

A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro. 3. Princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas – a prevalência da norma mais favorável ao ser humano. 4. As novas perspectivas em relação aos direitos humanos. 5. Conclusões finais.

1. Introdução

Considerando essencial que o direito internacional e o direito interno se integrem eficazmente na proteção dos direitos do homem, o presente texto se propõe a estudar, neste meio século da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro, o processo de redefinição da democracia no Brasil, bem como a aplicação do princípio da *primazia da norma mais favorável* como regra de hermenêutica internacional. Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no processo de redefinição e reconstrução da democracia no âmbito brasileiro.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, necessário se faz a discussão de: a) como os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos fundamentais incorporam-se ao direito interno; b) quais são as regras de interpretação que devem

Valerio de Oliveira Mazzuoli é graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Presidente Prudente-SP.

ser adotadas, especialmente no que concerne à harmonização com o direito interno; c) como os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos influem no processo de redefinição da democracia no âmbito brasileiro.

Primeiro estudaremos a integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno brasileiro, fazendo uma interpretação sistemática entre o art. 5º, §§ 1º e 2º, art. 1º, III, e art. 4º, II, todos da Carta Magna da República de 1988. Como resultado hermenêutico da interpretação de tais normas, este estudo apresentará sua conclusão envolvendo o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano*, indicando os meios em que deve ser utilizado e processado no direito interno do país.

2. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro

O problema da concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatuto infraconstitucional pode ser resolvido, no âmbito do *direito das gentes*, em princípio, de duas maneiras. Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento *paritário*, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente¹. O Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, enquadra-se nesse segundo sistema (monismo nacionalista). Há mais de vinte anos, vigora na jurisprudência brasileira o sistema paritário em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária (v. RTJ 83/809 e ss.), podendo, por isso, revogar as disposições em contrário ou ser revogado (*rectius*: perder eficácia) diante de lei posterior².

Desde já, é necessário dizer que o estudo das relações entre o direito internacional e o

ordenamento interno se afigura um dos mais difíceis de se compreender, pois consiste em sabermos qual o tipo de relações que mantêm entre si³. O ponto nevrálgico da questão consiste em saber-se qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre o produto normativo convencional (norma internacional) e a norma interna. Para tentar resolver esse problema, duas grandes concepções doutrinárias surgiram: a *monista* e a *dualista*.

Foi Alfred von Verdross que, em 1914, cunhou a expressão “dualismo”, a qual foi aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a esse ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. Em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos⁴. Por isso é que esses compromissos exteriores, para os dualistas, não têm o condão de gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna do país, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno: uma lei, um decreto, uma lei complementar, uma norma constitucional etc.⁵.

Essa teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores e mais notáveis defensores. Foi de Triepel o primeiro estudo sistemático sobre a matéria (*Volkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuja concepção foi aprovada por Dionisio Anzilotti, na Itália, que a adotou, em 1905, em trabalho intitulado “*Il Diritto Internazionale*

nel giudizio interno”, e aplaudida também por Oppenheim. Essa corrente dualista estabelece diferenças entre o direito internacional público e o direito interno, entre elas a de que as regras internas de um Estado soberano são emanadas de um poder ilimitado, em relação ao qual existe forte subordinação de seus dependentes, o que não acontece no âmbito internacional. De forma que esses dois ordenamentos jurídicos – o do Estado e o internacional – podem andar pareados sem, entretanto, haver primazia de um sobre o outro, pois distintas são as esferas de suas atuações. Assim, não pode um preceito do *direito das gentes* revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento interno. O Estado pactuante apenas obriga-se a incorporar tais preceitos no seu ordenamento doméstico, assumindo somente uma obrigação moral, mas, se não o fizer, deverá ser, por isso, responsabilizado no plano internacional. Para os dualistas,

“as normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da *recepção*, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas”⁶.

Já os autores monistas partem da inteligência oposta. Para eles, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional é porque está-se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso; se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno do Estado, não se faz necessária, só por isso, a edição de um novo diploma, materializando internamente aquele compromisso exterior⁷.

Os monistas dividem-se em duas correntes: a) uma (*monismo internacionalista*), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem esse posiciona-

mento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de Direito Interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos⁸; b) já a outra corrente (*monismonacionalista*) apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Os monistas defensores do predomínio interno dão, assim,

“relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desarte, ao culto da *constituição* (*sic*), estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”⁹,

vertente essa influenciada pela filosofia de Spinoza e de Hegel, defensor da soberania absoluta do Estado, seguida também por Wenzel e Chailley.

Assim, dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de *paridade normativa* com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los (como quer o STF) no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas¹⁰. Essa é posição já firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal há mais de vinte anos, sem embargo de vozes atuais a proclamar a supremacia dos tra-

tados de direitos humanos, frente à Constituição Federal, como veremos logo adiante.

Pode surgir, assim, um impasse: determinados dispositivos de ordem interna concernente a uma liberdade individual dispondo de um modo e uma norma de direito internacional dispondo de outro. Podemos exemplificar com a questão da prisão civil por infidelidade depositária: a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXVII) apregoa que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do *depositário infiel*”; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de outro, dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma *obrigação contratual*” [grifos nossos], tratado esse que vem, por sua vez, corroborar o entendimento do art. 7º, 7, do Pacto de San José da Costa Rica (ao qual o Brasil aderiu sem reservas), que exclui de seu texto a figura do depositário infiel¹¹.

Seguindo esse raciocínio, surge a indagação: com a ratificação, pelo Brasil, desses dois tratados internacionais, o disposto na Constituição Federal acerca da prisão civil do infiel depositário não estaria revogado? Segundo a orientação do STF, não. À exceção da Constituição holandesa, que, após a revisão de 1956, permite, em certas circunstâncias, que tratados internacionais deroguem seu próprio texto, é muito difícil que uma dessas leis fundamentais despreze, neste momento histórico, “o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado”¹². De forma que, “posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*” – explicava o então Ministro Rezek –, “é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”¹³.

Segundo o entendimento da Suprema Corte, qualquer tratado internacional, des-

de que ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da *legislação ordinária*. Esta, como é sabido, não tem força nenhuma para mudar o texto constitucional. Isso porque a Carta Magna, como expressão máxima da soberania nacional, como diz o Supremo Tribunal Federal, está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite. Não havendo na Constituição garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro deve ser garantida a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* (repete-se: segundo o STF) o tratamento brasileiro dado às normas de direito internacional, o que faz operar em favor delas, nesse caso, a *regra lex posterior derogat priori*.

A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional. Aliás, mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já tinha-se pronunciado a respeito, a propósito da Convenção de Genebra da Lei Uniforme sobre Cheques, por votação unânime, em 4.8.1971, no RE 71.154-PR, de que foi relator o Min Oswaldo Trigueiro, *no sentido de que não é razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso Nacional, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu*. Isto é, não se exige, além da aprovação do tratado, a edição de um segundo diploma legal específico que reproduza as normas modificadoras. Alguns anos mais tarde, o plenário do STF voltaria a se manifestar, porém, com um avanço significativo, em destaque, *in verbis*:

“Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota

promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título” (publicado na íntegra o Acórdão na RTJ 83/809-848, RE 80.004-SE, relator do Acórdão Min. Cunha Peixoto, de 1.6.1977).

Para o STF, então, leis *especiais* têm prevalência sobre pactos ou convenções internacionais que lhes sejam posteriores, por serem estas normas infraconstitucionais *gerais* que, por esse motivo, não são aptos a revogar normas infraconstitucionais *especiais* anteriores (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Ou como dizia Papiniano: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”¹⁴.

A doutrina da Excelsa Corte, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Seria muito simples admitir que o não-cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder. Com uma tal assertiva parece que o não-cumprimento de tratados encontra uma justificativa. Tudo fica muito fácil desse modo.

Esse entendimento, entretanto, não é aceitável e muito menos permitido. Não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários¹⁵. E Mirtô Fraga exemplifica desta maneira:

“Se o Brasil, por exemplo, firmou convenção com Portugal, obrigando-se a reconhecer a portugueses, aqui residentes, os mesmos direitos do nacional, a não-edição do regulamento, por si só, já constituiria um ilícito internacional, que teria maior gravidade se, posteriormente ao convencional, se editasse norma jurídica excluindo os portugueses, beneficiários da igualdade, do direito, por exemplo, de prestar concurso, para determinado cargo não-privativo de brasileiro nato”.

E continua:

“É um contra-senso afirmar-se que o Tribunal deve aplicar a lei posterior contrária ao tratado e admitir-se, ao mesmo tempo, a responsabilidade do Estado. Este é livre para contratar ou deixar de contratar. Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII. O monarca, então, personalizava o Estado, a soberania residia na pessoa do governante. Com o advento da Revolução Francesa e das idéias liberais, a soberania foi transladada para a nação, representada nas Assembléias. O pacto, o ajuste, era, então, um ato do governante, em oposição à lei, ato da soberania nacional. E como o poder pertencia ao povo, o compromisso firmado pelo soberano não podia obrigar a nação, à qual era permitido dispor de forma contrária ao pactuado, em seu nome e sem sua audiência. A manifestação obrigatória do Poder Legislativo sobre os tratados assinados pelo Chefe de Estado surgiu, justamente, como resultado da democratização do poder. Na época atual, admitir-se possa o Legislativo, por lei, contrariar o tratado, que aprovou, é, em suma, reconhecer o predomínio das Assembléi-

as, em franca oposição a dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado, se não há, para tanto, expressa autorização da Lei Maior”¹⁶.

3. Princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas – a prevalência da norma mais favorável ao ser humano

A par de toda essa orientação, estamos convictos de que as soluções dadas até então para o problema da hierarquia entre tratados internacionais e a lei interna não são das melhores. Aliás, são das piores. A falta de lógica-jurídica que assola, nesse campo, os nossos tribunais, é assustadora. As soluções de que precisamos, no mais das vezes, se fazem presentes bem em frente dos nossos olhos. A solução para o nosso problema é simples e não requer quase nenhum esforço do intérprete. Tal solução vem justamente do estudo mais acurado dos direitos humanos.

Atualmente, o que se vem percebendo é o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação aos direitos humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado. O que pretendem, ao que nos parece, é que seja dado às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais o seu devido valor. Não admitem essa igualização dos tratados com a legislação interna do país. Ao contrário: desejam ver aqueles compromissos internacionais igualados à Constituição do Estado. Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica que:

“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 ...”.

Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina, mais aberta a essa nova realidade atual, apóia a supremacia daquele produto convencional no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe:

“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”.

Como se vê, são três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo o que expôs o Ministro José Carlos Moreira Alves, do STF, em conferência inaugural ao Simpósio *Imunidades Tributárias*, coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, o § 2º do art. 5º da Carta da República “só se aplica aos Tratados anteriores à CF/88 (*sic*) e ingressam como lei ordinária”¹⁷. Salientou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição (*sic*)”, sendo que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”¹⁸. Raciocínio idêntico encontramos na sent. 48/79 da *Corte costituzionale* italiana que distinguiu as normas de *direito internacional geral* em dois grupos: as anteriores e as sucessivas à Constituição. Para as *normas anteriores*,

*“la Corte non si è pronunciata sull’eventuale contrasto tra esse e le norme costituzionali, ma affermando che la norma internazionale sottoposta al giudizio si trovava in rapporto di specialità con le norme costituzionali apparentemente confliggenti, ha riconosciuto implicitamente la parità dell’una e delle altre, poiché l’applicazione del CRITERIO DI SPECIALITÀ come limite al CRITERIO CRONOLOGICO presuppone la parità delle fonti”*¹⁹ [grifos nossos].

Para as normas internacionais posteriores à Constituição, a Corte italiana explicitamente afirmou que

“il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall’art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione”.

Assim estatuinto – explica Franco Modugno –,

*“la Corte ha implicitamente equiparato le norme internazionali generali posteriori alla Costituzione alle leggi formalmente costituzionali, anch’esse vincolate al rispetto dei principi fondamentali o supremi dell’ordinamento costituzionale (sent. 1146/88)”*²⁰.

Abstraindo-se o entendimento da Corte constitucional italiana, e tratando-se do afirmado pelo ilustre Ministro, sem embargo de sua posição, pensamos que tal interpretação se ressent de equívoco, um tanto quanto justificado, tendo em vista os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, como já foi visto anteriormente neste trabalho.

Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógico, e muito menos jurídico, uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Fe-

deral para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988 somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental²¹. Esse é um ponto.

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais. Ademais, a afirmativa de que “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, em virtude de que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”, como veremos, é descabida. Primeiro porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte tornam-se *sim* petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1º do art. 5º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados “emendar” o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

O que ocorre é que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, referido pelo Ministro Moreira Alves, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto* (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Consti-

tuição de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio da não identificação ou da cláusula aberta)²². De forma que a cláusula do parágrafo 2º do art. 5º da Carta da República está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no *mesmo* grau hierárquico das normas materialmente constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal²³.

Se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) é porque está ela própria a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados pelo Brasil ratificados “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. Se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte é porque, pela lógica, eles “os incluem”.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan²⁴, que, quando a Carta da 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. “Este processo de inclusão” – conclui essa ilustre Procuradora do Estado de São Paulo – “implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”. Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos

internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação essa consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais²⁵. Merece o nosso aplauso essa nova doutrina, tão aberta e preocupada com a proteção dos direitos humanos.

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (...)”. Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF passou a adotar a já comentada teoria da *paridade*. Deve-se insistir, porém, que essa teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o § 2º do art. 5º da CF fala em *direitos e garantias expressos na Constituição*, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de *direitos e garantias* individuais é que estão amparados por essa cláusula, chamada, por isso mesmo, de *cláusula aberta*, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol de direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de “norma constitucional”²⁶. À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restrin-

gem sua soberania e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e direito internacional (Cf. Pedro Dallari, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público* – o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, trabalho acadêmico)²⁷.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 tiveram fundamental importância para a ratificação de inúmeros instrumentos de proteção dos direitos humanos. O marco inicial desse processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro, como nos lembra Flávia Piovesan, foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, seguiram-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995²⁸.

O direito brasileiro, portanto, fez opção por um sistema diferenciado, combinando regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais, que não dispõem sobre direitos humanos²⁹. Os tratados internacionais de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já os demais tratados (tratados tradicionais), além de apresentarem natureza infraconstitucional nos termos do artigo 102, III, b, da Constituição (que admi-

te o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno. Como bem explica Flávia Piovesan³⁰, o tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, §2º, da Carta Constitucional de 1988,

“justifica-se 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. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”.

Esse caráter especial passa a justificar, assim, o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos³¹. Dessa forma, o ser humano, nessa escala de valores, passa a ocupar posição central, já de há muito merecida.

Os direitos humanos provenientes de tratados, assim, têm natureza materialmente constitucional. Como observa Canotilho³²,

“o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos 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 de divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, li-

berdades 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 econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)”.

Ressalte-se que, atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados, no mandamento do § 1º do art. 5º da CF, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, assim, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, esse decreto se faz necessário. Além de o artigo 5º, § 1º, da Carta da República impor essa conclusão, a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis³³.

“Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subsequentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, ‘uma questão

regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional’”³⁴.

Além disso, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados constituem *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais”.

Dando a Carta Magna aos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados a natureza de “norma constitucional” e passando os direitos inclusos nesses tratados a constituir *cláusula pétrea*, nos termos de seu art. 60, § 4º, IV, por se tratar também de um *direito*, será igualmente *cláusula pétrea* aquela norma de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (supra: art. 29), que passa a ter também aplicabilidade imediata no que assegura que nenhuma de suas disposições *pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados-partes a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos...*

Foi adotado no Brasil, por tudo o que se viu, o monismo nacionalista kelseniano. Para essa corrente, a simples ratificação de um tratado já traz efeitos jurídicos tanto no plano internacional como no plano interno, compondo assim o direito internacional e o direito interno uma mesma e única ordem jurídica, pois a incorporação dos tratados na ordem interna se faria de imediato. É essa a lição de Celso Ribeiro Bastos³⁵, que, em comentário ao § 2º do art. 5º da Magna Carta, diz:

“Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida in-

termediação legislativa. Doravante será, pois, possível a inovação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.

Parece-nos ter sido mesmo essa a vontade do legislador. E isso porque foi do jurista brasileiro Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a proposta feita na Assembleia Nacional Constituinte, de se inserir na Constituição a regra do art. 5º, § 2º. É esse eminente professor o responsável, pode-se dizer, pela existência do § 2º do art. 5º na nossa Carta Magna (Cf. Direitos e garantias individuais no plano internacional. In: *Assembleia Nacional Constituinte: atas das comissões*, v. 1, Brasília, n. 66, supl., 27.05.87, p. 111, e cf. p. 109-116; cf. também A. A. CANÇADO TRINDADE, “Entrevista”, 1 Justiça e Democracia – *Revista da Associação Juizes para a Democracia*. São Paulo, 1996, p. 7-17, especialmente p. 10-11). Assim se expressou esse eminente professor em prefácio à coletânea *Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos* da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (p. 20-21):

“O disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar a suas disposições vigên-

cia ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o art. 5º, § 1º e 2º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”³⁶.

Essa sim nos parece ter sido a vontade do legislador, a verdadeira *mens legislatoris*, a qual, aliás, é merecedora de aplauso. Mas o desenvolvimento da presente construção não pára por aí. Outro ponto que passa despercebido pela maioria da doutrina, e que merece nossa reflexão, é o concernente aos princípios pela Constituição adotados, e que vem completar todo aquele entendimento do § 2º do art. 5º da Carta da República, por nós já analisado.

O raciocínio é simples: abstraído-se a referência aos tratados internacionais, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, é o princípio da *prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º, II). Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a *prevalência dos direitos humanos*, a outro entendimento não se pode chegar senão o de que todo tratado internacional de *direitos humanos* terá *prevalência*, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica, que não pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos.

Fazendo-se uma interpretação sistemática da Constituição, que proclama em seu art. 4º, II, que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos* e em seu art. 1º, III,

que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, *inter alia*, a *dignidade da pessoa humana*, a outra conclusão não se chega senão a de que a vontade do legislador, no art. 5º, § 2º, da Carta da República, foi realmente aquela apontada pelo ilustre Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Assim, quando a Constituição dispõe em seu art. 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu art. 5º, § 2º, que, como já foi visto, tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados. Como bem exprimiu Pedro Dallari³⁷,

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

Por sua vez, a *dignidade da pessoa humana*, como leciona o Prof. José Afonso da Silva³⁸, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, concepção da qual também se filia Canotilho quando diz ser a dignidade da pessoa humana “a raiz fundamentante dos direitos humanos”³⁹.

Não se tem dúvida, *v.g.*, de que o *direito à não prisão do infiel depositário*, no exem-

plo dado acima, é um direito decorrente de um dos *princípios* pela República Federativa do Brasil adotados (*prevalência dos direitos humanos*). Dessa forma, com base na própria Carta da República, deve-se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio da *primazia da norma mais favorável às vítimas*, princípio esse defendido com veemência pelo Prof. Cançado Trindade e expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição Federal. Em outras palavras, a *primazia* é a norma que, no caso, mais protege os direitos da pessoa humana, interpretação essa consoante com a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos Humanos. Se essa norma mais protetora for a própria Constituição, ótimo. Se não for, deixa-se esta de lado e utiliza-se a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direitos internacionalmente consagrados que é, para afastar, no exemplo, o cabimento da prisão civil do infiel depositário⁴⁰. Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno em nível constitucional (CF, art. 5º, § 2º), a aparente contradição entre essas “duas normas constitucionais” conflitantes (uma possibilitando e outra impossibilitando a prisão do depositário infiel, *v.g.*) deve ser resolvida dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior, e que, *in casu*, é a *liberdade* do indivíduo e não a *propriedade* do bem. Entre os valores *liberdade* e *propriedade*, seria irracional entender-se que esse é o que deve prevalecer. Esse exemplo parece ter sido bem ilustrativo ao que pretendemos demonstrar.

Aliás, Constituições de diversos países do ocidente têm igualmente consagrado o primado do direito internacional em face do direito interno do país. Assim o fez a Constituição Alemã, que, em seu art. 25, expressamente dispõe:

“As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do

direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal”. Também o art. 55 da Constituição francesa de 1958 estabelece: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”. O art. VI (2) da Constituição dos EUA, por sua vez, dispõe: “Esta Constituição e as Leis complementares e todos os Tratados já celebrados constituirão a Lei suprema do País...”. Enfatizadamente a Constituição Grega de 1975, em seu art. 28, § 1º, enuncia: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”. A Constituição Espanhola, em seu art. 9.2, afirma: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha” (a própria Corte Europeia dos Direitos Humanos já se utilizou dessa disposição da Carta Espanhola, que expressamente se refere à “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, como norma de interpretação do direito interno do país). A Constituição política do Peru, de 1979, celebra em seu art. 101: “Os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”. Por último, e, da mesma forma, seguindo a tendência das demais, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabeleceu, em seu artigo 75, 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm “hierarquia constitucional” e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Como bem lembram os ilustres Procuradores do Estado de São Paulo Roberto Au-

gusto Castellanos Pfeiffer e Anna Carla Agazzi⁴¹, o princípio da prevalência da norma mais favorável ao ser humano impõe a observância de duas regras de suma importância: a) em primeiro lugar, não suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos mais benéficos ao ser humano previstos nos tratados ratificados. Tal regra consta de maneira expressa da maioria dos tratados, como advém da circunstância do Estado obrigar-se a acatar os preceitos dos tratados. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, já dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado”; b) caso exista alguma disposição existente em lei promulgada internamente que seja mais favorável às pessoas residentes no país, essa norma prevalece sobre as disposições que constem de tratados aos quais o país aderiu.

Em que pesem as opiniões contrárias, a aplicação do princípio da *primazia da norma mais favorável* não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados. De ver-se que o próprio Título I da Carta da República, em que se insere o art. 4º, § 2º, já citado, é intitulado “Dos Princípios Fundamentais”. A dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), protegida por esses princípios, sobrepairá acima de qualquer disposição em contrário, limitativa de seu exercício. No atual contexto da “era dos direitos” de Bobbio, não há mais falar-se sobre a já superada polêmica entre monistas e dualistas, no que diz respeito à proteção dos *human rights*.

“No presente domínio de proteção” – como bem disse o Prof. Cançado Trindade –, “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância

por suas implicações práticas”⁴².

Um deles é o próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 5º, 2), que dispõe:

“Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” [grifo nosso].

“O critério da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos” – diz Antônio Augusto Cançado Trindade – “contribui, em primeiro lugar para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, tanto em dimensão vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). No tocante a esta última, o critério da primazia da disposição mais favorável às vítimas já em fim da década de cinquenta era aplicado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (petição nº 235/56, de 1958-1959), e recebeu reconhecimento especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer de 1958 sobre a *Associação Obrigatória de Jornalistas*. 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”⁴³.

Segundo MAX SORESEN, a primazia da norma mais favorável, hoje, é clara e se evidencia, “*por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cum-*

plimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella” (*Manual de derecho internacional*. Mexico : Fondo de Cultura Económico, 1992). Ainda segundo o referido autor,

“*El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...]. Pero, [...], todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que queda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese*”⁴⁴.

Por fim, cumpre deixar bem claro que os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a *denúncia*. Assim sendo, e a par de tudo o que já se viu até aqui, não há falar-se que a legislação interna, pelo *critério cronológico*, possa revogar ou derogar tratado. Este só pode ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei interna.

Pensar como pensam os que comungam do entendimento de que a lei posterior pode afastar a aplicação de tratados seria admitir a possibilidade de ser facilmente burlada a aplicação dos compromissos exteriores do Estado, internacionalmente assumidos. O sistema brasileiro, filiado ao monismo com prevalência do direito internacional (*monismo internacionalista* apregoadado por Hans Kelsen),

“não admite, em caso de conflito de norma interna e convencional, seja violada a última. Excepcionalmente, pode acontecer que se aplique a lei, em prejuízo do tratado, acarretando, com essa ilicitude, a responsabilidade internacional do Estado. A decisão, aí, será, porém, política e não jurídica. Melhor denunciar o acordo firmado que violá-lo, se sua vigência não interessar mais

ao País. O princípio superior *pacta sunt servanda*, base de todo regulamento, e que informa, também, o Direito brasileiro, deve ser respeitado”⁴⁵.

É o que tem sustentado também o Juiz Antonio Carlos Malheiros, em diversos votos, com o apoio da doutrina de Haroldo Valladão e do Ministro Philadelpho Azevedo, para sustentar a inconstitucionalidade da prisão de depositário de bem por força do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (v.g. 1º TACiv-SP — HC 674.380-2 — julg. 14.2.96). A propósito de criticar os que entendem que os tratados de direitos humanos podem ser revogados por leis internas infraconstitucionais, indagou o Prof. Cançado Trindade: “Como poderia um Estado-Parte em um tratado explicar aos demais Estados-Partes a derrogação ou revogação do referido tratado por uma lei? Que segurança jurídica oferecia este Estado no cumprimento de seus compromissos internacionais?”⁴⁶.

4. As novas perspectivas em relação aos direitos humanos

Por tudo o que foi visto acima, foi possível perceber qual a importância e qual o valor dos direitos humanos na sociedade moderna. Foi também possível vislumbrarmos um dinâmico movimento de exaltação àqueles direitos, muito embora aquém da necessária e desejável proteção de que são merecedores. O Brasil, por sua vez, não tem-se utilizado de todos os meios disponíveis ao seu alcance para efetivar a observância dos direitos humanos, consagrados nos tratados internacionais por ele ratificados. Os tratados de direitos humanos, como foi visto, impõem deveres aos Estados que a eles aderem. De notória importância é o dever que os Estados pactuantes têm de compatibilizar os comandos do produto normativo convencional com suas normas de direito interno. Daí a improcedência do argumento de que a Constituição Federal estaria subpondo-se a si mesma, ao permitir que o

produto normativo dos compromissos exteriores do Estado ingressasse em nosso ordenamento jurídico, em detrimento da soberania do país. Tendo em vista justamente esses tipos de alegações, o Secretário-Geral das Nações Unidas (B. Boutros-Ghali), em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (realizada em Viena, aos 14 de junho de 1993), sugeriu que

“ (...) *par leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales*” (ONU, Communiqué de Presse n. DH/VIE/4, de 14.06.1993. p. 10)⁴⁷.

Se pactuamos com normas que objetivam garantir um dos princípios fundamentais do homem, qual seja, a *liberdade*, inaceitável se apresenta a sua inobservância em face da violação de um compromisso assumido por nós e em prol de nós mesmos. Não se quer dizer com tal assertiva que os preceitos normativos oriundos do *direito das gentes* sempre venham a suplantar, de maneira irrestrita, o nosso ordenamento interno em detrimento da Constituição da República. Absolutamente não. Com exceção dos tratados de direitos humanos, como foi visto, nenhum outro tem o condão de se sobrepor aos mandamentos constitucionais. O que se pretende é dar luz a tais direitos para que eles – como nos ensina Flávia Piovesan – “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”⁴⁸.

Inserido num contexto de interesse global, por meio da ratificação dos tratados vol-

tados à proteção dos direitos humanos, o Brasil deve buscar alcançar sua identidade jurídica quanto à aplicabilidade daqueles tratados nas situações concretas regidas pelo ordenamento interno. Hoje, não é mais correto, nem mesmo admitido, o entendimento de que determinado direito contemplado, goze de tutela irrestrita e absoluta. Como bem disse o Professor Barbosa Moreira⁴⁹, é necessário que exista uma prudente *flexibilização* de linhas divisórias, na interpretação dos interesses em conflito. Eis sua lição:

“Não se concebe, na vida da sociedade, que direito algum seja compreendido e exercitado como se não existissem outros que, sob tais ou quais circunstâncias, sem determinadas limitações e compressões, inevitavelmente com ele entrariam em choque. A interpretação da Constituição rejeita contradições que nulifiquem qualquer de seus preceitos. Mas, para preservar a todos o espaço devido, é imprescindível levar em conta as interferências que decorrem, para o exercício de cada qual, da necessidade de preservar o dos restantes. O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente *flexibilização* de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmonioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes. Basta atentar, *v.g.*, nos conflitos que podem surgir, e com frequência surgem, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a obrigatória preservação da intimidade e da honra alheias” [grifo nosso].

Como se vê, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, posto que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna

(*princípios da relatividade ou conveniência das liberdades públicas*)⁵⁰. Nas palavras do mestre Canotilho⁵¹, “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Trata-se, como lembra o eminente constitucionalista, de um verdadeiro “choque”, de um autêntico *conflito* de direitos e não de um *cruzamento* ou *acumulação de direitos* (como na concorrência de direitos)⁵². Dessa forma,

“quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua”⁵³.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29, expressamente deixou consignado que:

“No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas”.

Cumprido então, neste momento histórico, levantar a questão: qual seria a correta interpretação das normas que afligem o cotidiano da plena vigência dos direitos humanos fundamentais, consagrados pela Cons-

tuição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais?

A resposta à questão encontra-se inserida na própria Carta da República.

Quando, em seu art. 4º, II, a Constituição proclama que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos* e, em seu art. 1º, III, que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, *inter alia*, a *dignidade da pessoa humana*, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela válvula de entrada do seu art. 5º, § 2º, como já foi visto por mais de uma vez no decorrer desse texto. Entretanto, não basta que um só dispositivo, embora de peso inquestionável, fique tão-somente a sustentar garantias tão arduamente conquistadas, pois modernamente não se pretende dar primazia a um ou a outro direito (interno ou externo), pois ambos foram elaborados com a mesma finalidade de ampliar a segurança de seus protegidos. Esse é o verdadeiro propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantidores dos mesmos direitos. Hoje, tal é a dificuldade de efetivação dos direitos humanos que, apercebendo-se disso, Norberto Bobbio enfatizou: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 24)⁵⁴.

Tal raciocínio expressa que o critério mais eficaz para o desempate de normas conflitantes é mesmo o da *primazia da norma mais favorável às vítimas*. Por consistir numa interpretação de amplo alcance, possibilita uma maior interação entre os tratados de direito internacional e o ordenamento interno do país, fortalecendo sobremaneira a eficaz proteção dos direitos e garantias individuais, amplamente consagrados por vários tratados internacionais. Logo, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana, visto que as

construções normativas convencionais não têm o condão de ferir o texto constitucional, mas sim de reforçar o rol de direitos e garantias fundamentais nele contidos. Os referidos complementos normativos internacionais só poderiam ferir a Constituição se vissem direta e objetivamente a suprimir de nossa Carta outro direito fundamental por ela já garantido. No entanto, é cristalina a intenção dos preceitos normativos do *direito das gentes*, que surge não como violador, mas sim como garantidor do direito fundamental de liberdade contido na Carta da República de 1988. A não se entender dessa forma, estar-se-ia admitindo verdadeira *aberratio juris*.

Como bem exprimiu o insigne Professor Barbosa Moreira, “a perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno”⁵⁵. Porém, buscar alcançar a melhor forma de proteger os direitos fundamentais do homem garantidos na nossa Constituição é dever de todo cidadão, que dirá então daqueles que diretamente estão investidos do dever de bem defender os direitos humanos das violações, essas sim, tão presentes no mundo terreno.

5. Conclusões finais

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

I – Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da *legislação ordinária*, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, está ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite. Não há, segundo o Supremo, *garantia de privilégio hierárquico* dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* o tratamento brasileiro dado às normas de direito internacional (*lex pos-*

terior derogat priori). A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional público decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional, posto que uma lei *geral* seria incapaz de derrogar uma outra que a ela seja *especial* (HC 72.131-RJ).

II – Sem embargo do entendimento da Suprema Corte nessa matéria, ficou estabelecido que, quando a Carta da República incorpora em seu texto direitos fundamentais provenientes de tratados, está ela própria atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, passando tais direitos a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, estando amparados inclusive pelas chamadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º, IV).

III – Os demais tratados internacionais que não versem sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988.

IV – Esse resultado é obtido interpretando-se o § 2º do art. 5º da atual Carta Magna, em conjunto com o art. 4º, II, do mesmo diploma, que dispõe sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos, chamado pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade de *princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas*.

V – Os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a *denúncia*, não se podendo mais falar que a legislação interna, pelo *critério cronológico*, tem poder para revogar ou derrogar tratado internacional. Esse só pode ser alterado ou modificado por outra norma de categoria igual ou superior, que seja *internacional*, jamais por lei interna, como já bem sustentaram Antonio Carlos Malheiros, Haroldo Valladão e Philadelpho Azevedo.

VI – Os direitos humanos devem ultrapassar qualquer barreira impeditiva à consecução dos seus fins, mesmo que essa seja

uma imposição constitucional. Quando um tratado internacional de proteção a direitos humanos vem ampliar alguns dos direitos contidos na Constituição, tal tratado passa a ter, por autorização expressa da Carta Magna (art. 5º, § 2º), força para modificá-la, a fim de ampliar a ela os direitos nele contidos.

Notas

¹ Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 104.

² Cf. GOMES, Luiz Flávio. *A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, RT 710/26.

³ Para o estudo da matéria, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. In: *Curso de direito internacional público*. 11. ed., ver. e aum., Rio de Janeiro : Renovar, 1. vol., 1997. p. 103-117.

⁴ Cf. ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 59.

⁵ Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. In: *Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região* (seminário). São Paulo : Imprensa Oficial, 1997. p. 29.

⁶ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 44. Sobre a jurisprudência brasileira de influência dualista, vide a respeito DOLINGER, Jacob. In: *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 90-107, em que a matéria é citada e comentada amplamente.

⁷ Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais..., cit., p. 29.

⁸ Cf. ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 44-45.

⁹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 5.

¹⁰ Cf. Acórdão nº 662-2, do processo de Extração julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.96 (DJ, 30.5.97, p. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

¹¹ Para o estudo da matéria, vide o nosso *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante* uma visão crítica à luz dos direitos humanos. Campinas : Agá Juris Editora, 1999; cf., ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. RAMOS, Nydia Maria Barjas. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* (Divisão Jurídica), Bauru: Instituição Toledo de

Ensino/Faculdade de Direito de Bauru, n. 26, ago./nov. 1999. p. 287-346.

¹² Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 103.

¹³ Idem, p. 103-104.

¹⁴ P APINIANO (Digesto, liv. 50, tit. 17, frag. 80). Apud. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 135.

¹⁵ Cf. FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional...*, p. 83.

¹⁶ FRAGA, Mirtô. Idem, p. 83-84.

¹⁷ *Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord., conferencista inaugural ALVES, José Carlos Moreira. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 1998. p. 22. (Pesquisas tributárias. Nova série, n. 4).

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ MODUGNO, Franco. I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale. Torino : G. Giappichelli Editore, p. 87.

²⁰ Idem, ibidem, p. 88.

²¹ Cf. nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição...*, cit., p. 30.

²² Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra Editora, vol. 4, 1988. p. 153. In *verbis*: "O n. 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais" [grifos nossos].

²³ Confusa, a esse respeito, a lição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. que, em comentários ao § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, após reconhecer que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte "acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constituição", não podendo ser abolidos "por força da cláusula 'pétreia' constante do art. 60, § 4º, IV", leciona no sentido de que, em caso de conflito do tratado com o texto constitucional, deve prevalecer o comando estabelecido pela Carta Magna "na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional (...)" [grifo nosso]. (Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1, 2. ed., cit., p. 85). Parece evidente a contradição. Ou se admite que os tratados de direitos humanos têm índole e nível

constitucional, ou se admite que os mesmos ingressem no ordenamento pátrio ao nível da legislação ordinária. Impossível uma tal conciliação.

²⁴ Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997. p. 82.

²⁵ Contra: vide NERI, Paulo de Tarso. (coordenador): *Prisão de depositário infiel – constitucionalidade*, parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho criado pela Portaria GPF (Gabinete da Procuradoria Fiscal) nº 28/98. Esse parecer elaborado pelos ilustres Procuradores do Estado Paulo de Tarso Neri, Alexandre Cassettari, Altieri Pinto Rios Júnior e Frederico Bendzius, ao que nos parece, além de fazer uma interpretação equivocada do art. 5º, § 2º da CF, em cotejo com os arts. 49, I, 84, VIII, 59 e 60, §§ 2º e 4º, esqueceu-se de que a mesma Magna Carta dispõe em seu art. 4º, inc. II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, o que autoriza a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela válvula aberta do art. 5º, § 2º.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*, cit., p. 105.

²⁷ Na lapidar lição de Mirtô Fraga: "(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela encontra seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional" [grifo nosso] (O conflito entre tratado internacional..., cit., p. 9).

²⁸ Vide, a propósito, a lição de 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 a 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 de Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às

obrigações internacionais por ele contraídas". (Os direitos humanos como tema global. São Paulo : Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 108).

²⁹ A respeito do "sistema diferenciado", vide o nosso *Direitos humanos & relações internacionais*, cit., p. 153 e ss.

³⁰ Op. cit., p. 94.

³¹ A respeito, é de se ressaltar a lição de Juan Antonio Travieso, citado por Flávia Piovesan, *in verbis*: "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". (*Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires : Editorial Heliasa, 1990. p. 90).

³² Direito constitucional, p. 68.

³³ Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e AGAZZI, Anna Carla. *Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro*: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, coletânea a qual o autor prefacia. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado. 1996. p. 34.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo : Saraiva, 2. v., 1989. p. 396.

³⁶ Cf. ainda TRINDADE, A. A. Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 630-635; e também TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 1. 1997. p. 407-408.

³⁷ *Constituição e relações exteriores*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 162.

³⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. cit., p. 106.

³⁹ *Direito constitucional*. p. 498 e ss.

⁴⁰ Cf. o louvável voto do Juiz Antônio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação nº 613.053-8.

⁴¹ Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. AGAZZI, Anna Carla. *Integração...*, cit.

⁴² Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos, in *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Op. cit., p. 43.

⁴³ Idem, *ibidem*, p. 44-45.

⁴⁴ Apud. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, em voto no Habeas Corpus nº 493.158-0/5 (voto nº 905).

⁴⁵ FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 114.

⁴⁶ Entrevista publicada na revista *Justiça e Democracia*, 1/7, jan./jun. 96.

⁴⁷ Tradução: "(...) por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas, pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais" [tradução nossa].

⁴⁸ Op. cit., p. 83.

⁴⁹ O Habeas Data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 90.

⁵⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, 2. ed. São Paulo : Atlas, v. 3, 1998. p. 46.

⁵¹ Direito constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993. p. 643.

⁵² Idem, *ibidem*.

⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 46/47.

⁵⁴ No original: "Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico." (*Sul fondamento dei diritti dell'uomo*).

⁵⁵ O Habeas Data brasileiro e sua lei regulamentadora, cit., p. 90.

Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada

- em 5 de outubro de 1988, São Paulo : Saraiva, 2. vol. 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- CLAUDE, Richard Pierr, WESTON, Burns H (Editors). *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- FRAGA, Mirtó. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- _____. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Revista dos Tribunais*. [s.l.:s.n.], n. 710, dez. 1994. p. 21-31.
- GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales – parte general*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1990.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota : West Publishing, 1993.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo : Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. 1. ed. Campinas : Agá Juris Editora, 1999.
- _____. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. Campinas : Agá Juris Editora, 2000.
- _____. A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos/Conselho Editorial e de Pesquisa do curso de Pós Graduação em Direito da UFMG, ano 3, n. 4, junho de 2000.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, RAMOS, Nydia Maria Barjas. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* (Divisão Jurídica). Bauru: Instituição Toledo de Ensino/Faculdade de Direito de Bauru, n. 26, ago./nov. 1999. p. 287-346.
- MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford : Clarendon Press, 1984.
- MODUGNO, Franco. *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, s./d.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Atlas, v. 3., 1998.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- _____. *Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, (coord.), conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 1998 (Pesquisas tributárias. Nova série, n. 4).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. v. 4, Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. *Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988*. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- _____. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, s./d.
- _____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, Tomo 52, 1984.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- _____. Procuradoria Geral do Estado. *Boletim do Centro de Estudos*. São Paulo, 22(2):101-130, mar./abr. 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

- SOUZA, Gelson Amaro de. *Processo e jurisprudência no estudo do direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip. *Human rights in context: law, politics, morals*. Oxford/New York : Oxford University Press, 1996.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, v.3, 1997.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires : Heliasta, 1990.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _____. A interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.
- _____. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed., Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, v. 1, 1997.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *La constitución nacional y los derechos humanos*. 3. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1988.
- WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 6. ed., rev., amp. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983.