

JUSTIÇA SUPRANACIONAL OU TRANSNACIONAL

José Sebastião Fagundes Cunha¹

A constitucionalização das garantias processuais significou o primeiro grande encontro dos direitos fundamentais do homem e a forma de instrumentar a proteção efetiva deles.²

O passo seguinte, que é marcado no ponto anterior, assinala a necessidade de conciliar o direito interno com o direito supranacional, que, como resulta natural, significa uma superação do dogma da soberania em benefício da efetiva vigência do Direito.³

O Presidente do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Ministro CELSO DE MELLO, foi à **1ª Conferência Internacional de Direitos Humanos**, realizada em Brasília, de 14 a 17 de setembro de 1997. Falando para um plenário formado por mais de mil pessoas, entre advogados e estudantes de Direito do Brasil e exterior e ouvido por dois detentores do **Prêmio Nobel da Paz** – ADOLFO PEREZ ESQUIVEL e JOSÉ RAMOS HORTA – o presidente da Suprema Corte de Justiça do País fez propostas para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano brasileiro:

Proponho que, esgotada a jurisdição interna, quem se considerar lesado nos direitos fundamentais que a Constituição reconhece possa recorrer aos tribunais ou organismos internacionais constituídos segundo tratados ou convenções dos quais o Brasil, mediante subscrição ou adesão, seja parte. Essa proposta tem por finalidade neutralizar eventual ação diplomática do Estado brasileiro, que, à semelhança do que ocorreu com a não aceitação, por ele, da cláusula inscrita no art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, culmine por recusar a competência jurisdicional da Corte Americana de Direitos Humanos, subtraindo-se, em conseqüência – e não obstante o sentido inequívoco da vontade estatal na norma inscrita no art. 7º ADCT/88 – ao controle internacional em tema de respeito e proteção aos direitos básicos da pessoa humana.

Para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano interno brasileiro, impõe-se – sem prejuízo de outras medidas pertinentes – a adoção de providências, tais como:

¹ Juiz de Direito no Paraná, Mestre em Direito pela PUCSP, Doutor em Direito pela UFPR, Pesquisador do CNPq, Autor do Projeto Filosófico-Didático-Pedagógico do Curso de Direito das Faculdades Integradas dos Campos Gerais, Conceito Geral “A” do MEC na aprovação e no reconhecimento, um dos 14 Cursos de Direito com parecer favorável da OAB – Conselho Federal quando da aprovação. Referência nacional em Direitos Humanos, de acordo com o Parecer da Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico do INEP/MEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Do Conselho da Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais.

² Preciosa observação, segundo Nilmário MIRANDA, é feita por Mário Lúcio QUINTÃO SOARES: “É incontestável, entretanto, que a incapacidade dos Estados para a promoção dos direitos humanos contemplados em seus textos constitucionais conduziu à internacionalização desses mesmos direitos”. Não obstante a isso, conveniente foi constatar que “(...) A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares dos direitos humanos como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais”. QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão*. Brasília : Separata da Revista de Informação Legislativa a. 29. n.º 115 - Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. pp. 88-94. Nilmário MIRANDA, *Op. cit.*

³ VESCOVI, Enrique A. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 11.

a) reconhecimento, sempre em caráter subsidiário, da possibilidade constitucional de acesso à jurisdição internacional, em ordem a permitir que as decisões emanadas de organismos supranacionais possam ser executadas internamente em nosso País;

b) outra explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a reforma introduzida em 1994 (art. 75, n° 22), afastando-se, desse modo, a discussão e a controvérsia em torno do alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil;

c) estipulação, no texto constitucional brasileiro, de cláusula que subordine a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados sobre direitos humanos, à prévia aprovação do Congresso Nacional, à semelhança do que dispõem Constituições da Espanha (art. 92, § 20 e art. 94, §1º, c, da Suécia (art. 4º) e da Holanda (art. 91, § 1º), v. g.⁴

Toma-se igualmente importante, de outro lado, submeter à reflexão geral a necessidade de o Estado brasileiro, agindo no plano internacional, ratificar o Protocolo Adicional Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em ordem a reconhecer a jurisdição do Comitê dos Direitos do Homem, nos casos de reclamações individuais contra alegadas violações aos direitos enunciados nesse Pacto.

Revela-se essencial, ainda, que o Brasil também reconheça a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando, imediatamente, as medidas formais reclamadas pelo Artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Parece-me recomendável, finalmente, propor ao Governo brasileiro que busque reformar, pelas vias juridicamente adequadas, a norma inscrita no Art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o objetivo de atribuir, a qualquer pessoa desrespeitada em seus direitos fundamentais, legitimidade para submeter, diretamente, à Corte Internacional de Direitos Humanos, a pertinente reclamação por alegada violação aos direitos de que é titular.

Busca-se, com tal providência, democratizar o acesso à jurisdição internacional, no âmbito regional do sistema interamericano de defesa dos direitos básicos da pessoa humana.”

Em artigo editado pela publicação dos Juízes para a Democracia, Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, referindo-se à resistência do governo brasileiro em reconhecer a competência da corte interamericana de direitos humanos, declara com rigor: “O reconhecimento incondicionado da competência da Corte não fere a soberania do Estado, mesmo porque o Estado assumiu o compromisso, perante a ordem internacional, de zelar pela prevalência dos direitos humanos na ordem interna e em suas relações com os demais Estados.”⁵

Portanto, a eficaz consagração do princípio constitucional da **prevalência dos direitos humanos** aguarda complementaridade na implementação de um sistema internacional que efetive instrumentos de proteção aos direitos humanos, mediante seu aperfeiço-

⁴ Flávia PIOVESAN, ao advogar a criação de um Tribunal Criminal Internacional Permanente para julgamento de crimes contra a humanidade, em artigo intitulado *Um Tribunal Permanente*, afirma: “Nuremberg atestou que a proteção dos direitos humanos não mais poderia se confirmar ao domínio reservado do Estado, consolidando a idéia de que a forma pela qual um Estado trata seus cidadãos interessa ao mundo e que, por sua vez, os indivíduos têm direitos protegidos na ordem internacional” (PIOVESAN, Flávia C. *Um tribunal permanente*. In: Folha de São Paulo, 3.2 - Caderno Cotidiano, 3/10/96.

⁵ STEINER MALHEIROS, Sylvia Helena. *Reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil: exigência democrática*. In: Juízes para a Democracia – Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo : ano 4, n.º 8, junho/1996. p. 10.

amento, bem como o reconhecimento, por parte das nações, da capacidade processual de seus cidadãos mediante sincera compreensão da integral completitude normativa de Declarações, Pactos, Convenções e Tratados Internacionais ao regimento jurídico nacional.

O almejado reconhecimento da competência das Cortes internacionais, mediante a desobstrução do exercício e as atribuições concernentes à investigação e ao julgamento de violações a direitos humanos deflagrados em território brasileiro, ainda hoje, é enfrentado de forma discordante sob alegação de se preservar a soberania nacional. Equivocam-se, portanto, aqueles que insistem na compreensão restritiva do antigo silogismo jurídico incurso na traiçoeira e incompleta definição de soberania, conforme se verá adiante.⁶

Segundo Nilmário MIRANDA,⁷ pode-se deduzir a motivação da objeção à tese de acolhimento irrestrito das garantias jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos, decorrente dos princípios da universalidade e da indivisibilidade por países violadores de direitos de suas populações (seja por natureza étnica, política, cultural, social ou religiosa), portanto, descompromissados com a preservação integral da dignidade humana de seus concidadãos. Entretanto, aos países que no plano político externo apregoam o aprimoramento e a auto-evolução de sua vida democrática, não há elemento justificador da abstenção ao acolhimento complementar de mecanismos internacionais que visem à defesa dos direitos da pessoa humana.⁸

Não se pretende com essa iniciativa suprimir a legitimidade da ordem jurídica dos Estados nacionais na proteção aos direitos humanos. Ao contrário, aspira-se proporcionar à sociedade elementos estruturais que confirmem a eficácia e a legitimidade de seus direitos, inerentes à própria condição humana, e que, muitas vezes, no ordenamento jurídico disponível terminam por frustrar expectativas, justamente pela ausência de confiabilidade operacional.

Por esses motivos, verifica-se no presente momento histórico a necessária análise revisional do conceito de soberania, conferindo-lhe amplitude democrática, mediante afirmativa presença da cidadania na vida nacional.⁹ O espaço público passa finalmente a

⁶ Em *A violação sistemática dos Direitos Humanos*, Oscar VILHENA VIEIRA, ao expor a ineficácia da ordem jurídica constitucional na monopolização e contenção da violência e do arbítrio, cita Michel FOUCAULT: "ao questionar o paradigma jurídico construído a partir da idéia de soberania, aponta relações de dominação que não decorrem da soberania, mas que são construídas a partir das relações no interior da Sociedade", In: *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro : Graal, 1982. p. 181. (FOUCAULT, Michel, citado por VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direito, cidadania e justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 192.

⁷ *Op. cit.*

⁸ "Surge, no lugar da paz que se fazia do ponto de vista dos príncipes, o anseio por uma paz que se institua da perspectiva dos povos. O eixo dessa novidade é a inclusão dos direitos humanos na agenda internacional. É claro que isso limita as imunidades jurídicas para tratar seus súditos como queira." RIBEIRO, Renato Janine. **Em busca da paz perpétua**. In: Folha de São Paulo, 5.12 - Caderno Mais!, 7/4/96. Em outras palavras, há hoje uma sensibilidade mundial que cada vez mais substitui o termo "súdito" pelo conceito de "cidadão". A mesma proposição lastreia a narrativa de Norberto BOBBIO em *A era dos direitos*. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Uma série de direitos humanos, ligados uns à liberdade (dos direitos liberais), outros à igualdade (os direitos sociais, de cunhagem socialista), outros, enfim à fraternidade (aqueles que o terceiro mundo exigiu), tornaram-se essenciais para definir as relações dos homens entre si, inclusive as internacionais".

⁹ J. A. LINDGREN ALVES, em meticoloso trabalho sobre Direitos Humanos e seu sistema internacional de proteção, descreve ser "*Para muitos analistas do período pós-45, e malgrado as distorções do tema inerentes à Guerra Fria, a inclusão da observância dos direitos humanos entre os propósitos fundamentais das Nações Unidas e a proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representariam uma mudança qualitativa nas relações internacionais. Com elas e com os instrumentos jurídicos delas decorrentes, o homem e a mulher Ter-se-iam tornado sujeitos do direito internacional, ocupando, como 'cidadãos do mundo', um espaço previamente reservado*

dispor de agentes sociais, cada vez mais dotados de consciência e capacitação para propiciar eficácia normativa e operacional de observância dos valores básicos dos seres humanos.

Prossegue, todavia, a consolidação de um novo paradigma marcado pela preponderância dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana necessita ainda de nítida recepção por parte dos Estados nacionais da doutrina internacionalista, que, por sua vez, prescinde, para sua plena eficácia, da formal aceitação de competência das cortes internacionais de direitos humanos. O que acontece, contudo, é que essa decisão decorre, evidentemente, do real comprometimento político em relação à excelência da referida matéria.

Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,¹⁰ em conferência ministrada aos Juízes Federais, em evento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afirma que o Brasil ainda não reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Portanto, em nível jurisdicional internacional, não existe a possibilidade do Brasil ser questionado. A adesão àqueles sistemas jurisdicionais internacionais tem sido cobrada por diversas entidades que tratam da proteção dos direitos humanos. Em diversos congressos o assunto tem sido discutido. Recentemente, por exemplo, houve, aqui em São Paulo, um Congresso Internacional de Juízes, que foi organizado pela Associação Juízes para a Democracia, e nesse congresso foram tiradas algumas conclusões, uma das quais é, exatamente, a de que o Brasil deveria aderir às duas Cortes Internacionais, ou seja, aceitar a jurisdição delas. Foi feita, inclusive, uma moção especial ao Presidente da República, no sentido de que o País reconhecesse a jurisdição daqueles tribunais internacionais.

Existem outros meios de monitoramento internacional da questão dos direitos humanos. Há os chamados procedimentos confidenciais e os procedimentos de relatoria temática, no âmbito da ONU, ou seja, sistemas de acompanhamentos que não são jurisdicionais, mas que geram sanções em nível de reprovação do país, quando ocorrem episódios de violação dos direitos humanos.

O Brasil, sob o regime militar, em 1974 e 1975, já foi considerado em procedimento confidencial. Nunca foi monitorado por relator especial, mas isso tem sido falado ultimamente. Várias ONGs têm cobrado que a ONU mande um relator especial para verificar a questão de direitos humanos no Brasil, sobretudo tendo em vista a questão da violência, que implica violação de direitos humanos de forma disseminada. Já foi citado e já foi objeto de controle, também, por parte da ONU, pelo sistema de relatoria temática, quanto às questões dos desaparecidos, assassinatos de menores e tratamento de presos. A relatoria temática toma um determinado tema e diversos países são investigados quando violam direitos humanos atinentes àquele tema.

No âmbito da OEA também é possível a sanção política, através da Co-missão Interamericana. Essa Comissão monitora os direitos humanos, verifica casos de violação por qualquer Estado parte da OEA e inclui o nome do país num índice de países violadores de direitos humanos, de países em que o Estado não trata adequadamente de punir os casos de violação de direitos humanos. Isto causa, evidentemente, um desgaste muito grande ao país, porque se trata de uma sanção política que tem influência nas relações internacionais do país. E até mesmo países que não tenham aderido à chamada Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José, podem ser monitorados

apenas aos Estados." LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global.** Brasília : Perspectiva, 1994. p. 37.

¹⁰ Disponível na íntegra, via internet, home page do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

pela OEA quando forem acusados de violação de princípios consagrados na Declaração Americana dos Direitos do Homem, que é de 1948. A Comissão Interamericana inclui no informe que apresenta à Assembléia-Geral da OEA, anualmente, a lista dos países que são considerados violadores dos direitos humanos.

João Miguel MADUREIRA e Isabel Marto MARTINS esclarecem a respeito do SISTEMA DE PROTEÇÃO INSTITUÍDO PELA CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM, donde extraímos:

Introdução.

O processo de apresentação de uma queixa.

Como apresentar uma queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Introdução.

18 anos volvidos sobre a aceitação por Portugal do sistema de proteção dos direitos individuais criados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem, é esta ainda pouco conhecida dos juristas e dos cidadãos em geral.

Ao esforço de divulgação promovido pelo Conselho da Europa, bem como àquele que vem sendo desenvolvido, aqui e ali, pelas entidades nacionais, junta-se esta nova contribuição, que visa, de uma forma que se pretende simples, dar a conhecer como funciona o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais e, em especial, o que se deve fazer para dirigir uma queixa, em caso de violação dos direitos previstos por esta Convenção, ao órgão competente por esta instituído: a Comissão européia dos Direitos do Homem.

Em 1978, Portugal ratificou a Convenção Européia dos Direitos do Homem, ficando desde então a fazer parte do sistema internacional considerado mais avançado na proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

*Consagrando um conjunto de direitos de diversa natureza (direitos civis, políticos, econômicos e culturais), a Convenção instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, através da criação de órgãos internacionais independentes que têm por missão apreciar as queixas relativas à violação, pelos Estados parte, dos direitos previstos na Convenção: **A Comissão Européia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.**¹¹”*

O processo de apresentação de queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem

No exame de admissibilidade da queixa pela Comissão a queixa é apresentada perante a Comissão Européia e pode, após uma primeira apreciação, ser arquivada ou considerada inadmissível, senão tiverem sido apurados os fatos que revelem violação de direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, ou se não estiverem preenchidos os requisitos que a Convenção impõe para que a queixa seja admitida.

No caso de ter sido considerada admissível a Comissão procede à tentativa de solução amigável.

Se houver acordo do Estado e do queixoso, poder-se-á encontrar uma solução amigável para o litígio. Se não, a Comissão continua a apreciação da queixa até concluir por um relatório da Comissão.

Este relatório, que se pronuncia sobre a existência ou não de violação da Convenção, é enviado ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa que decide se houve ou não

¹¹ Disponível na Internet.

violação por parte do Estado, podendo fixar uma indenização, a conceder por este ao queixoso, como forma de reparar a violação da Convenção. Porém, se no período de três meses após o envio do relatório ao Comitê de Ministros a Comissão ou o Estado solicitarem a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Será este órgão, após uma nova apreciação do caso, a decidir, podendo igualmente arbitrar uma indenização como forma de reparar a violação da Convenção.

Como apresentar uma queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

Antes de dirigir a queixa à comissão convém lembrar que o sistema de proteção instituídos cobre um grande conjunto de direitos e liberdades. No entanto há outros que, embora reconhecidos por outros instrumentos internacionais ou pela lei interna, não estão expressamente consagrados na Convenção. Portanto, certifique-se, antes de mais, de que os direitos ou liberdades de cuja violação se queixa estão consagrados na Convenção ou protocolos adicionais.

Por outro lado, a Convenção visa a proteção dos direitos do Homem relativamente a atos praticados pelo Estado ou da sua responsabilidade. Estão em princípio fora do âmbito da Convenção, os atos violadores dos direitos do Homem praticados por particulares em que o Estado não possa, direta ou indiretamente, ser por eles responsabilizado.

Assim, certifique-se de que os atos violadores dos seus direitos são da responsabilidade do Estado.

É igualmente necessário que aquele que se queixa seja ele próprio vítima direta da violação.

Nos termos da Convenção, podem queixar-se à Comissão, no caso de violação dos seus direitos por parte do Estado, todas as pessoas dependentes da jurisdição deste: pessoas singulares ou coletivas (sociedades, associações), nacionais, estrangeiras e mesmo apátridas...

No entanto e regra geral, só aqueles cujos direitos e liberdades foram violados, ou alguém em sua representação, têm legitimidade para se queixar, sendo necessário que a violação tenha efetivamente ocorrido, ou nalguns casos esteja na eminência de o ser, e não tenha obtido das autoridades do estado reparação considerada suficiente.

E ainda, a Comissão só pode apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país, todos os meios que a lei lhe faculta para tentar remediar violação. Assim, Verifique se utilizou todos os meios de recurso ou quaisquer outras vias judiciais ou administrativas susceptíveis de pôr cobro ou reparar devidamente a violação.

Por outro lado, a Comissão só pode receber queixas que lhe sejam apresentadas até seis meses após a decisão definitiva. Assim, atenção, não deixe passar mais de seis meses desde a decisão definitiva, para fazer chegar a queixa à Comissão.

A Comissão não pode apreciar queixas anónimas, nem queixas que sejam essencialmente as mesmas que uma queixa anteriormente examinada pela Comissão ou já submetida a outra instância internacional.

Para apresentar uma queixa à Comissão Europeia do Direitos do Homem basta escrever uma carta para: Comissão Europeia dos Direitos do Homem. 67006 Strasbourg Cedex – FRANCE, descrevendo pormenorizadamente os fatos que determinaram a violação; e não se esqueça de escrever o nome, (uma vez que a Comissão não pode apreciar queixas anónimas), e a morada (porque, freqüentemente, a Comissão solicita, na resposta, novos elementos e, se houver necessidade, o preenchimento de formulário próprio, com vista a mais facilmente obter os elementos de informação indispensáveis à apreciação da queixa)!

Se necessário, a Comissão poderá conceder assistência judiciária gratuita ao requerente para o ajudar a apresentar a sua pretensão.

Roberto MENDES MANDELLI JÚNIOR e Victor Hugo ALBERNAZ JÚNIOR, Procuradores do Estado de São Paulo e Membros do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE, em artigo na Internet, a respeito do Reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, afirmam:

Com o objetivo de consolidar no Continente Americano, dentro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, proporcionando a criação de condições que permitam à cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos, de acordo com o que reza a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Estados Americanos assinaram, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como "Pacto de San José de Costa Rica".

*A Convenção encontra sua importância, ao lado de outros tratados internacionais, na ampliação das garantias institucionais à defesa e respeito aos essenciais direitos da pessoa humana, reconhecendo que esses direitos ultrapassam os limites de Estados nacionais, tendo como fundamento os próprios atributos do homem. Entre outras disposições, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos criou a **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**, responsáveis pelo conhecimento de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes.*

*A **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, sem dúvida, foi uma das criações mais importantes desta Convenção, constituindo-se em órgão jurisdicional especializado em dirimir conflitos em que estejam presentes violações aos direitos humanos, mormente aqueles protegidos pelo "Pacto de San José", determinando que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, inclusive com a reparação da medida que configurou a violação, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.*

*Constitui-se a Corte instância fundamental de proteção e garantia dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas, atuando de forma complementar aos órgãos de jurisdição dos Estados membros, sem contudo suprimi-los. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana, o Brasil aderiu à Convenção sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992. **Tal adesão, contudo, não foi completa, uma vez que o Brasil deixou de reconhecer e aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, criada pelo Pacto de San José, ao contrário de outros Estados signatários da Convenção, como a Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.*

No mister de solidificar a Democracia que qualifica o atual Estado de Direito brasileiro, entidades governamentais e não-governamentais deflagraram campanha nacional para o reconhecimento pelo Brasil da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vindo ao encontro do Plano Nacional dos Direitos Humanos, o qual, com destaque, condiciona a democracia ao respeito aos direitos referidos. O reconhecimento desta instância internacional traduz-se em desenvolvimento qualitativo das garantias dos direitos individuais e coletivos enunciados na Constituição pátria e nos tratados internacionais, conclamando a participação do todo da sociedade política e da sociedade civil."

De maneira que, para conseguir determinar o alcance preciso da proteção processual internacional, será imperioso resolver alguns questionamentos que plantea o caráter soberano das Nações e, em especial, o grau de subordinação que tem com as normas supraestatais.

Em matéria de direitos humanos o importante será advertir que a proteção é genérica e condicionada a um grupo de princípios baseados em uma interpretação comum daqueles que se entendem como direitos da humanidade. Na realidade, chegar a uma inteligência geral advém obrigatória na plasticidade necessária para adjetivar o mecanismo de defesa, pois os direitos humanos não refletem de nenhum modo as condições históricas de uma sociedade determinada, posto que os valores que expressam se podem encontrar, de uma forma ou de outra, em todas as doutrinas políticas, sociais e religiosas.¹²

O caráter ideológico dos direitos protegidos não é então permanente, no entanto sofre as contingências de um mundo que varia constantemente e que, na mutação, vai outorgando privilégios a pessoas, interesses e direitos que surgem da relação comunitária (V. gr.: o direito a paz, o direito a saúde, a proteção ecológica, etc.).¹³

Não significa isso que a transformação social abandone ou postergue direitos que antes reconhecia e preservava, se desqualifiquem, senão que o novo rumo do direito vai incorporando esses interesses novos que é preciso resguardar em todo âmbito.

Haverá valores dogmáticos que não sofreram modificações intelectivas, como pode ser a liberdade e a justiça; outros, quiçá, reconheçam leituras diversas segundo o lugar onde se expressem, como o direito de opinião; o de proteção da intimidade. Contudo, todos eles falaram de sentir um espírito comum de interpretação sob o prisma do direito transnacional.

¹² VASAK, Karel. *Hacia una legislación internacional de los derechos humanos*, in *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, p. 870.

¹³ “**TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO HUMANOS** - A Anistia Internacional vem propugnando a aceitação pelo Estado Brasileiro da jurisdição em nosso país da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que faz parte de tratado internacional por nós assinado em 1992. Isto significa que as violações de direitos humanos aqui verificadas poderão ser julgadas por aquela corte e, no dizer de seus defensores, de forma a adotar as medidas pertinentes à restauração ou à reparação do direito violado. Devemos cerrar fileiras em prol do bom sucesso desta campanha. Apesar do que dispõe a Constituição Federal admitindo nossa vinculação ao tribunal em questão, há de fato necessidade de lei complementar para discipliná-la, esmiuçando as hipóteses de suas incumbências, e esta lei deverá ser feita pelo Congresso Nacional. Em caso, porém, de se omitir o Poder Legislativo em legislar sobre a autoridade deste Tribunal entre nós, a matéria poderá ser disciplinada pelo próprio Poder Judiciário, via mandado de injunção. Melhor idéia não poderia haver. O segredo da Justiça justa é o juiz livre. No Brasil já se sabe quão poderosos são os interesses que ocultam as violações de direitos humanos. Poucos juízes os desafiam e já houve época em que nenhum deles os ousou desafiar, nas não distantes ditaduras do Estado Novo e do Ato Institucional n.º 5. As razões para tanto são várias e não nos importa agora discutí-las. Vão do comodismo vergonhoso até mesmo à absurda boa-fé dos cegos de espírito. O certo, porém, é que não conheço quem não conheça uma grave violação de direitos humanos no Brasil. Quem quiser que procure e vai achá-la até entre membros das famílias da chamada elite brasileira. Veja-se o caso do deputado Rubens Paiva ou o que sofreram líderes socialistas e membros do grupo do jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, na ditadura de Vargas. Tudo está bem claro e comprovado... Houvesse um tribunal internacional para julgar e punir aquelas atrocidades e, certamente, elas não teriam ocorrido. Os juízes de sua corte não estariam sujeitos às mesmas pressões que os brasileiros e muitas de suas violências poderiam ser coibidas e reparadas. Alguém dirá ser utopia porque as violações somente ocorreriam em regimes que não aceitassem a jurisdição da Corte e a Constituição Federal. Tal, no entanto, não é verdade. As violações de direitos humanos não são somente de ordem política, como ocorre nos casos de tortura a suspeitos da prática de crimes comuns. E não se pode esquecer... diretamente aqui acontecimentos verificados nos centros mundiais que nos servem de referência para conduta. Avancemos, assim, o novo ano, buscando a Justiça de um tribunal internacional de direitos humanos. Aí está um magnífico desafio.” SAMPAIO GOUVEIA, Luiz Antonio, advogado e conselheiro da OAB/SP, ex-conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo, sócio efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo e membro do escritório de advocacia de JOSÉ ROBERTO BATOCHIO. E-Mail: sampa@uol.com.br

É dizer, que enquanto os Estados podem corresponder o exercício dos direitos a sua legislação interna, poderá obter-se uma dimensão supranacional de justiça quando seja o mesmo Estado o que admita a jurisdição internacional, subordinando seu ordenamento jurídico e as disposições que regem o direito transnacional e tolerando um novo marco de composição baseado no espírito de colaboração e reciprocidade entre as Nações.¹⁴

Princípios e pressupostos da jurisdição transnacional

Os direitos humanos consagrados na Cartas Internacionais que se foram sucedendo desde 1948 até nossos dias conferiram uma hierarquia especial aos reconhecimentos ali fundados, toda vez que os eleva a uma categoria que os coloca por cima do direito interno.

As declarações efetuadas tem um valor persuasivo que destacam a conveniência de atribuir um tratamento comum a cada um dos direitos que se reconhecem como fundamentais.

O princípio essencial que se funda a jurisdição transnacional se baseia nesse caráter único de intelecção que adquiriram os direitos humanos. Existem valores comuns que subministram um objetivo e uma idéia principal na qual convém subordine-se sob a tutela de um tribunal supranacional.

Os pressupostos, por sua parte, obram como mecanismo de reservas dos Estados. Por exemplo, para designar a jurisdição interna como última expressão que obtém o jurisdictionado, se requer na contraparte reciprocidade no submetimento. Tal é o caso da nação Argentina ao aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim mesmo, é comum encontrar como requisito de admissibilidade da proteção internacional o requisito de haver esgotado os recursos internos, de modo tal que, o Estado denunciado tenha oportunidade efetiva para sanear em seu meio a violação de que se trate.

Problemas processuais da jurisdição transnacional

Na Argentina os direitos e liberdades reconhecidos pelo Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado a legislação interna através da edição da Lei 23.054 pela qual se reconhece a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por *tempo indefinido*, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos a interpretação e aplicação da Convenção, sob condições de reciprocidade.

No Brasil, ao que consta, não reconhecida a submissão a Corte Interamericana, levando a impossibilidade de apreciação pela mesma de casos polêmicos que estão na jurisprudência, em especial, julgados do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, liberdade provisória, prisão civil e outros.

¹⁴ “Entretanto, a união pretendida pelos países do MERCOSUL, ainda que limitada simplesmente a um mercado comum, necessita de instituições comuns permanentes. que superem o atual estágio de instituições intergovernamentais de coordenação do processo de integração e, mais (1) de um conjunto de normas jurídicas com características supranacionais. de caráter vinculante para os Estados e cidadãos, ao lado de (2) um Tribunal de Justiça que possa aplicar as normas jurídicas supranacionais com independência e imparcialidade, de maneira a dar segurança jurídica as relações entre governos, empresas e particulares no MERCOSUL.... O Direito Comunitário apresenta também institutos próprios, como o *reenvio prejudicial (reenvoi prejudiciel)*, através do qual uma magistrado local, se tiver dúvidas quanto a aplicação de uma norma comunitária, pode enviar uma consulta ao Tribunal da Comunidade Européia, em Luxemburgo, antes de decidir.” Cf. LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. Conferência citada.

Na Argentina a nova instância de jurisdição supraestatal¹⁵ provocou algumas mudanças em institutos processuais de tradição conhecida, ao ponto de comover suas estruturas para encontrar o caminho acertado que define a transnacionalidade.

Jurisdição

A Corte Nacional argentina tem entendido que, a exegese da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constitui – em princípio – uma questão federal, dado que envolve uma matéria que corresponde aos poderes próprios do Congresso Nacional, como é a regulamentação da liberdade pessoal mas ao estritamente processual; assinalando que ao incorporar-se o Pacto de São José da Costa Rica ao direito interno e prevendo aquele a intervenção de organismos internacionais nos assuntos internos do País, *'puede dar origen a cuestiones que comprometen la personalidad internacional de la Nación cuyo arreglo corresponderá, evidentemente, al gobierno federal.'*¹⁶

A presença de um tribunal jurisdicional, ao que se lhe reconhece competência para interpretar e aplicar as normas da Convenção, leva a dilucidar se não se está conferindo uma prorrogação de jurisdição oposta ao princípio constitucional da Constituição argentina, então em vigor, que nos falava da improrrogabilidade da jurisdição federal.

Dado que a Carta Fundamental de 1853 possibilitava ao Estado submeter-se a tribunais quando estes fossem criados pela própria Constituição; quando o reconhecimento da competência externa fosse voluntária; o problema está centralizado em resolver se existe contradição na norma superior ao outorgar uma competência federal improrrogável e conferir voluntariamente a própria.

Com sérios fundamentos se responde que – como princípio – *'no resulta inconstitucional que por vía de ratificación de un tratado internacional el Estado federal se someta en forma voluntaria a tribunales que no han sido creados por la Constitución; es decir, que no pertenecen a nuestro Poder Judicial, máxime teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisdicción de la Corte Interamericana no es plena, sino que está subordinada a la condición de reciprocidad. Cabe acotar que si bien la Constitución no prevé expresamente la sumisión a un tribunal internacional, tampoco lo prohíbe, por eso es que puede admitirse que nuestro Estado se someta a tribunales internacionales de modo similar a como lo hace con la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros.'*¹⁷

O artigo 100 da Constituição argentina em vigor à época, impedia prorrogar a jurisdição quando se trate de interpretar os tratados internacionais subscritos por aquele País, entretanto, necessariamente, há que se ambientar a circunstância em que se expressa a Carta Magna, pois a seu tempo dita prorrogação somente poderia ser estabelecer-se em favor de tribunais estrangeiros, ou seja, de outro Estado, e nunca de tribunais internacionais como a Corte Americana de Direitos Humanos.¹⁸

Se a ele agregamos que a intervenção deste Tribunal está condicionada ao conhecimento prévio da jurisdição nacional e ao esgotamento dos recursos internos que sejam efetivos para assegurar o devido processo que lhe assiste ao denunciante, pode coligir-se que não há verdadeira prorrogação, porque *"la prórroga supone que en vez de ser juzgado un caso por tribunales argentinos, lo sea por tribunales no argentinos. Acá no se da la sustitución de nuestra jurisdicción por otra, sino que se abre una jurisdicción interna-*

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo II, p. 495

¹⁶ C. S. julio 28/987, Firmenich Mario Eduardo, en La Ley, sup. 13.11.87.

¹⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. *La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, viola la Constitución Argentina?* ED, 118/980.

¹⁸ *Ibidem*, p. 981.

cional 'después' de agotada la argentina, a la que nos se le sustrae la decisión interna.¹⁹”

Supremacia da norma transnacional²⁰

A hierarquia 'legal' dos tratados que se incorporam ao direito interno de um país, da origem a que disputem na doutrina duas conclusões bem diferenciadas: a) o *monismo* e b) o *dualismo*. Segundo a primeira, entre o direito internacional e o direito interno existe unidade de ordem jurídica e, por conseqüência, unidade do sistema de fontes, com o que, as fontes de direito internacional automaticamente quedar-se-iam convertidas em fontes de direito interno. Para a segunda, *“en cambio, los órdenes jurídicos nacional e internacional funcionan en forma independiente e incomunicada, de manera que las fuentes del segundo no funcionan directamente como fuentes del primero sino que hace falta una fuente interna de recepción al derecho internacional.²¹”*

De acordo com cada uma das orientações, se deduz a prevalência dos acordos internacionais sobre as normas fundamentais.

Sobre tal tema, qual seja, ao da adoção dos direitos e garantias, decorrentes dos tratados internacionais, em que nosso País seja parte, vale lembrar magnífico voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,²² onde S. Ex^a. nota:

...as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e encontram-se em vigor, no Brasil, a contar dos Decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno...” ...Dá assim, o Supremo Tribunal Federal primazia às fontes internacionais nos termos que antes expusemos.

O saudoso professor Haroldo VALLADÃO²³ nos ensina, lembrando o Ministro do Supremo Tribunal Federal PHILADELPHO AZEVEDO (que, após aposentar-se, tornou-se Juiz da Corte de Justiça Internacional):

¹⁹ *Ibidem*, p. 981.

²⁰ In LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO INTERNO, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma que *“La pregunta que se plantea en el título del presente estudio – la Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno – suscita de inmediato la cuestión más vasta de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Bajo esse rótulo común de ‘Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno’ se estudian en general dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, por un lado, y por el outro la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas. Se trata, sin embargo, de dos cuestiones que, del punto de vista lógico, pueden perfectamente distinguirse y el estudio gana en claridad si se analizan separadamente. Lo que contribuye a la confusión es el uso común e indiscriminado de la dicotomía ‘monismo – dualismo’ respecto de estas dos cuestiones diferentes. La primera cuestión consiste en determinar si el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos tan separados e incomunicados que, a falta de una norma legislativa interna que opere una “transformación”, los individuos no pueden ser alcanzados por las reglas del Derecho Internacional o si, por el contrario, existe una inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, admitiéndose entonces la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho Internacional por los tribunales judiciales y las autoridades administrativas internas. La etiqueta de ‘dualismo’ debe reservarse para la primera posición y el término ‘monismo’ para la Segunda. La segunda cuestión, que es totalmente distinta, no concierne la separación o inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, sino su jerarquía: en caso de conflicto entre normas de Derecho Interno, cuál es la que prevalece? Aquí nada tiene que ver la dicotomía monismo-dualismo.”* ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. (Prof. de Derecho Internacional Público e ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça) **Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Motenvidéu : FCU, 1988, pp. 27-8.

²¹ HYNES, Luísa María. *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos*, in *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, p. 98.

²² (RE n.º 80.004-SE, "in" RTJ 83, páginas 803/817),

²³ *Direito Internacional Privado*. 3ª Ed., 1971, p. 96.

A referência que faz à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supra nacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional.

KELSEN, em sua magnífica obra ***Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes***, publicada, originalmente, em 1920, tratou de dimensionar a questão da soberania nacional, perante o Direito Internacional. Segundo o grande mestre, os adeptos da perspectiva monista sustentam a unicidade da ordem jurídica, com a integração entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. A doutrina monista apresenta duas ramificações: o monismo internacionalista e o monismo nacionalista. No primeiro caso, a unicidade se dá sob o primado do Direito Internacional, ao qual se ajustariam todas as ordens jurídicas internas. Já o outro ramo supõe o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica, a adoção dos preceitos de direito internacional decorre de faculdade discricionária.

KELSEN, claramente, com convicção, de forma absolutamente objetiva, escolheu a visão monista internacionalista.²⁴

Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais.

O fundador da escola dualista, o jurista alemão TRIEPEL, comparava o Direito Internacional a um marechal de campo, que pode dar ordens aos generais, porém, não aos soldados. Em sua tese, os indivíduos não podem jamais ser obrigados, nem beneficiados pelas normas de Direito Internacional: somente o Estado é o obrigado ou favorecido por elas, em suas relações com outros Estados.

A fim de alcançar ao indivíduo a norma de Direito Internacional deve ser transformada em disposições de Direito Interno, sejam leis ou medidas administrativas. A determinação de se um Estado segue esta doutrina dualista ou, pelo contrário, admite a incorporação automática de normas internacionais em seu ordenamento interno, não é questão regida pelo Direito Internacional Público, senão que resulta de uma opção que faz o Direito Constitucional de cada Estado. O estudo comparativo das normas vigentes no Direito Constitucional contemporâneo a respeito do tema evidenciam uma preferência definida na maioria dos Estados pela doutrina monista da incorporação automática das normas internacionais no direito interno, sem necessidade da transformação que queira TRIEPEL. E isto ocorre tanto a respeito das normas internacionais que emanam de tratados, como das regras de Direito Internacional consuetudinário. O Direito Constitucional comparado revela distintos métodos para alcançar este objetivo. É freqüente que as Constituições da segunda pós-guerra contenham uma disposição estabelecendo que os tratados, ou com maior latitude, as regras gerais de Direito Internacional são parte do Direito do Estado. Em outros países, a falta de norma constitucional expressa, tem sido a jurisprudência quem a tem estabelecido no princípio de que **o direito internacional é parte do direito do país** ("*part of the law of the land*"). Na maioria dos Estados, hoje em dia, as normas de Direito Internacional podem alcançar diretamente o indivíduo, de maneira que cabe dizer que o Direito Internacional não só rege entre os Estados, senão também dentro dos Estados. Hoje, países que permanecem atados à escola dualista,

²⁴ Cf. Antonio Carlos MALHEIROS, Declaração de Voto Vencedor, Ag. Inst. n.º 672.264/5, S. J. Rio Pardo – 1º TAC-SP.

ya sea respecto de todas las normas internacionales o, por lo menos, respecto de aquellas que se originan en tratados, pues requieren un acto legislativo de transformación a fin de aplicarlos internamente. Es así posible que un Estado adopte la posición monista respecto de las normas de origen consuetudinario y la tesis dualista con respecto a los tratados, como sucede en Inglaterra, por ejemplo. Es también lógicamente posible adoptar la posición opuesta. En el Uruguay ha primado la posición monista, tanto respecto de las normas internacionales de origen consuetudinario como de aquellas que emanan de tratados. Respecto de las primeras, la Suprema Corte ha hecho aplicación directa de normas internacionales de origen consuetudinario, por ejemplo las que consagran la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros, a fin de excluir al Embajador de Francia de los efectos de una moratoria judicial. (La Justicia Uruguaya, t. II, p. 312-318) Y esto se hizo en una época en que no había ley interna ni tratado en la materia.²⁵

Norberto BOBBIO, em seu primoroso Dicionário de Política, contrapõe-se ao apego conceitual verificado no monolítico entendimento das funções e atribuições tradicionais do Estado moderno:

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica, quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional.

Para o fim desse monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto político, quer no ideológico. Está desaparecendo a plenitude do papel estatal, caracterizado justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.(...) O movimento por uma colaboração internacional cada vez mais estreita começou a desgastar os poderes tradicionais dos Estados soberanos. (...) As autoridades 'supranacionais' têm a possibilidade de conseguir que adequadas Cortes de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito 'supranacional' deva ser aplicado pelos Estados em casos concretos.²⁶

Citando aquela frase de BOBBIO, no sentido de que, hoje, os direitos humanos estão muito mais relacionados a uma questão política do que a uma questão filosófica; ou seja, hoje, não se trata mais de justificar os direitos humanos filosoficamente, senão de, politicamente, cobrar a aplicação das normas relacionadas com os direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, não prolatou decisão recente a respeito do assunto. O *leading case* (Rec. Ext. 80.004), que reiteradamente é citado na doutrina, **é de 1977** – portanto, por evidente, em muito anterior à Constituição de 1988 e sob um regime de exceção -, **em questão que não envolvia propriamente Direitos Humanos**, mas, a questão dos tratados internacionais. O *leading case* afirma a convicção de que tratados internacionais são equivalentes a leis, ou seja, que aqueles não têm *status* constitucional. Este julgado tem sido alvo de diversas críticas, críticas contundentes e procedentes, tanto para Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,²⁷ sobretudo por parte do Professor Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, conforme veremos adiante.

²⁵ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 28-9.

²⁶ BOBBIO, Norberto e outros. Dicionário de política. v. 2. Brasília : Universidade de Brasília, 1995. p. 1187.

²⁷ Cf. Conferência citada.

Na Argentina, a estrutura constitucional e alguns princípios fundamentais esboçados nesta, antes da derradeira reforma, permitiam afirmar que a supremacia estabelecida no art. 31, não cede ante as normas de direito internacional.

Aclara BIDART CAMPOS, que “*nuestra Corte sostiene, por su parte, que entre tratados y leyes internas no existe prioridad de rango, y que tratándose de normas de igual nivel dentro de orden jurídico interno, debe aplicarse el principio de que las posteriores derogan a las anteriores.*”²⁸

OSVALDO GOZAÍNI, contudo, afirma:

Sin embargo, discrepa el eximio profesor, con quien compartimos estas conclusiones:

*Si tenemos un **tratado anterior** y una **ley posterior**, ésta no puede prevalecer, porque el principio básico del ‘pacta sunt servanda’ impide que nuestro país altere unilateralmente el tratado, lo que equivaldría a una denuncia del mismo. No resultaría suficiente que, dando prioridad a la ley en tales condiciones, aceptaríamos asumir la responsabilidad internacional de nuestro estado frente ao outro o a los outros.’*

*Ahora, ‘si tenemos una **ley anterior** y un **tratado posterior** también prevalece el tratado, en cuanto es la última expresión de voluntad normativa del Estado.’*

*La incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incide materialmente en la escala jerárquica que se asigna a los derechos fundamentales. Materialmente porque, cuando el art. 2º del Pacto de San José establece que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente – que son todos los que consagra la propia Convención – deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, y, en caso de no encontrar-se ya garantizados en ellos, debe hacerse mediante las disposiciones legislativas o de outra índole que han de adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país; se están dando instrucciones para **crear derecho** o bien para aplicar directamente las normas del Pacto sin necesidad de reglar con medidas internas.*

*En uno u outro caso los artículos de la Convención que declaran un derecho o una libertad se elevan sobre la Constitución, pero no agreden su supremacía, pues la relación normativa entablada se ofrece en el marco del **derecho comunitario**, es decir, de la integración de un Estado en una comunidad supraestatal, debiendo armonizarse el derecho interno con las reglas transnacionales; y permitiendo a los jueces en el campo de la interpretación constitucional establecer la justa expresión y alcance del derecho internacional.*²⁹

Deste modo poderiam conciliar-se, sem alterar o respeito a Carta Fundamental as normas da Convenção com aqueles princípios infraconstitucionais de direito interno; ou com qualquer situação jurídica objetiva ou subjetiva que freqüentam ambos tipos de declaração – constitucional ou supraconstitucional.

A Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 18.596, de 22 de outubro de 1929, também diz em seu artigo 10:

Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar suas estipulações, senão com o acordo pacificamente obtido dos demais contratantes.

Conforme assevera a Procurador Regional da República (São Paulo) Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, “isto de não cumprir tratados internacionais é coisa séria”.³⁰

²⁸ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, p. 104.

²⁹ Ver a respeito a série de casos exemplificativos de sucessos desta ordem que mostra BIDART CAMPOS, in *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdiccional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 61 e segs.

³⁰ Cf. *Conferência A Prisão Civil e os Tratados Internacionais*, de Antonio Carlos Malheiros, no TRF da 3ª Região.

No art. 11, deste mesmo Tratado, assinado em Havana em 1929, e lei aqui no Brasil está escrito:

Os tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda quando se modificar a Constituição interna dos Estados contratantes.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, tem dispositivo expreso no seu artigo 27:

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

A respeito da autoexecutividade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma:

Otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable ("self-executing") es la relativa a derechos humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas "(self-executing). Hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana. Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o la fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y 21(3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias. Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores, es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

A Corte Interamericana já explicou muito bem a razão de ser de toda Convenção sobre Direitos Humanos, na sua opinião consultiva de 24.09.1982, sobre a entrada em vigor da Convenção. Disse a Corte:

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 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.

Como relembra a mesma opinião consultiva, o carácter especial destes tratados tem sido igualmente reconhecido pela Comissão Européia de Direitos Humanos, que disse:

el propósito de las Altas Partes contratantes no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.

Os Estados Unidos da América, contudo, sustenta que os preceitos da Parte I da Convenção Interamericana de Direitos Humanos não são executáveis por si mesmos ("self-executing"). Fundam esta tese no texto do Artigo 2 da Convenção que diz:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

No informe da delegação dos Estados Unidos na Conferência de São José de Costa Rica que adotou a Convenção Interamericana se disse, ao comentar o artigo 2, que "no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos".³¹

Com base nesta disposição do Artigo 2, o Poder Executivo dos Estados Unidos, ao enviar a Convenção ao Senado, requerendo seu consentimento prévio na ratificação, assinalou que:

la Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención. (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente", esto es, no son "self-executive".

A respeito do entendimento sustentado pelos Estados Unidos ARÉCHAGA afirma peremptoriamente: "Esta tese é inadmissível."³² Segundo ele:

La declaración que se propone al Senado no sería una declaración interpretativa, sino una reserva, pues altera el efecto jurídico de las obligaciones asumidas en la Convención. Estados Unidos se colocaría en la cómoda situación de ser parte de la Convención, con todos los derechos que esa calidad apareja, incluida la facultad de denunciar violaciones en otros Estados Partes, y en cambio, no quedaría obligado sino en la medida que su legislación interna se fuera ajustando a las exigencias de la Convención. Conforme al Artículo 75 de la Convención, serían aplicables a esa eventual declaración de Estados Unidos los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Tratados.

Estos preceptos exigen que la reserva sea compatible "con el objeto y el fin del tratado" y requieren además que ella sea aceptada por los demás Estados partes.

A opinião consultiva da Corte Americana de Direitos Humanos de 29.08.1986 trata da "la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" estabelecido pelo Artigo 14, inciso primeiro, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Governo de Costa Rica solicitou a Corte uma opinião consultiva sobre a interpretação e alcance do Artigo 14(1) em relação com os Artigos 1.1 e 1.2 da Convenção.

O Artigo 14(1) dispõe o seguinte:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se diri-

³¹ L. B. Sohn y Th. Buergenthal, International Protection of Human Rights, p. 1365.

³² *Op. cit.*, p. 41.

jan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

Costa Rica explicou à Corte que solicitava a opinião consultiva *“debido a que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser coneretamente ejercido.”*³³

Como se vê, o Governo de Costa Rica planteou claramente na Corte a questão do caráter executável por si mesmo (*“self-executing”*) do Artigo 14(1) da Convenção.

Contra o caráter executável por sí mesmo (*“self-executing”*) deste preceito se invocava o argumento de que a frase *“en las condiciones que establezca la ley”* somente facultaria aos Estados partes a criar por lei o direito de retificação ou resposta, sem obrigações a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule.

A Corte rechaçou este argumento, e afirmou que a Convenção consagra um direito de retificação ou resposta em favor de toda pessoa, em base a que *“el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”* Chegou assim à opinião unânime no sentido de que o Artigo 14(1) *“reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible”*

A opinião consultiva agrega que a frase *“en las condiciones que establezca la ley”* no Artigo 14(1) *in fine*, se refere a questões tais como *“si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible. etc.”* (*Ibid.*, p. 14, § 27).

Assinala a Corte que:

el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el Artículo 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención (*Ibid.*, p. 15, § 28).

Como se vê, a resposta unânime da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi categórica enquanto ao caráter executável por sí mesmo (*“self-executing”*) do Artigo 14(1) da Convenção.

Como o demonstra esta opinião consultiva n.º 9, não é suficiente que um artigo faça referência a lei, para que perca auto-executividade. Para que o ocorra, é necessário que a realidade e a vigência sejam expressamente recomendadas pelo preceito ao ditado de uma lei ou de medidas complementares. Com este critério, que é o justo, somente carecem de auto-executividade os Artigos 13(5) sobre propaganda a favor da guerra e apologia do ódio; 17(4) sobre igualdade de direitos dos cônjuges; 17(5) sobre igualdade dos filhos: sejam legítimos ou naturais; 19, sobre direito da criança a medidas de proteção; 21(3) sobre proibição da usura e 26, sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Todos os demais preceitos da Parte I tem caráter executável por si mesmos. É sumamente importante determinar com precisão se as disposições da Parte I da Conven-

³³ Texto da Opinião Consultiva, publicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pp. 34-5, § 8.

ção Interamericana são executáveis por si mesmas ("self-executing"), como o são todas, salvo as indicadas mais acima.³⁴

Segundo alerta o Prof. René Ariel DOTTI,³⁵ os redatores do projeto que resultou na Lei n.º 9.271/96, aprovaram uma exposição de motivos que expõe alguns fundamentos no *designio de legge* que viria a receber, na Câmara dos Deputados o n.º 4.897, de 1995, publicada no DOU, de 25.11.1994, Seç. I, p. 17860, a qual reconhece que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – é **“integrante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”**.

O nosso entendimento, é como o de certos autores,³⁶ que é o caso de todos os chamados **direitos fundamentais do homem**, os quais constituem normas imperativas de

³⁴ “LA OPINION SEPARADA DEL JUEZ URUGUAYO GROS ESPIELL. *La opinión separada del Juez uruguayo, Prof. Gros Espiell, en el caso relativo al derecho de rectificación y de respuesta va más lejos que la opinión de la Corte por cuanto contesta el argumento estadounidense en el sentido de que el Artículo 2 de la Convención privaría de carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") a toda la Parte I de la Convención. Gros Espiell contrapone al Artículo 2, (cuya inserción sin duda constituyó un desacierto que se cometió en la última etapa de elaboración de la Convención) el Artículo 1.1., que dispone: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra s-an(iunion social" El Juez uruguayo manifestó que es evidente que el Artículo (2) de la Convención "impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes....Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el Artículo 1 de la Convención... la obligación que resulta del Artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del Artículo 1". Una conclusión diferente sería "inadmisible porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención, y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta paralos Estados partes del Artículo 1 de la Convención" (26). En el mismo sentido ha comentado Monroy Cabra, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que: "lo que quiso decir el Artículo 2 de la Convención fue únicamente que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención, pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los Artículos 1 al 32 no se apliquen directamente como lo pretende la interpretación de los Estados Unidos... Si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares..." Monroy CABRA, *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno*, na obra coletiva *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington D. C., OEA, 1984, p. 141.*

³⁵ *A ausência do Acusado e a Suspensão do Processo*. RT, 730, p. 402.

³⁶ “LA CUESTION DE JERARQUIA. Tampoco la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada país. Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuedan a las normas internacionales la más alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la (Sonstitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente, la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad las disposiciones de los tratados, así como las normas consuetudinarias, con los actos legislativos. Esto significa que habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea interna o internacionãl. La norma posterior desplaza a la anterior en el tiempo. Así lo ha decidido el Tribunal de Apelaciones del Trabajo y la Suprema Corte, "sosteniendo la posición jurisprudencial de que la ley ordinaria posterior deroga tácitamente al Tratado" Es en esta última hipótesis que reaparece entonces la escuela dualista para sostener que la existencia simultánea de dos normas contradictorias - una de Derecho Internacional y otra de Derecho Interno en confflieto con la anterior- demuestra que se está en presencia de dos órdenes jurídicos diferentes. Hay autores que comparan esta situación con la de dos ordenamientos jurídicos internos, uno nacional y otro extranjero, que pueden contener normas jurídicas diferentes y hasta contradictorias. Esa comparación, que intenta reintroducir el dualismo, olvida que del punto de vista internacional, el acto legislativo en confflieto con una norma de Derecho Internacional no es sino un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho Internacional, que origina la responsabilidad internacional del Estado. Si el juez nacional acuerda prioridad al acto legislativo posterior en el tiempo sobre el tratado o la norma consuetudhlaria de Derecho Interna-

direito internacional geral (*jus cogens*), com o alcance prescrito no artigo 64º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969.³⁷

No seminário **A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos**, realizado em Brasília e promovido pelo Fórum Interamericano de Direitos Humanos - FIDEH e Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, em dezembro de 1994, Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, expondo sobre o assunto, declarou:

*Trata-se de uma meta premente, porquanto não se pode professar o universalismo dos direitos humanos no plano conceitual ou normativo, e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações erga omnes.*³⁸

E em outra oportunidade já afirmou o emérito Professor

*Nas raízes do próprio pensamento constitucionalista mais esclarecido se encontra apoio para a proteção internacional dos direitos humanos. Há pouco menos de duas décadas, Mauro Cappelletti ressaltava que a proteção dos direitos humanos, no plano do direito interno, requer instrumentos processuais adequados, e é tamanha sua importância que transcende o sistema ordinário de proteção judicial; assim, em caso de ameaça aos direitos constitucionalmente reconhecidos, há que prover meios processuais extraordinários de proteção. E é quando nem mesmo esses são disponíveis que as garantias consagradas nos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos operam em favor dos que necessitam de proteção. E segundo esses tratados de direitos humanos não é suficiente que os Estados-Partes contem com sistemas de tutela jurídica de caráter genérico; encontram-se eles na obrigação de prover instrumentos processuais adequados e eficazes para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente consagrados. Há, entre os constitucionalistas, os que revelam sensibilidade para as afinidades e a interação entre o direito internacional e o direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos.*³⁹

cional pre-existente, ello sólo significa que el Estado queda obligado a cumplir su obligación internacional a través de un conducto diferente. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Whitney versus Robertson, hace ya un siglo, al negar la aplicación de un tratado en conflicto con una ley del Congreso: "Si el país con el cual se ha concluido el tratado queda insatisfecho por la acción del cuerpo legislativo, puede presentar su queja a la autoridad ejecutiva del Gobierno y adoptar las otras medidas que estime esenciales para la protección de sus intereses. Los Tribunales no pueden proporcionarle un remedio" (124 US 190,194 – 1888 -). Esto demuestra que la norma de Derecho Internacional no ha sido, en rigor, derogada por la norma legislativa contradictoria. La norma internacional subsiste, así como queda en pie la obligación internacional que de ella deriva, aunque no sea ejecutable por los tribunales internos o las autoridades administrativas, pero sí es ejecutable ante los tribunales internacionales." ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 31-3.

³⁷ Cf. T. VAN BOVEN, *Aperçu du droit international positif des droits de l'homme*, in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, p. 118.

³⁸ Organização: MARIANO, Benedito Domingos e FECHIO FILHO, Fermino. **A proteção nacional e internacional dos Direitos Humanos**.

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 624.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVÈ,⁴⁰ enfrenta a questão da inserção do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, com especial abordagem em relação a impossibilidade de prisão por dívida (civil e criminal).

Afirma que à Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), tratado internacional concluído no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil aderiu ao tratado internacional, sem formular, no instrumento respectivo, qualquer reserva em relação ao direito em questão. Por força do que dispõe o art. 5º., § 1.º, da Constituição de 1988, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e o Pacto de São José da Costa Rica tem por objeto nada mais nada menos do que direitos e garantias, conclui-se que suas normas demandam aplicação imediata. Daí porque tem razão Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE,⁴¹ quando afirma que:

se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante arts. 5.º (2) e 5.º (I) da Constituição de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Prossegue, ou seja, com a Constituição de 1988 o Brasil que tradicionalmente vinha aceitando a tese da necessidade da intermediação legislativa (recepção) como meio de incorporação do direito internacional ao direito interno (*concepção dualista*), passa a adotar um *sistema misto*, segundo o qual a sistemática anterior permanece em relação a todos os tratados, salvo aqueles envolvendo direitos humanos. Neste caso, diante do que especifica o art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei Fundamental da República, ocorrerá incorporação automática do tratado internacional concluído pelo país (*concepção monista*).

Por outro lado, tendo em conta o disciplinado no art. 5.º, § 2.º, segundo o qual "*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*", **a Constituição Federal atribui aos direitos humanos definidos em tratado internacional o status de norma constitucional** – grifo nosso -.

E, conforme assevera, não é outra a conclusão alcançada por Flávia PIOVESAN. Com efeito, esta jurista dotada de aguda percepção demonstra que:⁴²

A Carta de 1988 inova, assim ao incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Ora, ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos,

⁴⁰ Professor Doutor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná. Ex-Procurador da República. *Contribuições Previdenciárias, não-recolhimento. Art. 95, c, da Lei 8.271. Inconstitucionalidade. RT/Fasc. Penal, Ano 86, v. 736, fev. 1997, pp. 503-532.*

⁴¹ *A interpretação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.* Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul.-dez./93), ex-Consultor-Geral do Ministério das Relações Exteriores e, hoje, Juiz brasileiro com assento na Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica.

⁴² *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo : Max Limonard, 1996, p. 110.

os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda 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".

Comunga com o pensamento, entre outros, de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.⁴³

Concorde-se, afirma MERLIN CLÈVÈ, neste particular, que os tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, diante da determinação constitucional, integram, juntamente com a Constituição Formal, o *bloco de constitucionalidade* (sobre o conceito: Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2.a ed., Paris, Montchrestien, 1992, p. 91-103) compreendido enquanto plexo normativo determinante heterônomo de nível superior do Estado brasileiro. Diz:

Desde esta perspectiva, derivada dos deslocamentos teóricos mais recentes em matéria de Direito dos direitos humanos, a norma plasmada no art. 95, d, da Lei 8.21V 91 é, também por este motivo (ofensa a direito fundamental previsto em tratado internacional e incorporado ao bloco de constitucionalidade), manifestamente inconstitucional. Sim, porque o programa normativo contemplado no tratado proíbe inequivocamente qualquer sorte de prisão por dívidas (civil ou criminal).

Haverá, não obstante, aqueles que pretenderão que os tratados não assumem o mesmo regime dos direitos fundamentais contemplados na Constituição, inscrevendo-se, sim, em território de menor estatura hierárquica. Pretenderão, com isso, demonstrar, ademais, que o direito previsto no tratado referido colide com o disposto na Constituição, daí porque deve prevalecer o texto constitucional. Neste caso, apegados a uma interpretação literal e empobrecida do art. 5.º, LXVII, da Carta de 1988 ("garantia apenas contra prisão civil por dívida"), e do regime dos direitos fundamentais, advogarão que norma de menor hierarquia não pode colidir com a Constituição.

Já foi demonstrado que o direito previsto no art. 5.º, LVII, não pode ser amesquinhado em face de uma interpretação literal e, ademais, descompromissada com a força vinculante dos direitos fundamentais. Mas, ainda que se admita que aquele artigo apenas protege o cidadão contra a prisão civil por dívida, não o eximindo de prisão penal (hipótese de fraude constitucional e de quebra do princípio da proporcionalidade, como antes afirmado), mesmo assim não há como defender que o tratado, ao proibir qualquer sorte de prisão por dívida, por mais generoso que seja, resida em estado de inconstitucionalidade. Ora, tratasse de restrição, poderia, com efeito, ser tido como inconstitucional. Tratando-se, porém, de direito, de extensão de uma garantia mínima inscrita no catálogo dos direitos fundamentais, é evidente que não é inconstitucional. A Constituição, com os direitos fundamentais, nomeadamente com os direitos de defesa, cria uma zona de incompetência para o Poder Público, inclusive o legislador, de modo que ele não poderá assaltar o muro construído. Impedido de restringir a garantia constitucional, não ficará, entretanto, impedido de ampliá-la, daí porque não seria absolutamente inconstitucional uma lei federal que dispu-

⁴³ *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. Sao Paulo, Saraiva, 1991.

sesse a respeito da proibição da prisão de natureza penal por dívida. É desde esta ótica que precisa ser visto o tratado internacional. Incorporado ao direito interno, seja automaticamente (como pretende a nova doutrina), seja em virtude de ato expresso de recepção (o que já ocorreu no Brasil, como se sabe), ele comprime o poder de conformação e de restrição legislativa do Estado-legislador, ampliando a garantia já plasmada no texto constitucional, completando-a, sim, mas sem jamais confrontá-la. Por isso, ainda que os direitos fundamentais protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica não se inscrevam no bloco de constitucionalidade (que nesta hipótese estaria reduzido apenas ao corpo da Constituição formal), não usufruindo, então, do mesmo regime jurídico daqueles direitos referidos pelo texto constitucional porque residentes em lugar hierárquico de menor estatura, nem por isso deixam de produzir importantes efeitos na ordem jurídica interna.⁴⁴

Em matéria de direitos fundamentais os argumentos fundados na hierarquia de normas passam atualmente por severo questionamento. Apele-se, outra vez, para o pensamento de Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE:⁴⁵

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

No mesmo sentido se inclina o pensamento de Flávia PIOVESAN:⁴⁶

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável a vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso os direitos da pessoa humana. Ressalte-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem a aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. 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.

E, conforme assevera MERLIN CLÈVE:⁴⁷

Assim também se pronuncia Celso D. de Albuquerque Mello (Direito constitucional internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 188). Aliás, rememore-se que o próprio Pacto de São José da Costa Rica conta com dispositivo a respeito (art. 29. b), confirmando o princípio da prevalência da norma mais favorável.

Haverá, por fim, aqueles que, à luz da posição do STF adotada no RE 80.004 (RTJ (1978), v. 83, p. 809-848), que configura leading case na matéria, pretendem que os tratados envolvendo direitos fundamentais não se distinguem dos demais tratados no que se refere as suas relações com o direito interno. Daí porque, aduziriam, uma vez aprovados pelo Congresso, ratificados e, então, promulgados pelo Executivo, passariam a se incorporar a ordem jurídica interna no mesmo patamar hierárqui-

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 528-9.

⁴⁵ *Apresentação*, in Flávia PIOVESAN, *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 529-30.

co da lei ordinária federal. Neste caso, lei ordinária posterior poderia perfeitamente afastar a eficácia da normativa internacional.

O raciocínio, todavia, não é suficiente para afastar a incidência da norma internacional no presente caso. Sim, porque, admitindo-se que o tratado (incorporado no direito brasileiro em 06.11.1992, através do Dec. 678) reside no mesmo nível hierárquico da lei ordinária federal (e à luz do novo texto constitucional não se pode admitir esta tese em relação aos tratados envolvendo direitos do homem), e sendo certo que ele proíbe modalidade de prisão admitida pela Lei 8.212 (art. 95, d), é indisputável que, tratando-se de normativa mais recente, terá revogado a norma anterior. Trata-se de mera aplicação de comezinho princípio do direito intertemporal segundo o qual a norma mais recente, na hipótese de antinomia, prevalece sobre a anterior.

Por este fundamento, então, se o disposto no art. 95, d, da Lei 8.212, não é inconstitucional (e foi já, exhaustivamente, demonstrado que é), restou inaplicável em função da suspensão de sua eficácia (revogação) determinada implicitamente pela entrada em vigor no direito interno do Pacto de São José da Costa Rica. Daí porque, com a incorporação ao direito interno do tratado referido, nenhum brasileiro poderá ser condenado penalmente pelo inadimplemento de obrigação tributária.”

Concluindo, afirma que diante de todo o exposto, o direito de defesa plasmado do art. 5º, LXVII, da CF, configura um verdadeiro direito fundamental, submetido ao regime dos direitos fundamentais dedutível da Lei Fundamental da República. Tratando-se de um direito fundamental, deve ser interpretado de modo ajustado. A interpretação literal e apressada do dispositivo não dá conta de seu sentido, sendo certo que, ademais disso, contribui para o seu amesquinçamento.

Ressaltamos, finalmente, que por força do disposto no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, a Carta Magna de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.

Enfatizo que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional (na interpretação do Supremo Tribunal Federal), 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 (ao menos).

Finalmente, concluímos nos termos do que afirmou a Prof^a. Flávia PIOVESAN, por ocasião de conferência proferida no Congresso promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (já anteriormente citado), 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 os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º - apresentam natureza de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam natureza infra-constitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.