), de 23.06.1998, tendo como relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

<sup>34</sup>Sobre a matéria, ver STJ, RHC n. 5.239-BA, relator Ministro Edson Vidigal, 5<sup>a</sup> Turma, v.u., j. 07.05.1996, DJU 29.09.1997. Note-se que esse direito acabou por ser formalmente constitucionalizado em virtude da inclusão do inciso LXXVIII no art. 5<sup>o</sup>, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>35</sup>A respeito, ver Extradicação 633, setembro/1998, relator Ministro Celso de Mello, em que foi negada a extradição à República Popular da China de pessoa acusada de crime de estelionato, lá punível com a pena de morte.

(...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas. Neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno<sup>36</sup>.

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.

A título de exemplo, um caso a merecer enfoque refere-se à previsão do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao dispor que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Enunciado semelhante é previsto pelo art. 7<sup>o</sup> (7) da Convenção Americana, ao estabelecer que ninguém deve ser detido por dívidas, acrescentando que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Novamente, é preciso lembrar que o Brasil ratificou ambos os instrumentos internacionais em 1992, sem efetuar qualquer reserva sobre a matéria.

Ora, a Carta constitucional de 1988, no art. 5<sup>o</sup>, inciso LXVII, determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Assim, a Constituição brasileira consagra o princípio da proibição da prisão civil por dívidas, admitindo, todavia, duas exceções – a

hipótese do inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Observa-se que, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não prevê qualquer exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívidas, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Ora, se o Brasil ratificou esses instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, há que se questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Mais uma vez, atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel<sup>37</sup>, conferindo-se prevalência à norma do tratado. Isto é, no conflito entre os valores da liberdade e da propriedade, o primeiro há de prevalecer. Ressalte-se que se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional – aplicar-se-ia a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos. Note-se que, no caso da prestação alimentícia, o conflito de valores envolve os termos liberdade e solidariedade (que assegura muitas vezes a sobrevivência humana), merecendo prevalência o valor da solidariedade, como assinalam a Constituição Brasileira de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos

<sup>36</sup>TRINDADE, Cançado Augusto Antonio. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 317-318. No mesmo sentido, Arnaldo Sussekind afirma: “No campo do Direito do Trabalho e no da Seguridade Social, todavia, a solução dos conflitos entre normas internacionais é facilitada pela aplicação do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores.(...) mas também é certo que os tratados multilaterais, sejam universais (p. ex: Pacto da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais e Convenções da OIT), sejam regionais (p. ex: Carta Social Européia), adotam a mesma concepção quanto aos institutos jurídicos de proteção do trabalhador, sobretudo no âmbito dos direitos humanos, o que facilita a aplicação do princípio da norma mais favorável”. (**Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTR, 1983. p. 57). A respeito, elucidativo é o disposto no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que, ao estabelecer regras interpretativas, determina: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados (...)”.

<sup>37</sup>Nesse sentido, merece destaque o louvável voto do Juiz Antonio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação n. 613.053-8. Ver também Apelação n. 601.880-4, São Paulo, 1<sup>a</sup> Câmara, 16.9.1996, relator Juiz Elliot Akel, v.u., e *Habeas Corpus* n. 3.545-3 (95.028458-8), Distrito Federal, 10.10.1995, Rel. Min. Adhemar Maciel. Note-se não ser esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que vencidos à época os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A respeito, ver HC 72.131-RJ, 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário, 27.5.1998 e RE 243613, 27.4.1999. Acrescente-se que para o então Ministro Carlos Velloso “a prisão do devedor-fiduciante é uma violência à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, que está incorporado ao direito interno” (RE-243613, Rel. Min. Carlos Velloso, 19.2.1999). Verifica-se uma tendência de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário 466.343-1, em que, ineditamente, oito dos onze Ministros já haviam se manifestado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, em novembro de 2006.

humanos. Em todas essas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

### 5. Considerações finais

Como demonstrado por este estudo, os tratados internacionais de direitos humanos podem contribuir de forma decisiva para o reforço da promoção dos direitos humanos no Brasil. No entanto, o sucesso da aplicação desse instrumental internacional de direitos humanos requer a ampla sensibilização dos agentes operadores do Direito, no que se atém à relevância e à utilidade de advogar esses tratados perante as instâncias nacionais e internacionais, o que pode viabilizar avanços concretos na defesa do exercício dos direitos da cidadania.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias,

fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

A Carta de 1988 e os tratados de direitos humanos lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos hão de se converter em agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário, juridicamente repudiado e abolido.

Hoje, mais do que nunca, os operadores do Direito estão à frente do desafio de resgatar e recuperar no aparato jurídico seu potencial ético e transformador, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos por ela incorporados. Estão, portanto, à frente do desafio de reinventar, reimaginar e recriar seu exercício profissional, a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos.