

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

EDUARDO TAMBELINI BRASILEIRO

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS
HUMANOS INCORPORADOS AO DIREITO BRASILEIRO E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88**

**São Paulo
2009**

EDUARDO TAMBELINI BRASILEIRO

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS
HUMANOS INCORPORADOS AO DIREITO BRASILEIRO E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Direito
Político e Econômico da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial à
obtenção do título de mestre.

ORIENTADOR: Gianpaolo Poggio
Smanio.

**São Paulo
2009**

EDUARDO TAMBELINI BRASILEIRO

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS
HUMANOS INCORPORADOS AO DIREITO BRASILEIRO E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Direito
Político e Econômico da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como requisito parcial à
obtenção do título de mestre.

Aprovada em 01 de setembro de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio
(Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto
(Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa Flavianne, pelo amor, companheirismo, dedicação e incentivo – o meu amor eterno.

Ao meu filho amado Eduardo, fruto de amor verdadeiro e presente de Deus – meu maior tesouro.

Aos meus pais, que não mediram esforços para garantir-me a melhor educação e ensino, despertando-me o gosto pelo estudo e o desejo de ser alguém.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor de minha vida – toda honra, glória e louvor.

Ao Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, orientador por excelência – minha admiração, respeito e gratidão.

Aos professores da Universidade Presbiteriana Mackenzie pelo saber socializado – o reconhecimento da competência e responsabilidade formativa inquestionável.

Aos meus irmãos Priscila e Gustavo, pela amizade, apoio e incentivo constantes – o meu amor incondicional.

À Cleusa, parte da família, por seu cuidado e carinho todo especial – meu reconhecimento e agradecimento.

Ao meu sogros Maurício e Ramilza, pelo incentivo, cuidado, carinho e amor dispensado – meu agradecimento especial.

Sejamos felizes.

Já não cabe falar em 'solidão da Constituição', em considerá-la como um 'Universo fechado e excludente' mas de um pluriverso baseado no pluralismo interno, internacional e comunitário.

(Pablo Lucas Verdú)

RESUMO

Esta dissertação abordou a influência dos direitos humanos frente aos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro. Para tanto, destacou a evolução dos direitos humanos, sua importância e reflexos no cenário nacional e internacional. No direito brasileiro, os direitos humanos são imperativos a uma sociedade justa e solidária, sendo defendidos a rigor na Constituição Federal de 1988. No cenário internacional, não aconteceu diferente. Os direitos humanos se mostram valioso instrumento modelador dos Estados soberanos, impondo limites e parâmetros a serem seguidos, como forma de enaltecer o ser humano como cerne do ordenamento jurídico internacional. Face à importância e relevância dos tratados internacionais, estuda-se o que vem a ser esse fenômeno convencional e a sua integração no direito interno. A preocupação fundamental deste trabalho foi, portanto, evidenciar o reflexo da proteção dos direitos humanos quando da análise das relações entre os ordenamentos jurídicos internacionais e o interno, ressaltando, inclusive, a existência de antinomias entre esses diferentes ordenamentos e a forma de solução, principalmente quanto ao conflito existente entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, especificamente quanto à possibilidade da prisão civil por dívidas, tratado esse devidamente ratificado pelo Brasil e que versa sobre direitos humanos. Através de uma pesquisa bibliográfica acerca do respectivo conflito normativo, obtiveram-se critérios a serem utilizados para solucionar a antinomia entre o direito nacional e o tratado internacional. A Constituição/88, por sua vez, admite a hipótese de prisão civil do depositário infiel, contudo, o *Pacto de San Jose da Costa Rica* não a contempla. A análise desse conflito tem como destaque a sua solução por meio de critérios específicos aos direitos humanos, uma vez que o *Pacto de San Jose da Costa Rica* por ser um tratado internacional que versa sobre esses direitos, possui hierarquia jurídica diferenciada conferida pela própria Constituição Federal. Os resultados e conclusões apontam para a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, qual seja a do tratado internacional, uma vez que lhe é conferida hierarquia constitucional. Esse posicionamento, contudo, enfrenta divergências na doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: direitos humanos – direito interno – influência – instrumento modelador – justiça – solidariedade – tratados internacionais.

ABSTRACT

This thesis covered the influence of human rights in relation to the international treaties merged in the Brazilian law. For this to be achieved, the evolution of human rights was highlighted, as well as its importance and reflection in the national and international setting. In the Brazilian law, human rights are fundamental in a society that is considered impartial and is characterized by solidarity, being strictly defended by the Federal Constitution of 1988. In the international setting, this situation was not different. The human rights have been proved to be a powerful shaping instrument of the sovereign States, setting the limits and boundaries to be followed as the way of elevating the human being as the heart of the international legal system. Facing the importance and relevance of the international treaties, the conventional phenomenon and its integration in the domestic law have been studied. Therefore, the main concern of this project was to make evident the reflex of the defense of human rights in the analysis of relations between the international and domestic legal systems, emphasizing the existence of antimonies between them and also their solutions, especially those regarding the existing conflict between Brazil's Federal Republic Constitution of 1988 and the *Pact San Jose of Costa Rica*, concentrating on the possibility of civil arrest caused by indebtedness. This treaty was rightly validated in Brazil and it examines the human rights issue. Through a bibliographical research on this normative conflict, criteria were obtained in order to be used as a solution for the antinomy between the national law and the international treaty. The Constitution of 1988 acknowledges the hypothesis of civil arrest for the unfaithful trustee. However, the Pact of San Jose of Costa Rica does not grant it. The analysis of this conflict is highlighted by its solution achieved by specific criteria related to human rights, since the Pact of San Jose of Costa Rica is an international treaty that considers these rights, and that it has a distinctive judicial hierarchy granted by the Federal Constitution itself. The results and conclusions show that the procedure that favors the individual is the one that prevails, being this the international treaty, since it has been granted a constitutional hierarchy. However, this positioning deals with a divergence in its doctrine and legal system.

Keywords: Domestic Law – Human Rights – Influence – International Treaties – Justice – Shaping Instrument – Solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I – DIREITOS HUMANOS	17
1.1. Gênese e evolução histórica dos direitos humanos	17
1.2. Conceito de direitos humanos	22
CAPÍTULO II – TRATADOS INTERNACIONAIS	31
2.1. O conceito de tratado e seus atributos	31
2.2. Forma de incorporação dos tratados no direito brasileiro	33
2.3. Hierarquia dos tratados no direito brasileiro	38
2.3.1. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos	40
2.3.2. Hierarquia dos demais tratados internacionais	43
CAPÍTULO III – OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS AO DIREITO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88	50
3.1. A prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988 ..	50
3.2. Direitos humanos como instrumento modelador do Estado brasileiro e garantidor da cidadania	53
3.3. Natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos	60
3.4. Estudo de caso: análise constitucional do <i>Pacto de San Jose da Costa Rica</i> , especificamente em relação à prisão civil por dívidas	75
CONCLUSÃO	88
BIBLIOGRAFIA	93
ANEXO A.....	96

INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa um despertamento à importância dos direitos humanos na elaboração dos tratados internacionais que, por sua vez, vêm se intensificando face ao crescimento extraordinário do direito internacional.

O convívio dos Estados em uma comunidade juridicamente organizada e a intensificação das relações entre os povos resultou em uma nova tessitura de normas, grande parte incorporada em convenções, tratados, o que acarretou a existência de um ordenamento jurídico internacional jamais disposto no passado.

A cada dia, torna-se mais importante o conhecimento da natureza jurídica e a influência dos tratados internacionais no direito interno, face ao número crescente de convenções vigentes que, por força da promulgação, passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados.

A codificação e o desenvolvimento progressivo do direito internacional transformaram o velho direito das gentes, outrora uma disciplina vaga, esparsamente incorporada em convenções, num dos mais vivos e florescentes ramos da ciência jurídica.

Paralelamente, presencia-se o crescimento dos direitos humanos que em função do desenvolvimento social, econômico, político, das relações internacionais, surge a necessidade de limitar e controlar os abusos de poder das autoridades constituídas, inclusive da própria atuação do Estado. Nesse ponto, os direitos humanos se mostram como instrumento modelador e regulador do Estado, impondo limites e parâmetros a serem observados.

Assim, os direitos humanos vieram a consagrar os ideais de cidadania, dignidade, igualdade e legalidade, princípios esses basilares para uma perspectiva de um Estado mais justo e solidário.

Nesse contexto, os direitos humanos se fixam como instrumento modelador do Estado na concretização da cidadania, impondo a (re)estruturação do Estado para a promoção dos direitos fundamentais e para a consolidação da cidadania democrática, tendo como ponto fundamental o entendimento do povo como o sujeito da soberania.

Interessante destacar que a preocupação com os direitos humanos não se deve limitar apenas no âmbito de um país, mas sim de forma ampla, em caráter universal, pois só assim é que se terá uma sociedade mais justa e solidária. Com base nessas preocupações, é que o presente trabalho analisa o alto grau de influência dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno.

O tema a ser apresentado é de grande relevância social e científica, vez que versará, ainda, no que toca aos direitos humanos, na análise parcial do tratado internacional titulado por *Pacto de San Jose da Costa Rica*, conhecido, também, como Convenção Americana de Direitos Humanos, que exerce grande influência no cenário jurídico brasileiro.

Pode-se dizer que, atualmente, os direitos humanos correspondem a uma imposição da comunidade internacional como um todo, que está sendo traduzida em tratados e convenções internacionais, ingressando, por último, na legislação ordinária dos Estados.

O direito brasileiro de fato incorporou essa preocupação com os direitos humanos, tanto é que a Constituição hoje vigente no país é chamada de “constituição cidadã”, em razão da proteção que dispensa aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o trabalho ora apresentado versará no primeiro momento acerca dos direitos humanos, destacando sua gênese e evolução histórica, bem como seu conceito.

A evolução histórica dos direitos humanos é importante para demonstrar a preocupação da sociedade ao longo do tempo em se garantir direitos mínimos à convivência dos povos, até a elaboração do atual conceito de direitos humanos.

No segundo capítulo do presente estudo, será realizada uma análise acerca dos tratados internacionais. Primeiramente, será apresentado o conceito de tratado e seus atributos, como forma de buscar o entendimento mínimo desse fenômeno internacional. Depois de conceituado, buscará esclarecer a forma de incorporação dos tratados no direito brasileiro, dando ênfase nos tratados de direitos humanos, destacando a hierarquia dos tratados no direito brasileiro.

Já no capítulo três, a abordagem será em torno da influência dos direitos humanos frente aos tratados internacionais incorporados ao direito

brasileiro, destacando a prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988 e apresentando os direitos humanos como instrumento modelador do Estado e garantidor da cidadania, que impôs limites e parâmetros a serem observados em prol de uma sociedade mais justa e solidária. Ainda no capítulo três, será abordada a questão da natureza jurídica privilegiada dos tratados de direitos humanos e, por fim, a título de estudo de caso, se estudará parcialmente o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, tratado internacional este que versa sobre direitos humanos e que foi devidamente incorporado ao direito brasileiro, apresentando polêmicas entre os estudiosos.

CAPÍTULO I: DIREITOS HUMANOS

1.1 Gênese e evolução histórica dos direitos humanos

Ao observar a concepção atual dos direitos humanos, pode-se afirmar que é produto de uma formação histórica, através da junção de conceitos filosóficos elaborados desde a antiguidade, passando pelas idéias dadas pelo Cristianismo durante a Idade Média e vindo desembocar na concepção moderna de direitos humanos, sob a égide da filosofia jusnaturalista.

Foi a partir do Estado Moderno que se consagrou a noção de direitos humanos e, desde então, vem sofrendo mudanças, inclusive em sua positivação e eficácia.

Como salientado, a noção de direitos humanos é anterior ao processo de positivação, que somente ocorreu na modernidade com a influência da classe burguesa que, por sua vez, insistiu na necessidade de se ter um rol mínimo de normas em um documento que garantisse a liberdade e igualdade, limitando a atuação arbitrária do Estado, como aconteceu durante o Regime Absolutista.

Ao versar sobre a evolução histórica dos direitos humanos, é imprescindível destacar alguns antecedentes históricos que desempenharam forte influência na formação dos direitos humanos atuais.

Na Antiguidade, o homem pensou no direito como forma de auto-proteção e, assim, foi capaz de elaborar normas. Entre os babilônios, o Código de Hamurábi¹ (1690 a.C.) talvez tenha sido a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens².

¹ “A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. (MORAES, Alexandre. *Direitos humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24).

²“Período axial: KARL JASPERS, séculos VII e II a.C. No centro desse período (entre 600 e 480 a.C.) alguns dos maiores pensadores de todos os tempos desenvolveram suas idéias: ZARAUSTRÁ na Pérsia, BUDA na Índia, CONFÚCIO na China, PITÁGORAS na Grécia e DÉUTERO-ISAÍAS em Israel. As explicações mitológicas são abandonadas.

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças (...). Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a

Entre as civilizações clássicas é interessante destacar a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas no século VI a.C. e a fundação da República Romana no século VII a.C.

A democracia ateniense baseava-se nos princípios da preeminência da lei, bem como da participação ativa dos cidadãos na vida política. O poder dos governantes atenienses foi bastante limitado, não somente pela soberania das leis, mas também pelo aparato de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo pode governar-se a si próprio, fato inédito até então na história.

Cabia ao povo a escolha dos governantes e a possibilidade de tomar grandes decisões políticas em assembleia, vez que a referida democracia regia-se pelos princípios da soberania popular.

Já na República Romana, a vontade do povo também exercia um papel predominante, de forma que o limite ao poder político se dava através de um complexo sistema de controles recíprocos entre os órgãos políticos, tal como a limitação do poder dos cônsules pelo Senado, cujas decisões eram submetidas à votação do povo.

Como se observa, as civilizações clássicas elaboraram as formas de participação política dos cidadãos através da *polis* e de seus filósofos³, dando origem ao pensamento jusnaturalista. Foram os romanos os responsáveis pela primeira elaboração de um complexo mecanismo visando à proteção dos direitos individuais.

No ano de 453 d.C, com a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média, poucas foram as contribuições aos direitos humanos, vez que as relações de servidão e vassalagem não permitiram ao cidadão que fossem respeitados seus direitos.

O feudalismo, durante toda a Alta Idade Média, instaurou o esfacelamento do poder político e econômico; contudo, a partir do século XI,

afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.”(COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58).

³ “Do liceu grego, nos diálogos protagonizados por Sócrates (470 a.C. – 399 a.C.) e Platão (428 a.C. – 347 a.C.) e nos embates destes com os sofistas, os traços essenciais dos direitos dos homens vão se formando. A filosofia estoica, recepcionada em parte pelo cristianismo, completou este esforço arquitetônico dos direitos humanos.

Os homens não podem viver sob um ordenamento político que os humilhe moralmente, ensinavam Sócrates e Platão. Esses ensinamentos, sucedidos pelos estudos da patrística – a obra dos Padres da Igreja, no decorrer dos séculos I a IV – que, represados, deságuam na Idade Média, permitem a elaboração de arcabouço do que viria a se configurar como direitos da pessoa no mundo moderno e contemporâneo.” (LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 22).

ocorreu um movimento de reconstrução da unidade política, norteador por disputas entre o imperador e o Papa no território europeu.

Nesse sentido, contra os abusos da reconcentração de poder, surgiram manifestações de rebeldia: inicialmente com a Declaração das Cortes de Leão de 1188, na Península Ibérica, e, posteriormente, com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra.

Lembo⁴ ao analisar o período da Idade Média, destacando a Declaração das Cortes de Leão de 1188, afirmou que na verdade, a referida declaração anteriormente já havia confirmado direitos hoje conhecidos como direitos humanos, destacando os seguintes:

- a) O direito de todos os habitantes à defesa dos costumes reconhecidos face à legislação real;
- b) O direito do acusado a processo regular, inclusive perante o rei;
- c) O direito de súditos convocarem o conselho sobre todos os assuntos importantes, como a guerra, a paz e os acordos;
- d) A intangibilidade da vida, da honra, da casa e da propriedade.

A *Magna Charta Libertatum*⁵, por sua vez, constituiu-se num pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Esse documento serviu como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e a garantia da propriedade, não obstante assegurando aos nobres ingleses privilégios feudais, e alijando a população do acesso aos direitos consagrados no pacto.

Como se observa, dentre os direitos humanos evidenciados, desponta o valor da liberdade. Todavia, essa liberdade não se tratava de uma liberdade geral em benefício de todos – o que só ocorreria no final do século XVIII; mas na verdade, constituía-se numa liberdade restrita, específica, que incluía especificamente o clero e a nobreza.

⁴ LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 22.

⁵ “O prestígio e a prevalência desse documento derivam dos institutos que acolhe, e que permanecem presentes até a contemporaneidade, nos vários sistemas legais existentes por toda a parte e enunciados por esses princípios:

- a) Princípios para a administração da Justiça, distinguindo a jurisdição temporal da jurisdição eclesiástica;
- b) Princípios para a preservação da liberdade da pessoa;
- c) Princípios fixando os limites da taxaço de impostos;
- d) Princípios indicando os limites dos privilégios da Igreja.”

(Ibid., p. 23).

Faz-se necessário destacar o surgimento dos burgos, à margem dos castelos medievais. Esses eram servos da gleba que, ao residirem por mais de ano e dia num burgo novo, desvinculavam-se do poderio do senhor feudal. Nesse estágio, a liberdade pessoal expande-se da classe dos mercadores aos servos da gleba, através de uma espécie de usucapião da liberdade.

Nesse momento, a Europa medieval foi marcada por um desenvolvimento de novas técnicas e invenções nas áreas da economia, agricultura, marinha, comércio, jurídica, dentre outras, no sentido de que era necessário um mínimo de segurança e certeza na vida dos negócios, o que implicava a limitação do tradicional arbítrio do poder político.

Pode-se afirmar que o Parlamento foi a principal instituição para a limitação do poder monárquico e garantia das liberdades na sociedade civil.

Fator determinante à referida liberdade foi a *Bill of Rights* britânica, apregoando a idéia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas de suas camadas superiores, como uma garantia indispensável das liberdades civis.

Diante dos acontecimentos históricos até então mencionados, nota-se a evolução dos direitos humanos, principalmente voltados à idéia de liberdade. Entretanto, foi somente a partir da segunda metade do século XVIII, que as declarações específicas aos direitos humanos se efetivaram.

O movimento iluminista foi fundamental para pensar-se nos direitos humanos, e foi a partir da influência de pensadores como Voltaire, Rousseau, Lavoisier e Kant, que as declarações de direitos humanos tiveram seu início.

Um acontecimento de grande destaque e importância aos direitos humanos foi a Declaração da Independência Americana de 1776, podendo-se afirmar, inclusive, que daí nasceram, expressamente, os direitos humanos na história, quando em seu artigo I dispôs:

Todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de determinados direitos inatos, que são: o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para garantir estes direitos, os homens estabelecem governos entre eles, cuja autoridade é dada pelo consentimento dos governados.

No mesmo caminho, com o advento da Revolução Francesa, a idéia de liberdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada na Declaração

Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶, que dispôs: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais não podem ser justificadas, salvo pelo benefício comum".

Diante de todo o exposto, observam-se dois momentos claros na concepção dos direitos humanos.

O primeiro momento se dá no plano teórico-filosófico, em que o Iluminismo tem papel determinante, uma vez que contribuiu a uma reflexão dos direitos humanos. E em um segundo momento, os direitos humanos são marcados pela passagem da teoria para a prática, ou seja, do plano filosófico para o político, com a positivação dos direitos por meio das Declarações de Direitos dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, marco histórico na promoção e defesa dos direitos e liberdades individuais face ao poder do Estado.

Acontece que, mesmo após a positivação dos direitos humanos por meio de diversas Declarações de Direitos, estes ainda vêm sofrendo constantes alterações.

Nesse sentido, afirma Bobbio⁷:

“o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”

Pode-se concluir que os direitos humanos sempre estarão em constante evolução, já que as necessidades e carências do ser humano alteram-se com o desenvolvimento da sociedade, que por sua vez é infinito⁸.

⁶ A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando em 26-8-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: *princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.* (MORAES, Alexandre. *Direitos humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25).

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

⁸ Face à constante evolução da sociedade, ARAGÃO (2000) discorre acerca das transformações sociais, e inclusive dos direitos humanos, reforçando sua importância como forma de proteção do homem em detrimento do desenvolvimento social. Assim leciona: “O fato é que a grande revolução de nosso tempo é a revolução da tecnologia, que mudou o próprio conceito de trabalho; pulverizou o conceito de modo de produção e nos propõe novas reengenharias a cada cinco anos; ampliou terrivelmente as formas e os conceitos de violência, colocando poderes nunca antes imaginado nas mãos e nos olhos do Estado e das

1.2 Conceito de direitos humanos

Conforme Pérez Luño, citado por Tavares⁹, compreendem os direitos humanos:

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Já Peces-Barba, referido, também, por Tavares¹⁰, postula:

Em sentido muito próximo, mas preferindo a denominação '*derechos subjetivos fundamentales*', entende-os como "Faculdade de proteção que a norma atribui à pessoa no que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração.

Por seu turno, Santos Júnior, lembrado pelo mesmo autor¹¹, logo a seguir, sustenta que:

Os denominados direitos humanos serão aqueles essenciais, sem os quais não se reconhece o conceito estabelecido de vida. Não há uma relação estabelecida e final de tais direitos, já que seu caráter é progressivo, correspondendo a cada momento ao estágio cultural da civilização, como se vê das sucessivas "gerações".

classes dominantes (ou melhor: a própria noção de Estado e de classes podem estar sendo substituída por instâncias como comunidades econômicas, mercados comuns e megaempresas planetárias); reformulou radicalmente o próprio conceito de Filosofia, obrigando-a a repensar suas origens e seus fins. E mais; o próprio conceito de ser humano, diante das conquistas da ciência genética e suas biotecnologias, está sendo remodelado.

O certo é que estamos em pleno admirável mundo novo. E, hoje mais do que nunca, os direitos humanos são fundamentais para garantir a nossa própria sobrevivência." (ARAGÃO, Selma. *Direitos humanos na Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19).

⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 362.

¹⁰ *Ibid.*, p. 362.

¹¹ *Ibid.*, p. 363.

A expressão “Direitos Humanos”, como o próprio nome já diz, são os direitos do homem. Pode-se dizer que são direitos que visam a resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam a promover a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros¹².

Interessante destacar que, conforme já mencionado na evolução histórica dos direitos humanos, estes são inacabáveis, vez que estão em constante desenvolvimento, por representarem uma construção histórico-social.

Nesse sentido, torna-se tarefa difícil definir precisamente o conceito de direitos humanos, já que estão em constante mutação frente ao desenvolvimento da sociedade.

Deve-se trazer à tona que os direitos humanos não abrangem somente normas jurídicas, mas também inclui princípios de direito de aplicação universal, daí ser sua máxima expressão atual a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa Declaração foi constituída pelas Nações Unidas (ONU) e retrata valores essenciais à vida e às sociedades humanas de maneira universal.

No que toca, ainda, ao conceito de direitos humanos, necessário se faz destacar suas “dimensões”. Essas “dimensões”, ou para alguns autores, “gerações” dos direitos humanos, resultam do processo histórico de consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos e, mais modernamente, dos direitos das minorias, do direito ao desarmamento, enfim, dos direitos humanos.

¹² Vale lembrar, a reconstrução dos direitos humanos consoante HANNAH ARENDT, em diálogo com LAFER:

“(I) a cidadania entendida como o direito a ter direitos, pois sem ela não se constrói a igualdade que requer o acesso ao espaço público; (II) a fundamentação da repressão ao genocídio como um crime contra a humanidade, pois o genocídio visa a destruição da pluralidade e da diversidade inerentes à condição humana; (III) o alcance do direito à associação, que gera poder e que, na sua forma mais radical de resistência à opressão em situações-limite (impossíveis de serem definidas *a priori*), resgata através da desobediência civil, a obrigação política da destrutividade da violência; (IV) o direito à informação, necessário para a continuidade da esfera pública, e o direito à intimidade, necessário para a preservação do calor da vida humana na esfera privada – examinados neste trabalho – são, penso eu, numa demonstração da eloqüente capacidade do pensamento arendtiano de indicar caminhos teóricos a partir de problemas concretos.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 31).

Essas mudanças e multiplicações dos direitos, seja no plano teórico ou normativo, geraram a possibilidade da divisão dos direitos humanos em dimensões relacionando-os diretamente com as mudanças sociais¹³.

No que toca à nomenclatura “dimensão” ou “geração”, prefere-se o termo “dimensão” vez que o termo “geração” dá a impressão equivocada de que os direitos humanos se substituem ao longo do tempo, o que não ocorre¹⁴.

A primeira dimensão dos direitos humanos¹⁵ tem suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que defende como finalidade precípua do Estado a realização da liberdade do indivíduo; bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação, das reivindicações da classe burguesa nas primeiras Constituições escritas do ocidente.

¹³ Quanto às mudanças sociais e conseqüentemente à multiplicação dos direitos, com sua divisão em dimensões, afirma Sarlet:

“Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferentes posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos humanos.’” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47-48)

No mesmo sentido, leciona Tavares:

“A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar-se em diversas dimensões de projeção de tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos “*encarnam la dignidad del hombre*”.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 357)

¹⁴ “É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A idéia de “gerações”, contudo, é equivocada, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 362).

¹⁵ Quanto aos direitos de primeira geração afirma Lembo:

“São direitos elaborados (visualizados) pelo pensamento liberal e procuram obstar a ação do Estado contra as pessoas. Essa geração de direitos busca preservar a vida, a integridade física, a liberdade, a dignidade, a intimidade e a inviolabilidade do domicílio.

Constituem direitos de liberdade, conhecidos como direitos negativos, pois se opõem à possibilidade de o Estado agir sem limites contra as pessoas.” (LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 15).

Esses direitos correspondem a uma espécie de defesa ou oposição ao Estado arbitrário, apregoando a liberdade e autonomia individual do ser humano, de forma a delimitar espaços de não-intervenção do Estado¹⁶.

Dentre os direitos de primeira dimensão, destacam-se os direitos de inspiração jusnaturalista, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, que delimitam a chamada igualdade formal. Mais tarde, se complementam pela liberdade de expressão coletiva, tais como as liberdades de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, etc.; e pelos direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva. Algumas garantias processuais: devido processo legal, direito de petição e *habeas corpus*, também se incluem nessa classificação.

Os direitos da primeira dimensão ou direitos da liberdade, conhecidos também como direitos negativos, marcam os limites ao poderio Estatal, de forma a impedir a ação discricionária e arbitrária dos governos face às pessoas.

Atualmente, afirma-se que os direitos de liberdade também são aplicáveis na esfera privada, no direito privado, valendo tanto para as pessoas físicas quanto jurídicas. Situação essa que marca limites, por exemplo, entre os cônjuges que não podem obstar o exercício mútuo de liberdade, bem como, os empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, que não podem vetar o exercício do direito de liberdade pelos empregados.

A segunda dimensão dos direitos nasceu em fins do século XIX e início do século XX, inserindo-se na tradição do constitucionalismo social, inspirado pelo legado socialista, que tem como marco importante a Constituição de Weimar, de 1919.

Os direitos de segunda dimensão são também conhecidos como direitos sociais ou coletivos, relativos à cidadania social e econômica, correspondendo aos direitos à educação, à saúde, à segurança nacional e ao bem-estar social¹⁷.

¹⁶ Nessa esteira, afirma Bastos: “As liberdades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que nos fins do século XVIII. Já se viu como o liberalismo procurou assegurar uma liberdade contra o Estado, garantindo a vida e o direito de locomoção, de expressão do pensamento e de propriedade. Ao lado desses direitos procurou tornar efetiva a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado. Era a consagração do governo democrático.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000, 21 ed., p. 171.)

¹⁷ Acerca dos direitos humanos de segunda dimensão, afirma Lembo: “Os direitos sociais exigem prestações do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda geração enfatizam as novas conquistas do homem, respondendo a um anseio geral de confirmação do indivíduo como pessoa cultural, socialmente operante e economicamente ativo.

Com o grande desenvolvimento da indústria e com a crescente opressão das classes operárias, surgiu então a necessidade da institucionalização de direitos sociais que limitasse as explorações capitalistas.

Nesse período, a classe oprimida e explorada era a dos trabalhadores, que se encontravam empobrecidos, expropriados e insatisfeitos com o Estado Liberal. Assim, eclodiram várias lutas sociais pela classe operária, com características de crítica social e ideais socialistas.

Saint-Simon e Charles Fourier influenciaram o pensamento socialista da época. No entanto, Karl Marx é o autor fundamental para se entender as reflexões acerca dos direitos humanos sociais do período.

Marx elaborou conceitos-chaves ao pensar nas lutas de classes, com severas críticas ao Direito Positivo, pois o entendia como um conjunto de normas elaboradas pela burguesia, com anseios e características burguesas, responsável pela desigualdade entre o operariado e a classe burguesa.

Esse contexto, marcado pela revolta dos trabalhadores associado ao desenvolvimento e difusão das teorias socialistas que se desenvolviam por toda a Europa, possibilitou que a classe oprimida reivindicasse a positivação de direitos visando a sua proteção, contribuindo para o surgimento dos direitos sociais. Esses, por sua vez, representavam a intervenção do Estado na vida econômica e social, como meio de equilibrar e proporcionar igualdade social, promovendo a regulamentação do mercado de trabalho.

Mediante os movimentos reivindicatórios e o surgimento dos direitos sociais, não se pretendia mais evitar a intervenção estatal no plano da liberdade individual, mas, sim, propiciar o direito de participação no chamado bem-estar social, realizando-se, por conseguinte, a liberdade e a igualdade, ambas em sentido material. Cabia ao Estado essa proteção, que por meio de atuação efetiva, promovesse justiça social.

Aqui se quer o Estado ativo, buscando afastar as iniquidades sociais e oferecer condições de sobrevivência para as pessoas (alimento, moradia, educação, lazer, saúde, entre outros).

Os direitos sociais nascem da pregação socialista. Esta apontava os direitos de liberdade como meramente formais, sem efetiva concretização. Argumentavam os socialistas que as pessoas necessitavam de requisitos mínimos de sobrevivência para poderem ser efetivamente livres.

Os direitos sociais alteram o princípio da autonomia da vontade, conferindo aos economicamente fracos proteção legal em suas obrigações laborais. (LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 16)

Interessante destacar que, na fase da primeira dimensão, os direitos humanos consistiam, basicamente, no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade através da não-intervenção do Estado. Já a partir da segunda dimensão, tais direitos passaram a compreender garantias, através da intervenção estatal, da promoção da justiça social e da cidadania ¹⁸.

Dentre os direitos sociais estão as prestações sociais estatais, como: assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros. Além dos direitos sociais, econômicos e culturais de cunho positivo, incluem-se também as denominadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito à greve, os direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, jornada de trabalho limitada, etc.).

Nessa linha de evolução histórico-social, temos os direitos humanos de terceira dimensão. Esses possuem caráter humanitário e universal, pois não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo tão somente, nem mesmo de um grupo ou determinado Estado, mas sim, estão voltados ao gênero humano em caráter universal. A atenção está centralizada no conceito humanitário, destacando a adequação dos valores consagrados pela experiência humana em face da nova dinâmica social, cultural e econômica.

Os direitos de terceira dimensão destacam o homem em caráter universal, sendo consagrados os direitos ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e qualidade de vida, ao consumo, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, dentre outros. Vale apontar que, para a sua plena efetivação, são exigidos esforços e responsabilidades até mesmo em escala global, pois só assim os direitos de terceira geração serão realmente observados dada a sua natureza e característica universal.

¹⁸ Acerca da intervenção do Estado na ordem econômica e social, ensina Bastos:

“De outro lado, e essa talvez seja a alteração mais profunda, surgiram os direitos cujo conteúdo consiste na possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado. Este não permanece neutro diante das disparidades sociais. [...]”

O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão, o que, de certa forma, repudia a liberdade que no início se quis assegurar. Infelizmente, numa certa medida, esses direitos de liberdade e igualdade são antagônicos. A liberdade implica a existência do risco. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000, 21 ed., p. 172-173.)

Os direitos de terceira dimensão são também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade relativos aos grupos humanos. Nesses, incluem-se os direitos difusos e coletivos.

Ferreira Filho¹⁹, acerca das três dimensões dos direitos humanos, asseverou: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Não obstante ao já mencionado, cabe dizer que alguns doutrinadores ainda acrescentam uma quarta dimensão dos direitos humanos, que compreende a globalização dos direitos humanos.

Entendem os autores que é necessária a globalização dos direitos humanos, pois só assim será legítima e possível a globalização política. Essa globalização, na verdade, representa o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.

Destaca-se o posicionamento de Bonavides²⁰ que sustenta ser a quarta dimensão "o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social".

Acerca das quatro dimensões dos direitos humanos, resumiu Bonavides²¹:

Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo o vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Por fim, interessante destacar que atualmente nota-se a preocupação de se implementar a quarta dimensão dos direitos humanos, constatada no

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 525.

²¹ *Ibid.*, p. 525-526.

surgimento dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e na criação de órgãos internacionais dos direitos humanos.

Percebe-se, assim, a nítida globalização dos direitos humanos, como necessidade atual.

Corroborando esse entendimento, postula Smanio:

Os direitos humanos e os direitos da cidadania são desta forma duas manifestações dos direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado Constitucional, assim como pela comunidade internacional.²²[...]

É preciso considerar o cidadão dentro de um cenário internacional cosmopolita, pois esta é a única forma de enfrentar os abusos dos fundamentalistas do mercado mundial, impondo globalização econômica a sociedades que ainda não resolveram problemas básicos dos direitos da cidadania.²³

Resumindo as quatro dimensões dos direitos humanos, vale lembrar o quadro dos direitos humanos elaborado por Sarlet²⁴:

Direitos humanos da 1ª. Dimensão

- "Direitos de resistência ou de oposição perante o Estado" (BONAVIDES).
- Os consagrados nas primeiras constituições escritas.
- Liberdades de expressão coletiva.

Direitos humanos da 2ª. Dimensão

- "Direito de participar do bem estar social (LAFER).
- Liberdade por intermédio do Estado.
- Direitos a prestações sociais estatais.

Direitos humanos da 3ª. Dimensão

- Se desprendem da figura do homem.
- Indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação).

Direitos humanos da 1ª. Geração

- Liberdades públicas.
- Direitos subjetivos de resistência, de oposição ao Estado.
- Direitos de liberdade.

Direitos humanos da 2ª. Geração

- Direitos econômicos e sociais.
- Nascem no princípio de igualdade.
- Direitos da igualdade.

Direitos humanos da 3ª. Geração

- Direito ao desenvolvimento.
- Direito à paz.
- Direito ao meio ambiente.
- Direito à propriedade sobre o bem comum

²² SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 334.

²³ Ibid., p. 336.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123.

- Uma resposta do fenômeno denominado "poluição das liberdades" (PÉREZ LUÑO).

Direitos humanos da 4ª. Dimensão

"compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima a possível globalização política" (BONAVIDES).

da humanidade.

- Direito de comunicação.

- Direito de solidariedade ou fraternidade.

Direitos humanos da 4ª. Geração

- Globalização dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO II: TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 - O Conceito de Tratado e seus atributos

Na concepção de Rezek²⁵, tratado “é todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Pode-se dizer que por tratado entende-se o ato jurídico pelo qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos internacionais.

Do conceito elaborado por Rezek²⁶, nota-se a presença dos atributos inerentes aos tratados, quais sejam: formalidade, atores específicos e produção de efeitos.

No que tange à formalidade, o referido autor menciona o fato de que o teor dos tratados internacionais possui “contornos bem definidos”. Esse fator é o que distingue os tratados do costume, pois este possui meios diversos de elaboração que a celebração convencional.

Outro ponto a ser ressaltado é a escritura, pois a forma escrita é essencial ao feitiço documental dos tratados.

Corroborando essa afirmação, pode-se citar a Convenção da Havana, de 1928 e a de Viena, de 1969 que estabelecem:

Convenção da Havana sobre tratados, art. 2º: “É condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, prorrogação, renovação ou recondução serão igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário.

Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, art. 2º, I, a: “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito [...]”

O segundo atributo do conceito de tratado refere-se aos atores específicos que, por sua vez, correspondem às partes do tratado que,

²⁵ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

²⁶ *Ibid.*, p. 14.

necessariamente, devem ser pessoas jurídicas de Direito internacional público, quais sejam, Estados soberanos e as organizações internacionais. Em relação aos Estados soberanos, vale ressaltar a Santa Sé, que se equipara como tal.

Por fim, o último atributo a ser apresentado é a produção de efeitos jurídicos, fator essencial aos tratados.

A produção de efeitos jurídicos pode ser visualizada por meio da análise da dupla qualidade dos tratados, uma vez que são, ao mesmo tempo, ato jurídico e norma.

Ato jurídico porque resulta da manifestação de vontade, e como “resultado” produz a norma gerando efeitos jurídicos ao atribuir direitos e obrigações.

No que diz respeito ao “ato jurídico”, como forma de manifestação de vontade, uma questão interessante a ser pontuada é o problema das diferentes formas de acordo de vontade entre os Estados. Nesse sentido, vale mencionar a distinção entre a figura do “*gentlemen's agreement*” do tratado.

O primeiro refere-se a um pacto pessoal entre estadistas, tendo como base a honra sendo, portanto, um compromisso moral que permanece apenas enquanto seus atores estiverem no poder. Não se equiparam ao tratado vez que não estabelecem vínculo jurídico entre Estados soberanos, mas sim entre líderes de governos, pessoas humanas revestidas de autoridade pelo cargo que ocupam. Além disso, não produzem efeitos jurídicos, mas apenas um compromisso de índole moral.

O tratado, ao contrário, é um compromisso formal, que faz lei entre os Estados-partes e que produz efeitos jurídicos face à observância das normas e condutas nele estipulado.

Face ao já mencionado, nota-se a predominância do termo “tratado” como forma de nominar os acordos celebrados entre pessoas jurídicas de direito internacional público. No entanto, a nomenclatura “tratado” não é única e exclusiva.

Nessa esteira, vale lembrar as terminologias utilizadas para representar o fenômeno convencional. As variantes terminológicas de “tratado” concebíveis em português, de uso livre e aleatório, são: acordo, ajuste, arranjo, convenção, convênio, declaração, regulamento, estatuto, memorando, pacto, protocolo, constituição, contrato, ata, ato, carta, código e compromisso. Apenas o termo concordata possui significação singular, que corresponde ao tratado bilateral,

cuja uma das partes é a Santa Sé e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja Católica local e o Estado co-pactuante.

2.2 - Forma de incorporação dos tratados no direito brasileiro

No tópico 2.1 foi ressaltado que são partes, em todo tratado, necessariamente, as pessoas jurídicas de direito internacional público que, na verdade, correspondem aos Estados soberanos e às organizações internacionais.

Agora, cabe destacar a forma de incorporação dos tratados no direito brasileiro, começando pela análise do representante, devidamente habilitado para agir em nome das pessoas jurídicas de Direito internacional público, na celebração dos tratados.

Em primeiro lugar, cabe mencionar a figura dos chefes de Estado e, ainda, os chefes de governo no sistema parlamentarista. Ambos possuem competência para agirem em nome do Estado soberano, independentemente de carta de plenos poderes, uma vez que a representatividade dos chefes de Estado e de governo é originária, inerente ao cargo que ocupam.

Em segundo lugar, pode-se citar o ministro de Estado responsável pelas relações exteriores. Esse pode celebrar tratados internacionais em nome do Estado, independentemente, também, de carta de plenos poderes. Sua representatividade diferencia-se da dos chefes de Estado e de governo, pois ao invés de ser originária, considera-se derivada, uma vez que o ministro das relações exteriores só se reputa um plenipotenciário quando é investido pelo chefe de Estado ou de governo, naquela função especializada. Os demais plenipotenciários, normalmente, diplomatas e servidores públicos de outras áreas, também podem agir em nome do Estado, desde que munidos de carta de plenos poderes concedida pelo chefe de Estado.

Uma outra figura a ser destacada é a do chefe de missão diplomática que também possui representatividade exterior independentemente de carta de

plenos poderes, mas apenas para a negociação de tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.

Não obstante, vale lembrar das delegações nacionais, que por sua vez têm relação direta com a fase negocial dos tratados. A individualidade do plenipotenciário, nessa fase, pode tornar-se insuficiente e, portanto, faz-se necessária a presença de um grupo de apoio que lhe auxilie, por exemplo, em assuntos especializados, mas sob sua chefia. Há de prevalecer, dessa forma, sempre a voz do chefe da delegação, em face de eventual discordância entre as opiniões.

Analisando o sistema brasileiro, observa-se que essa competência negocial acima descrita é conferida constitucionalmente ao Presidente da República.

Assim estabelece o art. 84, inciso VIII da Constituição Federal de 1988:

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

Cabe ao Presidente da República iniciar e conduzir as negociações, de modo livre, de forma a beneficiar o Estado brasileiro. Não pode, todavia, manifestar o consentimento definitivo em relação ao tratado, na maioria das vezes, sem o abono do Congresso Nacional.

Concluídas as negociações, o Presidente da República assina o tratado. Essa assinatura, por si só, não vincula definitivamente o Brasil ao tratado, mas se trata de aceite precário e provisório. Representa mero assentimento do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado. Indica, tão-somente, que o tratado é autêntico e definitivo.

Após a assinatura do Poder Executivo, passa-se à apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Primeiramente, a matéria é discutida e votada na Câmara e depois no Senado. É essencial que o tratado seja aprovado nas duas casas. Portanto, obtendo êxito na Câmara e, depois, no Senado, significa que o mesmo está pronto para ser ratificado pelo Presidente da República.

A ratificação é manifestação discricionária do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua existindo, atendendo aos interesses superiores do Estado. É o aceite definitivo do tratado no plano

internacional. Ratificado, o tratado é transmitido aos Estados-partes através do depósito do instrumento de ratificação, para que seja formalizado o compromisso assumido pelo Brasil.

Por fim, o Presidente da República expede decreto de promulgação, que é publicado e marca o início de sua vigência no território nacional. Nesse momento, o tratado internacional obtém executoriedade interna.

Com relação à promulgação, Araújo²⁷ reforça a sua importância ao caracterizá-la como fator essencial à integração do tratado internacional ao Direito interno, de forma que, mesmo tendo sido ratificado e aprovado o tratado pelo Congresso Nacional, se, não promulgado, o tratado não tem executoriedade interna.

Expõe a autora:

Aqui reside um dos grandes problemas com relação à internalização dos tratados no Brasil, pois o STF tem-se pronunciado no sentido de que somente com a promulgação passa o tratado a ser obrigatório em todo o território nacional. A imprescindibilidade da promulgação para validade dos tratados no Brasil foi estabelecida de forma concreta em recente julgamento de carta rogatória proveniente da Argentina, na qual o Protocolo em questão, apesar de ratificado, não havia sido promulgado, pelo que entendeu o STF não estar ainda em vigor no território nacional. Isso apesar da norma contida naquele documento internacional, em seu artigo 29, de que a entrada em vigor se daria 30 dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratificassem. Dessa forma, com a data do instrumento de ratificação do Brasil em 18 de março, deveria entrar em vigor em 17 de abril de 1997.

No entanto, entendeu o Ministro Presidente, em sua decisão, que o aludido Protocolo não integrava, para efeitos domésticos, o ordenamento jurídico positivo vigente no País, pois, muito embora celebrado pelo Governo, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Poder Executivo com o depósito do correspondente instrumento - vinculando, perante seus parceiros do Mercosul o Estado brasileiro na esfera internacional -, não havia sido cumprida a etapa final, que consistia na promulgação por decreto do Presidente da República. Com isso, ainda estava incompleto o iter procedimental indispensável para a recepção do tratado no ordenamento jurídico pátrio, pois este ato seria indispensável para a plena integração do acordo internacional.

Está assente na doutrina e jurisprudência nacional que o momento em que os tratados internacionais passam a integrar o ordenamento jurídico nacional é após a sua aprovação pelo Poder Legislativo e promulgação pelo Poder Executivo.²⁸

²⁷ ARAÚJO, Nádía de. *A internalização dos tratados internacionais no Direito Brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional*. In: *Juris Síntese Millennium*. [S.I.]: Síntese Publicações, 2003, CD-ROM, s/p.

²⁸ ARAÚJO, Nádía de. *A internalização dos tratados internacionais no Direito Brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional*. In: *Juris Síntese Millennium*. [S.I.]: Síntese Publicações, 2003, CD-ROM, s/p.

Em relação à aplicabilidade dos tratados internacionais e sua executoriedade no plano interno, Mazzuoli²⁹, no que diz respeito ao decreto de promulgação expedido pelo Presidente da República, estabelece uma distinção entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os demais tratados.

Segundo o referido autor, e este também é o entendimento adotado no presente trabalho de dissertação, os tratados internacionais de direitos humanos teriam aplicabilidade imediata, sendo dispensada a edição de decreto para que o tratado tivesse executoriedade interna, conforme o art. 5º, § 1º da CF/88, ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Contudo, em relação aos demais tratados internacionais, esses, para materializarem-se no âmbito interno, seria indispensável a edição do decreto.

Assim afirma Mazzuoli³⁰:

Aspecto que não pode ser esquecido é o de que os tratados por nós ratificados, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento. Ressalte-se que, atribuindo-os 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, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário.³¹

Ainda acerca da incorporação dos tratados ao Direito interno, resta mencionar a respeito do disposto no § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispositivo introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro com a emenda constitucional 45.

Assim estatui o referido dispositivo constitucional:

Art. 5º[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p. 117.

³⁰ *Ibid.*, p. 117.

³¹ Cf. ainda A. A. Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 630-635.

Conforme se vê, a própria Constituição regulou distintamente os tratados internacionais de direitos humanos que, após terem sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Convém ressaltar que, para ter força de emenda constitucional, o tratado deve ter sido aprovado pelo *quorum* qualificado de três quintos.

Por último, há que se destacar os temas relativos a “reservas” e “denúncia”, uma vez que representam a insatisfação do Estado em relação a um tratado.

A reserva é definida pela Convenção de Viena em seu art. 2º, § 1º, d, como a declaração unilateral do Estado que “visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado.”

Dessa forma, as reservas indicam a insatisfação do Estado em relação a determinada disposição do tratado, manifestando o propósito de excluir ou modificar o seu efeito jurídico quando de sua aplicação naquele Estado.³²

É interessante destacar, que o tratado continua sendo válido e aplicável internamente no Estado, todavia, com reservas em determinadas disposições.

A denúncia, por sua vez, é um ato unilateral pelo qual o Estado manifesta sua vontade em deixar de ser parte no acordo internacional³³. Nela, o tratado não terá mais aplicabilidade no âmbito do Direito interno do país, encerrando sua executoriedade.

Consubstancia-se a denúncia num instrumento escrito, notificação ou carta.

Nos contratos bilaterais a mensagem do governo denunciante deve ser encaminhada ao governo co-pactuante.

Em tratado multilateral, como ocorre com as convenções da OIT, a carta de denúncia deve ser destinada ao depositário que se incumbirá de fazer cientes as demais partes convenientes.

³² Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66-69.

³³ Cf. REZEK, *Ibid.*, p. 103.

Discute-se sobre a denúncia, se o governo pode efetivá-la sem a consulta ao Congresso Nacional, visto que na Constituição brasileira não há norma expressa sobre denúncia de tratado.

A tese defendida no presente trabalho é de que um ato unilateral de denúncia por parte do presidente da República relativo a tratado internacional fere o artigo 49, I, da Constituição Federal, que trata das competências do Congresso Nacional, que dispõe:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Necessário frisar que um acordo internacional tem força de lei e no Brasil nenhum ato com força de lei vigora sem a anuência do Parlamento.

Vale destacar, ainda, que o Tratado Internacional só entra em vigor após a aprovação do Congresso Nacional, passando a integrar a legislação nacional e sua vigência poderá revogar ou modificar leis que dispuserem em contrário.

Nesse sentido, entender-se que o Congresso Nacional não necessita autorizar a renúncia de um tratado será o mesmo que permitir que o Executivo legisle sozinho.

Da mesma forma que um acordo internacional para vigorar no Brasil precisa ser assinado pelo presidente da República e submetido à ratificação do Congresso Nacional, a extinção desse tratado deve passar pelo mesmo processo. Caso contrário, há violação do texto constitucional, uma vez que o processo legislativo não foi respeitado.

2.3- Hierarquia dos tratados no direito brasileiro

Ao estudar a hierarquia dos tratados internacionais em relação ao direito interno, é de fundamental importância, primeiramente, separar os tratados internacionais em dois grupos: o primeiro formado pelos tratados que

versam sobre direitos humanos; e o segundo grupo, pelos demais tratados internacionais.

Essa divisão é decorrente da própria Constituição Federal que confere natureza distinta aos tratados internacionais de direitos humanos.

Não obstante, a propósito da hierarquia dos tratados internacionais em relação ao direito interno, é importante mencionar a clássica divergência entre as escolas monistas e dualistas.

Os monistas, que adotam um sistema único, se dividiram em duas correntes. A primeira sustenta o primado do direito internacional sobre o direito nacional de cada Estado soberano, ao qual se ajustariam todas as normas internas; enquanto a segunda declara a soberania do direito interno de cada Estado, não sobrepondo qualquer outra norma à Constituição do Estado soberano, prevalecendo sempre ao direito internacional.

Para os dualistas, o direito interno de cada Estado e o direito internacional são sistemas independentes, de forma que as normas internas não necessitam estar em consonância com as da ordem internacional, uma vez que são normas autônomas em relação ao direito internacional.

Dada essa independência, para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que ela passe por um processo de incorporação ao direito nacional.

No que tange à existência de um eventual conflito entre o ordenamento jurídico interno de cada Estado e o direito internacional, a solução depende do sistema adotado. Para a escola dualista, que requer a incorporação da norma internacional ao direito interno, o conflito irá se resolver pelo princípio *lex posterior derogat priori*, admitindo igual hierarquia entre a norma de direito internacional e a norma de direito interno. Essa solução, todavia, pode ensejar a responsabilização do Estado no plano internacional se, porventura, ocorrer a prevalência da norma interna.

Já para a escola monista, em que os ordenamentos formariam um sistema único, a solução se dará pelo critério hierárquico, qual seja, o primado do direito internacional ou o primado do direito interno.

Esses critérios de solução, todavia, se apresentam por vezes, no dizer da doutrina, insatisfatórios para a solução de conflitos em geral, ainda mais quando os tratados internacionais versarem sobre matéria de direitos humanos,

pois a Constituição Federal de 1988 conferiu a esses tratados hierarquia jurídica diferenciada.

Portanto, a solução dos conflitos apresentada pelos métodos clássicos tornam-se ineficazes, necessitando, dessa forma, de novos critérios de solução.

2.3.1 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

Conforme anteriormente mencionado, ao estudar a hierarquia dos tratados internacionais em relação ao direito interno, é de fundamental importância, primeiramente, separar os tratados internacionais em dois grupos: o primeiro formado pelos tratados que versam sobre direitos humanos; e o segundo grupo, pelos demais tratados internacionais.

Quanto à análise do primeiro grupo, dos tratados internacionais de direitos humanos, quatro entendimentos doutrinários diferentes mencionam acerca da hierarquia jurídica dos referidos tratados.

Mister salientar que a hierarquia jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos será melhor tratada no capítulo 3, ao ser estudada a influência dos direitos humanos frente aos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, especificamente no item 3.3, que abordou a natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

No entanto, necessário se faz discorrer, sucintamente, acerca da hierarquia jurídica dos referidos tratados, sob a ótica das quatro teorias formuladas acerca do tema proposto.

A primeira corrente, defendida majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2008, antes da análise do RE 466.343, conferiu aos tratados de direitos humanos hierarquia jurídica de lei federal, adotando o sistema paritário. Dessa forma, não havia distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados, todos possuíam hierarquia de lei ordinária.

Portanto, em caso de conflitos com leis infraconstitucionais adotava-se, alternativamente, o critério cronológico e o da especialidade. Aplicavam-se as regras *lex posterior derogat priori*, ou seja, lei posterior revoga lei anterior que

seja com ela incompatível; e *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, ou seja, lei geral posterior não revoga lei anterior especial.

Nesse sentido, não havia o que se falar em supremacia dos tratados, ou ainda, do direito interno, mas sim de uma análise puramente cronológica e de especialidade.

Conforme supra salientado, atualmente, o sistema paritário, até então defendido majoritariamente no Supremo Tribunal Federal, alterou-se, consolidando mais uma vitória à proteção dos direitos humanos.

Após o julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, novos posicionamentos foram definidos. Vale citar o entendimento agora majoritário no STF, encabeçado pelo ministro Gilmar Mendes, que entendeu terem os tratados de direitos humanos natureza jurídica supralegal, ou seja, são superiores às leis infraconstitucionais, mas inferiores apenas à Constituição Federal. Esse tema será tratado com mais detalhes adiante.

Por outro lado, defendeu o ministro Celso de Mello, no HC 87.585-8 TO³⁴, em seu voto proferido em 12/03/2008, e posteriormente ratificado no RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, posição esta defendida na dissertação.

³⁴ Em seu voto, proferiu o ministro Celso de Mello: “Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 – que introduziu um novo paradigma no cenário nacional – estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

A referida Emenda refletiu clara tendência que já se registrava no plano do direito comparado no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, notadamente quando se tratasse de convenções internacionais sobre direitos humanos, às quais se atribuiu hierarquia constitucional. É o que ocorre, por exemplo, na ARGENTINA (Constituição de 1853, com a Reforma de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (Constituição de 1983, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (Constituição de 1993, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (Constituição de 1992, Arts. 137 e 141), na FRANÇA (Constituição de 1958, Art. 55) e na VENEZUELA (Constituição de 2000, art. 23).

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “*iter*” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*.

A segunda corrente, adotada principalmente Piovesan³⁵ e que corresponde à posição defendida no presente trabalho por entender sê-la mais pertinente ao sistema jurídico constitucional brasileiro, confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional, em decorrência do art. 5º, § 2º da CF/88, que incorporou esses tratados ao rol de direitos constitucionalmente garantidos.

Em decorrência dessa natureza jurídica conferida aos tratados de direitos humanos, pode-se concluir que em casos de conflitos entre esses tratados e leis infraconstitucionais, devem prevalecer os tratados, uma vez que os direitos garantidos constitucionalmente prevalecem sobre aqueles garantidos em normas infraconstitucionais.

Por outro lado, em caso de conflito entre a Constituição Federal e o tratado de direitos humanos, tem-se, portanto, um conflito entre normas constitucionais, haja vista que os tratados de direitos humanos são incorporados aos direitos constitucionalmente garantidos. Nessa hipótese, a solução se dará pelo critério da norma mais favorável ao indivíduo.

A terceira corrente doutrinária a ser destacada é o posicionamento manifestado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RHC n. 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, bem como do ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do HC n. 90.172-SP, em junho de 2007, e no recente julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, que atualmente corresponde ao entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

Os Ministros defendem a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos. Nesse caso, em caso de conflitos entre os tratados de direitos humanos e leis infraconstitucionais, prevalecerão sempre os tratados, uma vez que são colocados em grau hierárquico superior às leis internas.

Por último, o quarto entendimento a ser mencionado é aquele que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia jurídica supraconstitucional.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, passim.

Dentre os autores defensores desse entendimento, pode-se mencionar Agustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel³⁶.

Segundo eles, os tratados de direitos humanos possuem hierarquia jurídica superior até mesmo em relação à Constituição Federal. Desta feita, em caso de conflitos entre esses tratados e as leis infraconstitucionais ou até mesmo constitucionais, prevalecerão sempre os tratados, haja vista que estão em grau hierárquico superior às leis internas.

2.3.2 Hierarquia dos demais tratados internacionais

Quanto à análise do segundo grupo, acerca da hierarquia dos demais tratados internacionais, é importante destacar duas posições defendidas na doutrina brasileira.

Para uma primeira corrente, os tratados estão em paridade com o direito interno equiparando-se à lei ordinária, enquanto que para uma segunda corrente, os tratados possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Cabe ressaltar que ambas conferem aos demais tratados hierarquia infraconstitucional.

A doutrina afirma que o fundamento que confere aos tratados internacionais hierarquia infraconstitucional pode ser extraído da Constituição Federal/88 em seu art. 102, III, “b”, ao conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados. Assim afirma o texto constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

No dizer de Moraes³⁷,

³⁶ Cf. PIOVESAN, *Ibid.*, p. 91-93.

[...] como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte, como já afirmado, erigiu o STF em guardião da Constituição, prevendo sua competência recursal extraordinária, para assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica, possibilitando, portanto, ao Pretório Excelso, somente a análise jurídico-constitucional do recurso, mas jamais o reexame da matéria fática.

Dessa forma, tendo os demais tratados internacionais hierarquia infraconstitucional, a doutrina estabelece que em caso de conflito com a Constituição Federal, prevalecerá sempre esta, por ser norma Suprema.

Rezek³⁸ afirma que,

[...] para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Conferindo, portanto, natureza infraconstitucional aos tratados internacionais, cabe agora mencionar a respeito da hierarquia jurídica dos tratados em relação às normas do direito interno.

A primeira corrente a ser destacada é a posição defendida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, que desde 1977 no julgamento do Recurso extraordinário 80.004 acolhe o sistema paritário³⁹, equiparando hierarquicamente o tratado internacional à lei ordinária.

Desde 1977 o STF mantém sua posição em relação ao sistema paritário, como se pode notar dos posicionamentos do Min. Celso de Mello, que se seguem:

[...] exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais – inclusive aqueles celebrados no âmbito da organização internacional do trabalho (OIT) – que já se acham

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p.1397.

³⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96.

³⁹ “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.” (Ibid., p. 97)

incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais [...] (STF – ADIMC 1.347 – DF – T.P. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 01.12.1995) (JURIS SÍNTESE , 2003)

[...] Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil [...] (STF – EXT 662 – PU – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 30.05.1997) (JURIS SÍNTESE, 2003)

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 74.376-RJ, julgado em 9 de outubro de 1995, conferiu, também, hierarquia jurídica de lei ordinária aos tratados, como pode ser visto do trecho do acórdão adiante:

Tratado Internacional. Lei ordinária. Hierarquia.
 Tratado Internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo.
 Direito do autor. A obrigação assumida pelo Brasil de proteção do direito autoral, no campo internacional, não significa deva ser outorgada aquela que tem o autor em seu país, mas que será dispensado o mesmo tratamento concedido aos sob sua jurisdição [...] (JURIS SÍNTESE, 2003)

A partir do sistema paritário adotado pelo STF e STJ, o critério de adoção de conflitos entre os tratados internacionais e o direito interno infraconstitucional é a adoção alternativa dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*) e da especialidade (*lex posterior generalis no derogat legi priori specialí*).

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de Direito Interno: STF – “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat*

priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes” (STF – Pleno – Adin nº 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, nº 135).

A adoção do critério cronológico, especificamente, pode ser observada em um trecho do voto do Ministro Cordeiro Guerra, quando do julgamento do Recurso extraordinário 80.004 em 1º de junho de 1977, ao afirmar que:

Os casos de conflito entre duas disposições - uma de Direito interno e outra de Direito internacional - se resolverão, portanto, pela mesma regra geral destinada a solucionar o conflito entre as leis: *lex posterior derogat legi priori*. (JURIS SÍNTESE, 2003)

Já o critério da especialidade, é destacado por Araújo⁴⁰:

No que diz respeito à regra das normas gerais *versus* normas especiais, entendemos que essa modalidade também não se configura como um exemplo de monismo, pois o tratado já se incorporou ao ordenamento interno e está sendo objeto de um método de interpretação aplicável aos conflitos entre as leis em geral.

Assim, todo tratado, após sua entrada no ordenamento jurídico pátrio, pode ser submetido à interpretação a partir do critério da especialidade das regras nele contidas em relação ao Direito interno - *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Nesse sentido, veja-se, especialmente o caso abaixo, julgado pelo STJ:

Lei - Tratado.

O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes a sucessão temporal das normas, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.

Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.

Esse posicionamento defendido pelo STF e STJ de adoção do sistema paritário é duramente criticado por alguns autores, dentre eles, Piovesan⁴¹.

Segundo ela, a adoção do sistema paritário constitui afronta à Convenção de Viena sobre direito dos tratados e viola o princípio da boa-fé, uma vez que o art. 27 da Convenção de Viena (1969), ao tratar da observância dos tratados em relação ao direito interno, estabelece que “Uma Parte não

⁴⁰ ARAÚJO, Nádía de. A internalização dos tratados internacionais no Direito Brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional. In: *Juris Síntese Millennium*. [S.l.]: Síntese Publicações, 2003. CD-ROM, s/p.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, passim.

pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado”.

Nesse sentido, afirma Piovesan⁴²:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratados. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento.

Outro ponto interessante abordado pela autora que merece ser destacado, é o fato de que o não cumprimento do tratado invocando como justificativa disposições de direito interno, corresponde indiferença às consequências no plano internacional pelo seu descumprimento. Nesse caso, o Brasil não estaria dando importância às penalidades que, porventura, estaria obrigado a responder no plano internacional. Tais consequências são tidas como irrelevantes, caracterizando um descaso à ordem internacional.

A segunda corrente acerca da hierarquia dos demais tratados internacionais é a posição defendida, principalmente, pela autora acima referida, que critica, de modo severo, o posicionamento do STF e STJ, apresentando seus fundamentos e propõe uma nova posição a ser instaurada.

Segundo ela, os demais tratados internacionais possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Dessa forma, os tratados teriam hierarquia superior ao direito interno, submetendo-se hierarquicamente apenas às disposições da Constituição Federal.

Esse posicionamento, para parte da doutrina, atenderia ao princípio da boa-fé e inclusive às disposições da Convenção de Viena.

Nesse sentido afirma Piovesan⁴³:

⁴² Ibid., p. 85-86.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 83.

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

Mello⁴⁴ ao analisar a posição defendida pelo STF, no sentido de se fazer prevalecer a lei interna que seja posterior ao tratado, critica esse posicionamento e afirma que a jurisprudência brasileira não pode se basear numa concepção de soberania que desapareceu em 1919.

Sustenta o referido autor:

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº. 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas.⁴⁵

Ainda com relação à hierarquia conferida aos tratados internacionais, vale lembrar o destaque realizado por ARAÚJO (1999, s/p.) ao mencionar uma única exceção a primeira corrente demonstrada, qual seja, a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal que confere hierarquia de lei ordinária aos demais tratados. Essa hipótese configura-se apenas na órbita tributária, pois de acordo com o art. 98 do Código Tributário, os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação tributária interna. Dessa forma, segundo a autora, os demais tratados teriam hierarquia de lei complementar e não de lei ordinária.

⁴⁴ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123.

⁴⁵ “O atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um “ordenamento jurídico supranacional” e os tratados acima das leis e só tendo acima deles a própria Constituição. A Constituição Argentina após 1994 permite tratados de integração e que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais, bem como antes desta data a Corte Suprema de Justiça já afirmava que os tratados estavam acima da lei interna e não eram revogados por esta. No Uruguai o tratado é equiparado à lei e o mais recente revoga o anterior.” (Ibid., p. 122).

Nesse sentido, dispõe o art. 98 do CTN: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

CAPÍTULO III: OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS AO DIREITO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

3.1 A prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988

Sob a ótica do direito constitucional, os direitos humanos tiveram grande destaque a partir da Constituição Federal de 1988, que representa, no plano jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, propondo avanços no que tange à proteção dos direitos humanos, consagrando os direitos e garantias fundamentais e protegendo os setores mais vulneráveis da sociedade, a partir da ruptura com o regime autoritário militar.

Acerca do processo de democratização do Estado brasileiro, vale lembrar os ensinamentos de Bruno Neto⁴⁶:

O Estado Democrático visa segurar o exercício dos direitos sociais e individuais, assim como a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Inúmeros são os objetivos, os fins últimos, que pretende a Constituição alcançar no Estado Democrático. O primeiro deles é o exercício dos direitos sociais e individuais. Para Cesarino Júnior os direitos sociais assim se definem: 'o complexo de princípios e normas imperativas que têm por objeto a adaptação de forma jurídica à realidade social, considerando os homens na sua personalidade concreta e como membro dos grupos sociais diferentes do Estado e, tendo em vista, principalmente, as diferenças de situação econômica entre eles existentes'. [...] Outro propósito que busca a Constituição é a segurança que deve ser entendida em seu sentido amplo: a segurança jurídica e a segurança pessoal. [...] Outro propósito da Constituição é assegurar o desenvolvimento é o econômico. A igualdade é outro objetivo da Constituição. Por fim, o Estado Democrático deverá construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos que abrace todos aqueles que aqui nasceram ou que vierem viver, sem qualquer preconceito de raça, de cor, de trabalho, de sexo, de origem familiar ou de condição sócio-econômica. Esta pluralidade na sociedade é que realmente constitui um dos fatores da existência da Nação.

A Constituição de 1988 representa o grande marco constitucional de inserção dos direitos humanos no direito brasileiro e por isso ficou conhecida como Constituição Cidadã.

⁴⁶ BRUNO NETO, Francisco. *Constituição Federal: academicamente explicada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, p. 2.

Convém lembrar, ainda, que a Constituição/88 além de proteger internamente os direitos humanos, reconheceu as obrigações internacionais nesse campo, reforçando-os, contribuindo significativamente para a internacionalização dos direitos humanos.

Nesse sentido, a Constituição, em seu art. 4º, inciso II estatui:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II – prevalência dos direitos humanos;

O princípio da prevalência dos direitos humanos deve ser interpretado de forma ampla, já que vincula a ação diplomática brasileira, devendo ser respeitados os tratados e atos unilaterais que versarem sobre direitos humanos.

O direito internacional tem interpretado esse princípio no sentido de que toda e qualquer decisão dos tribunais internacionais de que o Brasil aceite a jurisdição obrigatória, e desde que versem sobre direitos humanos, deve ser acatada no direito interno. A título de exemplo, podem-se citar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil aceita desde 1998.

Vale lembrar, ainda, o disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece: "O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos".

A criação do Tribunal Penal Internacional, por sua vez, garante maior proteção e eficácia dos direitos humanos. Acerca desse tema, em específico, por não constituir objeto central de análise no presente trabalho, face à sua complexidade e extensão, ele não será abordado, vez que demandaria estudo detalhado acerca do assunto.

A Constituição de 1988, ao contrário das constituições anteriores que se limitavam a garantir os valores da independência e soberania do país, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, inclusive, como princípio norteador nas relações internacionais.

Importante destacar que, o princípio da prevalência dos direitos humanos não significa tão somente a submissão da Nação no processo de elaboração de regras vinculadas ao direito internacional dos direitos humanos,

mas também representa a busca da plena integração das normas internacionais à ordem jurídica interna.

Nessa esteira, é o que preceitua o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Brasileira de 1988, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Comprova-se, assim, a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos.

Não obstante, faz-se necessário asseverar que o fato de a Constituição estabelecer que nas relações internacionais deve-se observar a prevalência dos direitos humanos, isso implica dizer que o Brasil reconhece a existência de limites à idéia de soberania estatal, tendo como parâmetro e prevalência o respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, nota-se a ruptura com a idéia de soberania estatal cega, absoluta, dando espaço à proteção dos direitos humanos. Na verdade, pode-se dizer que a soberania está relativizada em prol da prevalência dos direitos humanos.

A Carta Magna de 1988 ampliou substancialmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, sendo que, desde o seu preâmbulo, destaca a consolidação do Estado Democrático de Direito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁷

Ante ao acima exposto, observa-se o avanço significativo da Constituição Federal de 1988 na proteção dos direitos humanos, fazendo jus ao apelido de Constituição Cidadã, face aos seus princípios e normas que garantem o Estado Democrático de Direito e a prevalência dos direitos humanos, ainda que oriundos dos tratados internacionais.

⁴⁷ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

3.2 Direitos humanos como instrumento modelador do Estado brasileiro e garantidor da cidadania

Conforme já salientado no capítulo primeiro, a expressão “Direitos Humanos”, como o próprio nome já diz, são os direitos do homem. Pode-se dizer que são direitos que visam a resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Nesse sentido, os direitos humanos representam o principal instrumento modelador do Estado brasileiro, como forma de garantir a cidadania e promover uma sociedade mais justa e solidária⁴⁸.

É inimaginável uma sociedade sem a proteção dos direitos humanos, pois são eles que ditarão as normas de convivência pacífica entre os povos, inclusive, no que tange aos aspectos econômico-financeiros, evitando a exploração demasiada e prejudicial do capitalismo, em que o ser humano fica em segundo plano, dando ensejo à exploração do trabalho humano em prol do enriquecimento de uma classe privilegiada.

É inegável que a proteção e aplicação dos direitos humanos são imprescindíveis para o convívio pacífico em sociedade, marcada pela ganância dos povos e sentimentos individualistas.

Assim, faz-se necessária a presença do Estado, como forma de regular e minimizar os problemas sociais, por meio da intervenção estatal na sociedade.

Essa intervenção, por sua vez, não pode se dar de forma discricionária e sem princípios norteadores, pois se assim acontecer, a sociedade volta a ser submetida à ditadura, sistema autoritário e predatório da liberdade humana, representando um retrocesso aos direitos e garantias fundamentais alcançados.

O principal instrumento norteador do Estado na intervenção estatal devem ser os direitos humanos. Eles são os parâmetros e limites pelos quais o Estado deve-se nortear para regularizar e administrar a sociedade.

⁴⁸ Corroborando a afirmação, ensina Moraes: “Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 20)

A título de exemplificação, vale lembrar da necessidade do Estado em regular a ordem econômica, valendo-se dos ideais dos direitos humanos. Para isso, cabe apontar acontecimentos históricos, que deram ensejo à necessidade da intervenção estatal, como mecanismo eficaz de proteção aos direitos humanos.

Nesse ponto, é importante destacar que os direitos econômico e concorrencial⁴⁹ se mostram como instrumentos para a garantia dos direitos humanos, em relação aos aspectos econômico-financeiros e que, na verdade, contribuem para a valorização do princípio da igualdade, abolindo as formas de injustiça social e desigualdade econômica.

Pode-se dizer que os direitos econômico e concorrencial, bem como o direito do trabalho, se apresentam como fragmentos dos direitos humanos em face de uma sociedade mais justa e solidária.

Historicamente, o mundo dominado pela chamada cultura ocidental teve a estrutura jurídica construída à base do relacionamento pela troca, como fato econômico básico.

Pode-se afirmar que o funcionamento da atividade econômica se assegurava na disputa e na livre concorrência de mercado como manifestação da autonomia de vontade.⁵⁰ O liberalismo econômico é quem regia, portanto, as relações sócio-econômicas.

Por outro lado, esse cenário deu margem à intensificação das lutas pela dominação do mercado e o consequente desequilíbrio sócio-econômico. A livre concorrência, que antes representava a manifestação da vontade, passa agora a simbolizar meios de opressão por parte das empresas detentoras de

⁴⁹ Necessário mencionar que o direito econômico e o direito concorrencial são figuras distintas, embora um seja fenômeno do outro. Assim, entende-se o direito econômico como o ramo do direito que trata da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. É o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Já o direito concorrencial, pode ser entendido como fenômeno do direito econômico. Isto pois, o direito concorrencial é uma “técnica” voltada a atingir determinada política pública; que se ocupa da regulação do uso do poder econômico e tem seu conteúdo voltado para o estudo e a regulação da atividade empresarial, impedindo que as forças naturais do mercado sirvam de obstáculo ao livre exercício do comércio.

⁵⁰ Assim foi que se consolidou e aperfeiçoou a chamada “economia de mercado”. Baseia-se no fato econômico “troca”, aprimorada com instrumentos como a “moeda” e o “crédito”. Elaborou-se sob o princípio da “disputa”, que inspirara a própria idéia da “luta pela vida”, elevada às culminâncias do pensamento filosófico e político do século XIX.

Para esse tipo de estrutura da vida social, a exaltação do indivíduo se faria por meio da sua “vontade” como expressão máxima e definitiva do seu “interesse”. A “autonomia da vontade” figuraria, pois, como o elemento essencial do relacionamento entre os indivíduos. O “contrato”, nela baseado, figuraria como instrumento fundamental da objetivação do próprio Direito. (SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 238).

elevado poder econômico sobre as empresas mais enfraquecidas, sem contar a exploração do trabalho humano, cada vez mais predatório. Assim, a concorrência “perfeita”, antes pretendida, se mostra vulnerável.⁵¹ A liberdade econômica torna-se mecanismo de exploração do trabalho.

Observa-se, nesse contexto, a decadência do liberalismo econômico e sua ineficácia, dando ensejo à necessidade imperiosa da intervenção estatal. O Estado, portanto, valendo-se de todo o seu aparato coativo, utiliza-se do Direito, como meio eficaz de assegurar a regulação e restauração da ordem econômica, a fim de preservar o direito de concorrência e os direitos dos trabalhadores.

Weber⁵², ao contrário, ao abordar a relação existente entre o direito e a economia, realizando-a de forma puramente teórica e conceitual, afirma que a garantia dos direitos da sociedade não dependeria do Estado para ser preservada. A economia não necessitaria do Estado, e por via transversa, do direito, para se organizar, se desenvolver e se manter. Embasando sua afirmação, o referido autor elenca algumas situações em que, mesmo sem a intervenção estatal, a economia se desenvolvia e se organizava de maneira satisfatória.⁵³

No entanto, Weber⁵⁴ adverte que embora do ponto de vista teórico, conceitual, a economia não dependa do Estado, na prática, o direito seria imprescindível para o bom andamento e funcionamento da economia moderna, uma vez que esta se baseia em diferentes classes, todas elas com interesses diversos, salientando, ainda, a complexidade das transações sócio-econômicas.⁵⁵

⁵¹ Dessa forma, a “concorrência livre” passou a figurar como “princípio ideológico” do Direito Liberal, segundo o qual sobre ela não se deveria pronunciar o Poder Público. Muito cedo, porém, manifestou-se a sua vulnerabilidade provocada pelo domínio dos mais fortes, tornando possível até a sua própria anulação. Foram sendo conhecidas, então, as formas extremas dessa vulnerabilidade, de um lado, pelo “monopólio”, com o total domínio do mercado pelo “ofertante”, o “vendedor”; e, do lado oposto, pelo “monopsônio”, com o total domínio exercido pelo “procurante”, o “comprador”. (Ibid., p.239)

⁵² WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: UNB, v. 1, 1991, passim.

⁵³ Do ponto de vista puramente teórico, a garantia “estatal” dos direitos não é indispensável para fenômeno econômico fundamental algum. A proteção da propriedade está também garantida pelo apoio do clã. A garantia do pagamento de dívidas foi, às vezes, realizada pelas comunidades religiosas (mediante a ameaça de excomunhão) mais eficazmente do que pelas políticas. E também já existiu “dinheiro”, em quase todas as suas formas, sem garantia estatal de sua aceitação como meio de pagamento. (Ibid., p. 226).

⁵⁴ Ibid., passim.

⁵⁵ Do ponto de vista puramente “conceitual”, portanto, o “Estado” não é necessário para a economia. Mas, sem dúvida, o funcionamento de uma ordem econômica do tipo moderno não é possível sem uma ordem jurídica de caráter muito especial, a qual, na prática, só pode ser uma ordem “estatal”. (Ibid., p. 226)

Nesse cenário, portanto, de inúmeras classes distintas, cada uma com interesse diverso, sendo possível o surgimento de conflitos em prol do poderio econômico, é que se observa a necessidade da existência de um direito concorrencial, que tem como pressuposto regular o mercado, garantindo a livre iniciativa e, conseqüentemente, a efetiva concorrência, com vistas a uma sociedade mais digna e justa, ideal esse propugnado pelos direitos humanos.

Não obstante, vale lembrar, ainda, de outro fator de grande relevância social que afeta diretamente as estruturas econômicas de mercado. Resta mencionar os efeitos do fenômeno da globalização na economia.

No que tange à globalização, oriunda da intensificação das relações entre os países, pode-se dizer que possibilita o surgimento de grandes empresas, com estruturas invejáveis, detentoras de elevado poder econômico e que, em razão desse poderio, acabam exercendo dominação do mercado. Podem-se citar, a exemplo, as empresas multinacionais, que se valendo da celebração de inúmeros acordos e convenções internacionais de comércio, elevam as empresas participantes a posições de dominação no mercado.⁵⁶

Nesse contexto social, da possibilidade de dominação do poder econômico, é que se faz necessária, mais uma vez, a intervenção estatal, que por meio do direito concorrencial, busca evitar abusos que resultem no desequilíbrio econômico e social.⁵⁷

Como se observa, o direito concorrencial é, de fato, imprescindível à ordem econômica, uma vez que tem como pressuposto regular suas relações, destinando, sempre, a assegurar a concorrência e, acima de tudo, o bem-estar social e os direitos humanos, com o objetivo de obter uma sociedade mais justa e solidária, colocando-se como um limite ao poder econômico.

⁵⁶ Como tradução dessas novas conquistas no terreno da concorrência privada, o próprio mundo passa a funcionar como um 'mercado', ultrapassadas as fronteiras nacionais. Em lugar das 'empresas nacionais' e 'empresas estrangeiras' em relação a cada país, surgiram as 'empresas multinacionais', por sua vez, geralmente componentes de grandes conglomerados e que atuam nas economias internas, como nacionais em cada país, porém obedecendo a orientação acima dos mesmos, além de apresentarem dimensões capazes de lhes impor o seu Poder, de modo irretorquível. Sendo 'multinacionais', ou 'transnacionais', conseguem, com maior facilidade, dominar o próprio Direito nacional de cada país, desafiando o jurista, em contrapartida, a encontrar soluções para o controle desse Poder Econômico Privado, que chega a sobrepor-se ao próprio Poder Econômico Público nas diferentes nações em que atuam. (SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003., p. 241)

⁵⁷ Vale lembrar os dizeres de Paulo E. S. Sucar: "Em sucintas palavras, o Direito Concorrencial ou Direito da Concorrência Empresarial – entendendo-se nele também o estudo da regulação do uso do poder econômico – tem seu conteúdo voltado para o estudo e a regulação da atividade empresarial, impedindo que as forças naturais do mercado sirvam de obstáculo ao livre exercício do comércio (Direito Empresarial e Humanístico) (SUCAR, Paulo Egídio Seabra; BAGNOLI, Vicente (organizadores). *Estudos de Direito da concorrência*. São Paulo: Mackenzie, 2004, p. 14-15)."

Nessa esteira, é imperioso mencionar que a ausência do direito concorrencial e, conseqüentemente, a ausência da presença do Estado nas relações econômicas, gera a depredação dos povos menos favorecidos, contribuindo para sua miséria e flagelação, desrespeitando, assim, o ideal dos direitos humanos.

Os direitos econômico e concorrencial estão intimamente ligados aos direitos humanos, pois a ausência desses contribui para o surgimento de uma sociedade injusta, marcada por desigualdades sociais e de exploração do trabalho, que acarreta uma total inobservância dos direitos humanos, que propõem uma sociedade justa e solidária.

Assim, no estudo dos direitos humanos como instrumento modelador do Estado e garantidor da cidadania, é importante relacioná-los à existência dos direitos econômico e concorrencial, pois a influência e eficácia destes contribuem e dão aplicação aos reclames daqueles. Na verdade, vale lembrar o fato de que em atendimento à Constituição Federal de 1988, o direito concorrencial se coloca, também, como instrumento que visa a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Essa afirmação advém do estabelecido na Constituição Federal de 1988 que determinou a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência bem como reprima o aumento arbitrário dos lucros e proponha a defesa do consumidor, de maneira que proporcione a todo ser humano uma existência digna.

Face ao já mencionado, constata-se a forte influência dos direitos humanos no ordenamento jurídico, uma vez que norteia, inclusive, as relações econômicas no intuito de promover uma sociedade mais justa e solidária.

Os direitos humanos não permeiam, tão somente, o direito econômico. Pelo contrário, atingem e influenciam todo o ordenamento jurídico, em todas as suas áreas. É relevante dizer que os direitos humanos, na verdade, são o principal instrumento modelador e regulador do Estado, bem como garantidor da cidadania.

A título de exemplo, podem-se ver na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, normas que versam sobre os direitos humanos tanto relacionadas a temas do direito público quanto privado.

A Declaração de 1948 tratou de temas do direito do trabalho, direito de propriedade, direito penal e processual, dentre outros.

Acerca do direito do trabalho, estatui a referida Declaração:

Artigo IV.

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V.

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo XXIII.

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV.

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Como se observa, são garantidas ao trabalhador condições mínimas de trabalho, sendo assegurado o respeito à dignidade de sua pessoa, seu direito de liberdade, de lazer e repouso, dentre outros.

Novamente, veem-se os direitos humanos como instrumento modelador, razão pela qual, a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) se preocupou em proteger os direitos básicos do trabalhador, evitando as situações degradantes e prejudiciais no trabalho.

O direito do trabalho é, por sua vez, instrumento dos direitos humanos para regular e frear as relações trabalhistas, zelando do trabalhador como ser humano, detentor de direitos e garantias individuais.

Os direitos humanos também influenciam o direito penal e processual, garantindo ao acusado a condição de inocente até que se prove o contrário mediante o devido processo legal.

Nesse sentido, estatui a Declaração de 1948, em consonância com o já disposto no Código Penal e Processual Brasileiro:

Artigo VIII.

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX.

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X.

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI.

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Vale lembrar, ainda, acerca dos direitos humanos no que tange ao direito de propriedade.

Sobre esse aspecto, é direito de todo ser humano o direito à propriedade privada, não podendo ser de forma arbitrária privado de seu direito. Isso é o que preconiza o Código Civil Brasileiro, bem como a Declaração Universal dos Direitos humanos, que dispõe:

Artigo XVII.

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Não obstante, vale destacar o papel dos direitos humanos como instrumento garantidor da cidadania. Nesse ponto, prevê a Declaração Internacional dos Direitos humanos:

Artigo I.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II.

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III.

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XV.

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XXII.

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

A própria Constituição Federal de 1988 também reforçou o já disposto na Declaração de 1948, o que demonstra a forte influência dos direitos humanos como garantidores da cidadania. Conclui-se, então, que os direitos humanos se mostram como eficaz instrumento modelador e regulador do Estado, assegurando a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Pode-se dizer, inclusive, que os direitos humanos se mostram como o principal instrumento do Estado, como mecanismo de parâmetro e limites a serem seguidos e observados.

O Estado deve ser conduzido e moldado à luz dos direitos humanos, pois só assim haverá uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

3.3 Natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos

Ao analisar os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, deve-se destacar a análise de dois parágrafos da Constituição que preveem a natureza jurídica dos tratados internacionais. São eles: §§ 2º e 3º do art. 5º. Este último foi introduzido pela Emenda Constitucional 45.

Assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em relação à natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos e sua hierarquia em relação ao direito interno, existem quatro correntes a serem destacadas e estudadas.

A primeira delas é o posicionamento defendido, principalmente, por Piovesan, Mazzuoli, Trindade, dentre outros doutrinadores, que afirmam que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, uma hierarquia jurídica especial, privilegiada, ao incluí-los no rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados.

Em relação a essa distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos e os demais tratados, adverte Trindade⁵⁸:

É esta a interpretação correta do artigo 5 (2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados.

Analisando a própria narrativa da Carta de 1988, a qual menciona que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, Mazzuoli conclui que a Constituição incorporou no texto constitucional os direitos provenientes de tratados internacionais, dando-lhes natureza de norma constitucional, afirmando que: “[...] mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo

⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Texto da conferência proferida pelo Autor no painel inaugural da III Conferência Nacional de Direitos humanos, realizada no Congresso Nacional em Brasília, no dia 13 de maio de 1998 *apud* BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53.

Brasil [...] passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de norma constitucional”⁵⁹

Em relação à hierarquia jurídica diferenciada conferida aos tratados de direitos humanos, acrescenta Piovesan⁶⁰ que esse reconhecimento de natureza constitucional aos tratados de direitos humanos é, de fato, explícito na Constituição, pois se não se tratasse de matéria constitucional, não teria sentido tal previsão.

A abertura constitucional às normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos busca concretizar o que o texto constitucional em seu art. 4º, inciso II, prescreve ao mencionar a prevalência dos direitos humanos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos;

A esse respeito sugere Dallari⁶¹ ao interpretar o art. 5º, § 2º, da Carta de 1988:

Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva.

Para Canotilho⁶², a abertura constitucional a normas oriundas de outros centros transnacionais e infraconstitucionais é uma realidade que deve acontecer, pois fortalece as imbricações do direito constitucional com o direito

⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p. 110.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 78.

⁶¹ DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 162 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 76.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 1217 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 77.

internacional e, principalmente, pelo fato de elevar o princípio da dignidade humana como sendo o cerne da sociedade contemporânea.

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao “texto” da Constituição. Há que densificar em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o “bloco da constitucionalidade” a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.⁶³

O art. 5º, § 2º da CF/88 é exemplo típico de uma cláusula constitucional aberta que, por sua vez, permite o alargamento do assim chamado “bloco de constitucionalidade”.⁶⁴

Cláusula constitucional aberta é aquela que está sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outras normas e fontes diversas do texto constitucional. O referido artigo 5º, § 2º da CF/88 exemplifica essa situação ao permitir que direitos e garantias decorrentes, p.ex., dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, incorporem os direitos e garantias expressos na Constituição.

Em consequência dessa cláusula constitucional aberta, observa-se o chamado “bloco de constitucionalidade”, que incorpora aos direitos expressamente garantidos na Constituição, aqueles decorrentes, p.ex., de tratados internacionais, que por sua vez, não possuem forma de norma constitucional, mas são direitos materialmente constitucionais.

Analisando este “bloco de constitucionalidade”, Piovesan propõe uma classificação dos direitos previstos pela Constituição. Segundo a autora, esses direitos seriam organizados em três grupos distintos:

a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).⁶⁵

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 6 ed. revista. p. 982 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 78.

⁶⁴ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 79.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 81.

Na mesma esteira, Ribeiro⁶⁶ em relação à abertura constitucional, destaca que “a Carta Magna deixou abertura suficiente para a inclusão de toda e qualquer nova garantia individual que venha a ser criada através de tratados internacionais celebrados pelo Brasil.”

Mazzuoli⁶⁷ reafirma essa idéia e, ainda, acrescenta que os tratados internacionais de direitos humanos têm efeito aditivo, pois em razão do § 2º do art. 5º da CF/88, adicionam direitos ao texto constitucional:

O que ocorre, é que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente aberto, pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. De forma que, a cláusula do § 2º do art. 5º da Carta da República, está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico interno brasileiro a nível constitucional, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Os tratados internacionais de direitos humanos, por isso, têm o que chamamos de efeito aditivo, pois adicionam direitos ao texto constitucional, através da cláusula do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Um exemplo típico de normas materialmente constitucionais, que não estão expressas na Constituição, são aquelas contidas no tratado internacional nominado por *Pacto de San Jose da Costa Rica*, que por dispor de normas de proteção aos direitos humanos, incorporam o rol de direitos constitucionalmente protegidos.

Essa distinção entre direitos constitucionais formais e materiais é ressaltada pelo Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE 206.483-3-SP, de 09.06.98, baseado em um trabalho publicado em homenagem ao prof. Geraldo Ataliba:

(...) se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, no direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição. (Carlos Mário da Silva

⁶⁶ RIBEIRO, Mônica Alves Costa. *A prisão civil na alienação fiduciária: uma visão do instituto em face da atipicidade do depósito e da nova ordem jurídica internacional* (com anexo atualizado de acordo com o novo Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 107.

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p. 108.

Velloso. *Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária in Direito Administrativo e Constitucional*. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, v. 2, organizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, pp. 162 e ss. *apud* RIBEIRO, 2003, 102)

Outro aspecto a ser destacado é o fato de que além dos tratados de direitos humanos serem incorporados ao direito interno com natureza constitucional, Mazzuoli⁶⁸ entende que a Constituição os consagrou como sendo cláusula pétrea⁶⁹, em razão do art. 60, § 4º, pois versam sobre direitos e garantias individuais.

Assim dispõe a Carta Magna, no referido artigo: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”.

Em relação às cláusulas pétreas, Mazzuoli⁷⁰ adverte:

Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 4º, IV). É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta.

Trindade, por sua vez, elenca as prerrogativas conferidas pela Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam:

A disposição do artigo 5 (2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de

⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, passim.

⁶⁹ “Ao admitir-se a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos (tese defendida por este trabalho), há que se ressaltar ainda que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição (...) Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Carta.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 94)

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p. 110.

direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5 (1) da Constituição, têm aplicabilidade imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60 (4) (IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.⁷¹

Por último, não poderia deixar de ser mencionada a inovação trazida pela Emenda Constitucional 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, que prevê:

Art. 5º[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Analisando esse novo dispositivo, Mazzuoli⁷² o reputa como sendo um dos aspectos mais polêmicos da Reforma do Judiciário, uma vez que pretendeu acabar com as discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos os equiparando à emenda constitucional.

Contudo, o referido autor atenta para os tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil antes da emenda constitucional 45 e que conseqüentemente não foram aprovados pela maioria qualificada, descrita do § 3º do art. 5º, podendo ensejar em interpretações dúbias ou equivocadas.

Esse mesmo autor afirma que os tratados de direitos humanos ratificados antes da referida emenda não sofreram nenhuma modificação e, portanto, continuam com *status* de norma constitucional, em razão do art. 5, § 2º da CF, vez que os tratados de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, pois versam sobre os direitos e garantias individuais e integram o chamado “bloco de constitucionalidade”. O que pode mudar, no entanto, é que esses tratados anteriores à EC/45 podem passar a ter equivalência de

⁷¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Texto da conferência proferida pelo Autor no painel inaugural da III Conferência Nacional de Direitos humanos, realizada no Congresso Nacional em Brasília, no dia 13 de maio de 1998 *apud* BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52.

⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos humanos*. [Artigo científico]. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/arquivoid_63.pdf> . Acesso em: 04 dez. 2005.

emenda constitucional se forem aprovados, novamente, mas agora com o *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º.

Sobre o exposto, entende Gomes⁷³:

Espera-se que o Congresso brasileiro, o mais pronto possível, ratifique todos os tratados sobre direitos humanos, nos termos da nova exigência, para colocá-los inteiramente no nível constitucional. Sem prejuízo desse avanço legislativo (que pode não ocorrer em pouco tempo), desde logo, parece não haver dúvida que os juízes e tribunais já podem (por força do § 2º do art. 5º) conferir natureza constitucional a (pelo menos) todos os direitos contemplados nos tratados que complementam os direitos fundamentais constitucionais assim como aos não previstos no direito interno brasileiro (por exemplo: a garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito criminal, que vem expressa no art. 8º, 2, "h" e 25 da C.A.D.H.).

Piovesan⁷⁴ acerca da exigibilidade do *quorum* qualificado, afirma que não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC/45 não possuem status constitucional, ao passo que aqueles aprovados pelo *quorum* qualificado possuiriam hierarquia constitucional tão somente em razão do *quorum*. Nesse sentido, entende a referida autora que esse *quorum* qualificado garante tão somente a constitucionalidade formal, promovendo a equivalência à emenda constitucional, não implicando dizer que os demais tratados de direitos humanos não possuem *status* de norma constitucional, a constitucionalidade material.

Assim entende Piovesan⁷⁵:

Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do § 3º, do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal,

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Reforma do Judiciário*. [Artigo científico]. 2004. Disponível em: <http://www.proomnis.com.br/public_html/article.php?story=20041202172429142>. Acesso em: 04 dez. 2005.

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e Direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, passim.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 72.

enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação.

A autora observa, ainda, que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos, quais sejam: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

Diante do pressuposto de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 não perderam seu *status* de norma constitucional, Mazzuoli indaga qual seria, então, a finalidade do § 3º do art. 5º da CF que confere aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, já que os tratados já possuem *status* constitucional?

Para responder a essa pergunta, o autor supramencionado estabelece a distinção entre *status* constitucional e equivalência a emenda constitucional.

Assim afirma o autor:

Mas há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional e dizer que eles são *equivalentes* às emendas constitucionais? No nosso entender a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004. Falar que um tratado tem *status* de norma constitucional é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é *equivalente* a uma emenda constitucional, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes às emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.⁷⁶

Para Mazzuoli a diferença estaria no fato de que o *status* de norma constitucional confere apenas constitucionalidade material, enquanto que a equivalência à emenda constitucional confere tanto constitucionalidade material quanto formal, possuindo efeitos mais amplos.

⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos humanos*. [Artigo científico]. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/arquivo_id_63.pdf> . Acesso em: 04 dez. 2005, p. 115.

A pergunta que pode surgir em relação a essa diferenciação seria: quais são esses efeitos mais amplos em se atribuir a tais tratados equivalência de emenda constitucional, além do seu *status* de norma constitucional? Mazzuoli enumera dois efeitos, quais sejam:

1º) Eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, em que os tratados de direitos humanos (que têm *nível* de normas constitucionais, sem contudo serem *equivalentes* às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.). Agora, uma vez aprovados pelo *quorum* que estabelece o § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa *integração formal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a *integração material* que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

2º) Eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento a esta regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.⁷⁷

Piovesan⁷⁸, ao observar essa possibilidade de denúncia do tratado de direito humano ou não, afirma:

Os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos humanos*. [Artigo científico]. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/arquivoid_63.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2005, p. 120.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e Direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p.75.

Diante de todo o exposto, é importante ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema em questão, antes e depois do julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, por serem entendimentos contrários à posição defendida pelos autores acima descritos, e à posição adotada no presente trabalho.

Durante anos, o STF defendeu a adoção do sistema paritário, em que os tratados internacionais de direitos humanos teriam hierarquia jurídica de lei ordinária, infraconstitucional. Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, qualificavam-se como atos normativos infraconstitucionais, equiparando-os à lei ordinária.

Na mesma direção, Moraes⁷⁹, ao estabelecer a hierarquia dos tratados internacionais, afirma que:

[...] devidamente incorporado, esse ato normativo caracteriza-se como infraconstitucional para efeitos de controle de constitucionalidade [...] os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente.

Com a inovação trazida pela Emenda Constitucional 45, adicionando o § 3º ao art. 5º, Lenza⁸⁰ esquematiza o posicionamento até então majoritário da doutrina, afirmando o seguinte:

- Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação (cf. art. 60, § 2º, e art. 5º, § 3º): equivalem à emendas constitucionais, guardando, desde que observem os “limites do poder de reforma”, estrita relação de paridade com as normas constitucionais;
- Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmadas pelo *quorum* qualificado: malgrado posicionamento pessoal deste autor já exposto, para as provas, seguindo o entendimento que caminhava a jurisprudência do STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias;

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 613.

⁸⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2005, p. 279.

- Tratados e convenções internacionais de outra natureza: têm força de lei ordinária.

Neste sentido, afirma Silva⁸¹:

Isso quer dizer que as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, formal, se o decreto legislativo que as referendarem for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais previsto no art. 60 da Constituição [...] A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais, e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo, ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária e eventual conflito se resolverá, no nosso entender, pelo modo de apreciação da relação entre lei especial e lei geral.

Como já era de se esperar, esse posicionamento, até então adotado majoritariamente, alterou-se por reconhecer o fato de que a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos humanos à condição de instrumento modelador do Estado e garantidor da cidadania e, sendo assim, merecem tratamento diferenciado.

Nesse contexto, anos depois, o STF decidiu então elevar a hierarquia jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, adotando a teoria da supralegalidade, situação em que os referidos tratados teriam natureza infraconstitucional, mas supralegal, melhor dizendo, seriam superiores às leis ordinárias, sendo inferiores apenas às normas constitucionais, de forma que tornou inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Pode-se notar que mesmo com significativo avanço no entendimento firmado pelo STF, este, ainda, não admitiu o fato de que a própria Constituição em seu art. 5º, § 2º conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos natureza constitucional.

Atualmente, com o julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, o STF majoritariamente entendeu terem os tratados de direitos humanos natureza jurídica supralegal, ou seja, são superiores às leis infraconstitucionais, sendo inferiores apenas à Constituição Federal.

⁸¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183.

Esse mesmo entendimento já tinha sido defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do RHC n. 79.785-RJ no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que interpretando o art. 5º, §2º da Constituição, afirmou terem os tratados de direitos humanos, hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, em virtude da abertura constitucional aos tratados internacionais que complementam ou ampliam os direitos e garantias expressos na Constituição. Ressaltou em seu voto o referido Ministro que:

“Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da Adin 1.480, cit., Inf. STF 48).” E prosseguiu: “(...) Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Delsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB. 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-se, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos humanos, 2000. 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.). Os Direitos humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.(PIOVESAN, 2002, p. 93)

E ainda, esse entendimento foi manifestado no HC n. 90172-SP, no Supremo Tribunal Federal, em junho de 2007, em consonância com o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes que assim afirmou:

Entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos humanos – *Pacto de San Jose da Costa Rica* (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/1669, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Necessário mencionar, ainda, que mesmo que o entendimento da suprallegalidade seja atualmente defendido majoritariamente no Supremo Tribunal Federal, ele não é unânime, cabendo aqui ressaltar o posicionamento defendido pelo ministro Celso de Mello, no HC 87.585-8 TO, em seu voto proferido em 12/03/2008 e reafirmado no RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, corroborando, assim, o entendimento defendido no presente trabalho. Em seu voto, proferiu o ministro:

“Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 – que introduziu um novo paradigma no cenário nacional – estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

[...]

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “*iter*” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*.

Resta mencionar, nesse ponto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal avançou significativamente, pois ao menos conferiu aos tratados de direitos humanos importância maior do que a lei ordinária, mas torna-se imprescindível destacar e opor críticas no sentido de que o referido tribunal ainda tem muito a caminhar, pois ainda não está atendendo a constituição na sua integralidade, que conferiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos.

Não obstante ao já mencionado, no que diz respeito à hierarquia jurídica dos tratados internacionais, vale destacar outra teoria defendida entre os doutrinadores.

Segundo alguns estudiosos, os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional. Assim, em caso de conflitos com o direito

interno, prevalecem sempre os tratados. Defensores dessa teoria destacam-se Agustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel⁸².

Segundo eles, o direito internacional é superior ao Estado tendo, portanto, supremacia sobre o direito interno.

Vale lembrar o posicionamento manifestado por Pereira e Quadros ao interpretarem o art. 5º, § 2º da CF/88, que em razão da expressão “não excluem” contida no referido artigo, lhe atribuem a interpretação no sentido de que as normas expressas na Constituição não podem prevalecer sobre os tratados de direitos humanos:

No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16. n. I. da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional”, o seu art. 16, n. I, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão “não excluem” não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.⁸³

Outra posição que merece ser destacada é a defendida por Rangel, que defende a superioridade dos tratados de direitos humanos em virtude da noção de unidade e solidariedade do gênero humano:

a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*.⁸⁴

⁸² Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91-93.

⁸³ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 103 e p. 117 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 91-92.

⁸⁴ RANGEL, Vicente Marota. Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1967, p. 54-55 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 92-93.

3.4 Estudo de caso: análise constitucional do *Pacto de San Jose da Costa Rica*, especificamente em relação à prisão civil por dívidas.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de *San Jose da Costa Rica*, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27 de 26 de maio de 1992, e posta em vigor por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no DOU em 9 de novembro de 1992, como o próprio nome já diz, refere-se à proteção dos direitos humanos em órbita internacional.

Face aos inúmeros direitos ali protegidos, por não constituir o tema da presente dissertação, será abordado estritamente o art. 7, parágrafo 7º da Convenção, que se refere quanto à possibilidade de prisão civil por dívidas. A polêmica acerca da prisão civil torna-se interessante, vez que se contrapõe ao direito de liberdade, abrangido pelos direitos humanos. Além disso, o tema da possibilidade de prisão civil por dívidas torna-se interessante, pois apresenta contradições entre o disposto no *Pacto de San Jose da Costa Rica* e normas de direito interno brasileiro.

Nesse diapasão, de conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma de direito interno brasileiro, é que no presente capítulo pretende-se aprofundar o tema objeto da dissertação, mediante análise de caso, reforçando a influência dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados no Brasil.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estatui em seu art. 7º, parágrafo 7º que “Ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

É importante destacar, do referido artigo, que a única hipótese em que caberá a prisão civil por dívidas é a do devedor de pensão alimentícia.

Estabelecendo uma comparação entre o art. 7º, parágrafo 7º do *Pacto de San Jose da Costa Rica* e o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, observa-se um conflito entre normas.

O texto constitucional em seu art. 5º, inciso LXVII, assim afirma: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Diante do preceito constitucional é permitida a prisão civil em duas situações, quais sejam, a do devedor de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Quanto ao devedor de alimentos, a doutrina é pacífica quanto ao cabimento da prisão civil, uma vez que tanto o *Pacto de San Jose da Costa Rica* quanto a Constituição Federal, admitem essa hipótese.

Entretanto, em relação à prisão civil do depositário infiel, há divergência doutrinária decorrente da solução do conflito existente entre normas, vez que o *Pacto de San Jose da Costa Rica* não admite a prisão do depositário infiel enquanto que, na Constituição, ela é permitida.

Há que se ressaltar que o Brasil, ao ratificar o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, não formulou qualquer reserva pertinente à matéria, surgindo dúvidas, portanto, da possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Observa-se, nesse caso, a existência de um conflito entre um tratado internacional de direitos humanos e a Constituição Federal.

Para solucionar essa antinomia existente entre a Constituição Federal e o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, quatro teorias distintas propõem os critérios a serem utilizados para tal solução.

Em primeiro lugar, pode-se citar a posição defendida pelos autores Agustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel⁸⁵.

Para os referidos autores, os tratados de direitos humanos possuem hierarquia supraconstitucional. Dessa forma, prevalecem sobre a Constituição em caso de conflitos.

Esse entendimento, no entanto, é tido pela doutrina majoritária como uma proposição doutrinária, haja vista que não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado.

Um segundo posicionamento é o defendido, principalmente, por Piovesan⁸⁶, que realizou um estudo aprofundado acerca do respectivo tema com a publicação de sua obra “Direitos humanos e o Direito Constitucional

⁸⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91-93.

⁸⁶ Ibid., passim.

Internacional”, bem como por Mazzuoli⁸⁷ em sua obra “Alienação Fiduciária em Garantia e a Prisão do Devedor-Fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos”, e ainda, Trindade, em algumas de suas obras.

Segundo esses autores, os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia jurídica constitucional, em virtude do art. 5º, § 2º da Constituição, que os incorporou ao rol de direitos constitucionalmente garantidos.

Nesse sentido, ao conferir aos tratados de direitos humanos *status* constitucional, afirmam os autores supra-mencionados que, em casos de conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, em razão de possuírem a mesma hierarquia jurídica, não é correto dizer que a solução se dará pela adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior”, uma vez que a solução para esse conflito se situa no plano dos direitos fundamentais, que implica a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo.

Piovesan, ao referir-se à solução do conflito em pauta, afirma:

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, um exame mais cauteloso da matéria aponta a um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais.⁸⁸

Na mesma esteira observa Trindade⁸⁹, deve-se escolher sempre a norma que for mais benéfica ao indivíduo, não se tratando de primazia do

⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, passim.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 115.

⁸⁹ “Na lição lapidar de Antônio Augusto Cançado Trindade: “[...] desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas: neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno” (Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica/Brasília. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 317-318 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 115)

direito interno ou do direito internacional, mas sim da primazia da pessoa humana, ao lhe garantir a aplicação da norma que mais lhe favoreça.

Nesse contexto, afirma Piovesan:

Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.⁹⁰

O art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos corrobora o posicionamento acima descrito, ao determinar que:

Nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados Membros ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

No mesmo sentido afirma Mazzuoli⁹¹:

[...] um tratado internacional sobre direitos humanos só terá efeitos derogatórios dos direitos e garantias fundamentais, quando trazer, consigo, mais direitos e mais garantias do que aqueles previstos no texto constitucional, pois, como se viu, a primazia é da norma mais favorável ao ser humano.

Trindade, em relação à primazia da norma mais favorável à vítima, acrescenta que o direito interno constitucional e o direito internacional devem atuar em conjunto, interagindo-se, e não atuarem de forma a contraporem-se.

Afirma o autor⁹²:

Cumprir abordar a temática dos direitos humanos tomando as normas relevantes do direito internacional e do direito constitucional em conjunto, conformando um todo harmônico, e não mais contrapondo-as, como no passado.

Analisando especificamente o *Pacto de San Jose da Costa Rica* comparando-o com a Constituição Federal, Mazzuoli defende a prevalência do

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 115-116.

⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p. 128.

⁹² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos humanos*, vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 23.

referido Pacto, vez que é mais benéfico ao indivíduo, pois nega a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Afirma o referido autor que no caso do conflito entre o *Pacto de San Jose da Costa Rica* e a Constituição Federal, está-se diante de um conflito entre dois interesses, quais sejam, o da liberdade do indivíduo e a propriedade de um bem. Portanto, deve-se prevalecer o de maior valor que consiste na liberdade do indivíduo, e conseqüentemente pela prevalência do Pacto em relação à Constituição Federal. Afirma, ainda, que havendo conflito entre “duas normas constitucionais, terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4, inciso II, da Constituição Federal”. (MAZZUOLI, 1999, p. 126).

Ribeiro⁹³ ao enfrentar a questão, apresenta argumentos favoráveis à prevalência do *Pacto de San Jose da Costa Rica*, expondo que, na verdade, não existem razões legais para o descumprimento do referido Pacto, e que aqueles que o descumprem, analisando isoladamente um artigo da Constituição que prevê a prisão do depositário infiel, estariam assim procedendo por razões políticas e econômicas, e não-legais. Observa, ainda, que a prisão civil beneficiaria apenas aqueles que possuíssem em suas mãos o monopólio do capital, não beneficiando os menos favorecidos.

Assim afirma a referida autora:

O maior óbice, contudo, à obediência do tratado internacional situa-se muito além do ângulo legislativo e, sim, no ângulo político. São os interesses políticos e econômicos que determinam a aplicabilidade ou não de um dispositivo legal, assim como sua revogação e a criação de novas normas. Não existe nenhuma razão de cunho legal para a desobediência do tratado internacional e para a aceitação pura e simples da norma constitucional contrária.⁹⁴

Acrescenta ainda:

De todo o exposto, só resta chegar a uma conclusão: a de que não existe uma fundamentação legal profunda para a manutenção da prisão civil. O que existe é a necessidade de se garantir a movimentação de um mercado financeiro que possui, de um lado, grandes bancos e financeiras e, de outro, um grupo de pessoas desprotegidas pela usura daqueles. É forçoso reconhecer que a inadimplência está grande e que a prisão civil, um dos mais sérios meios de se obrigar alguém a pagar uma dívida, peca por várias

⁹³ RIBEIRO, Mônica Alves Costa. A prisão civil na alienação fiduciária: uma visão do instituto em face da atipicidade do depósito e da nova ordem jurídica internacional (com anexo atualizado de acordo com o novo Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2003, passim.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 114.

irregularidades: só beneficia aqueles que possuem em suas mãos o monopólio do capital; não beneficia o pequeno comerciante ou mesmo o profissional liberal que não recebe honorários pelo seu trabalho; trata de maneira igual pessoas diferentes e que não pagam por motivos diferentes e tem excluído da apreciação judicial os ilícitos penais, em benefício dos civis que conseguem, mais rapidamente, a satisfação de seus interesses.⁹⁵

Conclui Ribeiro, ressaltando a importância dos direitos fundamentais e de seu efetivo cumprimento, bem como do respeito às normas contidas nos tratados internacionais dos quais o Brasil, por ato de vontade, é signatário:

Não se pode deixar de manifestar a repulsa que se apresenta na situação de um país que aprova leis a serem cumpridas pelo cidadão, porém não cumpre as leis que foram feitas, por ele inclusive, para serem cumpridas e chega ao absurdo legislativo de afrontar um dispositivo internacional, cerceando direitos humanos fundamentais do cidadão.⁹⁶

Posição favorável à prevalência do *Pacto de San Jose da Costa Rica* foi manifestada pelo Juiz Antônio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação n. 613.053-8, baseando-se na hierarquia constitucional conferida aos tratados de direitos humanos, afastando, dessa forma, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Argumentou o referido Juiz:

Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados dos tratados internacionais a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais. Isto exposto, lembra-se que a Convención Americana sobre Derechos Humanos, melhor conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica*, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 em seu art. 7º, parágrafo 7º, reza: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios". Assim, também e, *data venia*, notadamente, com base nisto, impossível a prisão por dívida em casos como o em tela. (PIOVESAN, 2002, p. 118-119)

No mesmo sentido, a posição do Des. Carlos Alberto Bencke:

PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL – HABEAS CORPUS – Proibição da prisão cível, pelo nosso ordenamento jurídico, que recepcionou a convenção americana sobre direitos humanos, aprovada em San José da Costa Rica. Aplicação do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que enseja ao interessado invocar

⁹⁵ Ibid., p. 156.

⁹⁶ Ibid., 168-169.

tratados internacionais, sem necessidade de legislação interna específica. Ordem concedida. (TJRS – HC 599070166 – RS – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos Alberto Bencke – J. 15.04.1999) (JURIS SÍNTESE, 2003)

Em derradeiro, vale lembrar os posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, antes e depois do julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, o STF.

A princípio, em caráter majoritário até o ano de 2008, o STF conferia aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia jurídica de lei federal, equiparando os tratados à lei ordinária, estabelecendo um sistema paritário. É importante destacar que o STF não fazia distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos e os demais tratados. Todos possuíam a mesma hierarquia jurídica, qual seja, de lei infraconstitucional.

Partindo desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal concluía que em caso de conflito entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, prevaleceria sempre a primeira, uma vez que os tratados eram tidos como normas infraconstitucionais, sendo inferiores juridicamente à Constituição.

Nesse sentido, entendia o Supremo Tribunal:

O exercício do *treay-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) – , está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de Direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...). É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais impedirá a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira (...). A relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República, impõe que se atribua, dentro do sistema de Direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional (...). Foi por essa razão – e tendo presente o absoluto primado da Constituição da República sobre os atos de Direito internacional público – que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atuando em sede de controle normativo abstrato (Rp. Nº 803-DF), declarou a inconstitucionalidade parcial da Convenção nº 110 da Organização Internacional do Trabalho (RTJ 84/724, Rel. Min. DJACI FALCÃO). (...) O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem necessariamente conformar-se ao domínio normativo da Constituição da República, sob pena de ineficácia das cláusulas convencionais” (STF – Adin nº 1.408-3/DF – Medida liminar, *Diário da*

Justiça, Seção I, decisão: 17-7-1996 - despacho do Min. Celso de Mello)

Em relação à supremacia da Constituição Federal em detrimento de tratado internacional de direitos humanos, pode-se citar, por exemplo, o posicionamento do STF quando do julgamento do HC 73.044-SP, ao declarar ser constitucional a prisão civil do depositário infiel mesmo sendo esta proibida pelo *Pacto de San Jose da Costa Rica*, devidamente ratificado pelo Brasil.

Assim entendeu o Supremo:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO – PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69) – ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92 – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – I – Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal a quo não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus não conhecido nesta parte. Precedentes. II. Mérito. 1. A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2. Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (ninguém deve ser detido por dívida: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. (STF – HC 73.044 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996) (JURIS SÍNTESE, 2003)

Nesta direção sustentou o Juiz Eugenio Achille Grandinetti:

AGRAVO REGIMENTAL – DEPOSITÁRIO INFIEL – HABEAS CORPUS DENEGADO – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA QUE NÃO REVOGOU O INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL – PRECEDENTES DO STF – O instituto da prisão civil do depositário infiel não foi revogado pela convenção americana de direitos humanos, ou seja, pelo pacto de São José da Costa Rica, confirmando decisão do plenário do STF (HC 76.561 e RE 206.482),

que já havia sido fixada em novembro de 1995 (HC 72.131). Agravo improvido. (TAPR – AgRg 0126494401 – Ac. 10804 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Eugenio Achille Grandinetti – DJPR 06.11.1998) (JURIS SÍNTESE, 2003)

Quanto ao posicionamento anterior do Supremo, inúmeras eram as críticas. O sistema paritário feria claramente os direitos humanos, sem qualquer justificativa plausível.

Dentre as críticas opostas, ressalta-se a de Ribeiro, que destacou o posicionamento até então majoritário ao afirmar que para se ter uma constituição soberana, como defende o STF, é preciso, primeiramente, ter-se uma constituição democrática, mas, para isso, devem-se resguardar os direitos e garantias individuais do ser humano de forma que, se isso não ocorrer, não existirá constituição democrática, mas sim a proteção de uma elite dominante e conseqüentemente, não haveria constituição soberana.

Assim expõe a autora:

A grande preocupação do STF é resguardar a soberania nacional através da imposição de uma Constituição que quer ser soberana. Mas não há Constituição soberana onde não há Constituição democrática e não existe Constituição verdadeiramente democrática se esta não respeitar os direitos e garantias individuais do cidadão. Não há Constituição democrática onde o que se busca são os interesses de uma elite dominante e não os direitos civis e políticos do cidadão.⁹⁷

Face às inúmeras críticas, e principalmente, com a evolução dos direitos humanos cada vez mais valorizados e propagados internacionalmente, o STF se viu obrigado a rever seu posicionamento.

Nesse sentido, reconhecendo o latente erro jurisprudencial, alterou o entendimento anteriormente defendido, passando agora a valorizar mais os direitos humanos.

O ápice da mudança no pensamento do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, em que o Supremo decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supralegal, estando acima das normas infraconstitucionais, no entanto, inferiores apenas às normas constitucionais.

⁹⁷ RIBEIRO, Mônica Alves Costa. A prisão civil na alienação fiduciária: uma visão do instituto em face da atipicidade do depósito e da nova ordem jurídica internacional (com anexo atualizado de acordo com o novo Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 156.

Nessa ocasião, a mudança no entendimento do STF foi encabeçada, principalmente, pelo voto do ministro Gilmar Mendes, que considerou os tratados de direitos humanos como sendo de natureza jurídica supralegal e, assim, entendeu não ser cabível a prisão civil do depositário infiel. No mesmo sentido, foram os votos dos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Quanto à impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, deixaram claro os referidos ministros que a questão não se tratou de prevalência do tratado internacional de direitos humanos em face da Constituição, mas sim do efeito paralisante do tratado de direitos humanos na legislação ordinária que regulou a matéria.

Ficou estampado que não houve revogação da Constituição em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel. A norma ainda existe e continua válida, no entanto, perdeu seu efeito, pela revogação das disposições infraconstitucionais que lhe davam aplicabilidade, em virtude do *Pacto de San Jose da Costa Rica*.

Restou consignado, ainda, que a Constituição por si só não ordena a prisão civil do depositário infiel, mas tão somente a possibilita, cabendo à legislação infraconstitucional dar-lhe aplicabilidade.

No caso em comento, em virtude da adoção da teoria da supralegalidade, o tratado internacional em questão paralisou os efeitos dos dispositivos infraconstitucionais que garantiam a prisão civil do depositário infiel e, assim, deixou de existir tal possibilidade.

Nesse sentido, afirmou o ministro Gilmar Mendes em seu voto no RE 466.343:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo voto do Eminentíssimo Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

No entanto, em sentido contrário, minoritariamente defendeu o ministro Celso de Mello, acompanhado dos ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, o que corrobora com o entendimento defendido no presente trabalho.

Com a mudança jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, foi cancelada a Súmula 619 do STF e editado informativo de n. 531 do STF, que tratou acerca da prisão civil do depositário infiel, que assim dispôs:

Brasília, 1º a 5 de dezembro de 2008 Nº 531

Data (páginas internas): 11 de dezembro de 2008

Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça.

Plenário

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a*

do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 8

Na linha do entendimento acima fixado, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “*Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.*”) — v. Informativos 304, 449 e 498. Vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que davam provimento ao recurso.

RE 349703/RS, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 3.12.2008. (RE-34703)

Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 9

Seguindo a mesma orientação firmada nos casos supra relatados, o Tribunal negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia também a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativos 449, 450 e 498.

RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008. (RE-466343)

Prisão de Depositário Judicial Infiel e Revogação da Súmula 619 do STF

Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (“*A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*”). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao *múnus público*.

HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-92566)

Como se pôde constatar, face ao novo cenário jurisprudencial, será necessária nova mudança jurisprudencial, de forma que o Supremo Tribunal Federal confirme, em caráter majoritário, o entendimento manifestado pelo ministro Celso de Mello e outros, garantindo *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos anteriores à emenda constitucional 45, pois só assim

a Constituição Federal de 1988 será plenamente aplicada, quando privilegiar os tratados internacionais de direitos humanos, garantindo-lhes natureza jurídica constitucional.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podem-se chegar a algumas conclusões e posições a serem defendidas.

Primeiramente, faz-se necessário admitir a importância dos direitos humanos no cenário nacional, bem como internacional. Pode-se dizer que representam o principal instrumento modelador dos Estados soberanos, impondo parâmetros e limites a serem seguidos, em prol de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Os direitos humanos são os direitos básicos, mínimos para a convivência digna e pacífica dos povos. Nesse sentido, cabe ao Estado protegê-los e aplicá-los como imperativo soberano de proteção e garantia fundamental.

Vale dizer, que os direitos humanos além de representarem cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, também têm influenciado o cenário dos tratados internacionais, possuindo posições de destaque, com privilégios estampados.

Acerca dos tratados internacionais, observa-se o crescimento do direito internacional público, com o aumento de convenções e tratados entre os Estados soberanos.

No entanto, a executoriedade e a produção de efeitos jurídicos desencadeados pelos tratados internacionais no direito nacional representam grande preocupação tanto para os internacionalistas quanto para os constitucionalistas, uma vez que podem estar em confronto normas de direito internacional e de direito interno.

Para solucionar os conflitos existentes entre tratados e o direito nacional de cada Estado, é necessário que se faça, antes, uma análise dos tratados em geral, distinguindo os tratados relativos aos direitos humanos dos tratados relacionados a outras matérias.

Mais uma vez, os direitos humanos ganham posição de destaque e privilégio, possuindo tratamento diferenciado face à sua importância e significância.

A proteção aos direitos humanos representa atualmente grande preocupação no plano internacional, bem como no direito nacional-estatal.

Realidade essa que se concretiza nas diversas convenções e tratados de direitos humanos e, ainda, nas normas constitucionais que visam à prevalência dos direitos e garantias da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco na proteção às garantias e direitos individuais, tendo como princípio maior o da dignidade da pessoa humana.

Dada à importância dos direitos humanos, a Constituição/88 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico e, portanto, conferiu aos tratados de direitos humanos hierarquia jurídica diferenciada, quando da sua incorporação no direito interno.

Essa diferenciação dedicada aos direitos humanos é fator essencial para a solução dos conflitos entre os tratados internacionais e o direito interno brasileiro.

Foram apresentados no decorrer do trabalho diversos critérios de solução para os conflitos existentes entre o direito internacional e o direito interno. Cabe destacar, principalmente, aquele que se refere à possibilidade da prisão civil por dívidas, apresentando conflito normativo entre o *Pacto de San Jose da Costa Rica* e a Constituição Federal de 1988.

Como já mencionado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 admite a prisão civil em duas hipóteses: do devedor de prestação alimentícia e a do depositário infiel. Todavia, o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, devidamente ratificado pelo Brasil, admite apenas a prisão civil no caso do devedor de pensão alimentícia. Observa-se, nesse caso, um conflito entre normas que carece ser solucionado.

A posição de autores como Agustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel, é no sentido de conferir aos tratados de direitos humanos hierarquia supraconstitucional, prevalecendo, portanto, sobre todas as demais disposições legais que lhe sejam contrárias, inclusive, sobre a Constituição Federal.

Essa posição, contudo, é ainda uma proposição doutrinária, haja vista que não existe em direito internacional positivo norma assecuratória de tal primado. Portanto, esse entendimento não deve ser aplicado à solução dos conflitos entre direito internacional e direito interno.

A corrente que adota o sistema paritário, anteriormente defendida pelo Supremo Tribunal Federal, entende ser a Constituição Federal inviolável, não

podendo se sobrepor sobre ela nenhuma norma que seja contrária. Adota-se o culto à Constituição, por ser norma suprema do Estado soberano e, assim, os tratados teriam natureza jurídica equivalente às leis ordinárias, infraconstitucionais.

Adotando o sistema paritário, a Constituição Federal prevaleceria sobre o *Pacto de San Jose da Costa Rica*, admitindo a prisão civil do depositário infiel.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal evoluiu parcialmente quando no julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008 revogou o entendimento do sistema paritário e adotou a teoria da supralegalidade, impedindo, assim, a prisão civil do depositário infiel. Isso, pois, não poderia o Supremo, legítimo guardião da Constituição, em seus julgados, transgredir os enunciados ali dispostos, violando expressamente a proteção aos direitos humanos constitucionalmente garantidos.

Em que pese já exista grande evolução jurisprudencial, especificamente quanto à impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, o assunto ainda não se esgotou. Vale lembrar que os fundamentos jurídicos apontados para a impossibilidade da prisão do depositário infiel não foram satisfatórios, o que pode, no futuro, por razões diversas, implicar violação dos direitos humanos.

O Supremo ainda não reconheceu o *status* constitucional material aos tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à emenda constitucional 45, situação essa que deverá ocorrer, para que se tenha o integral cumprimento da Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 5, § 2º, inseriu no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos.

A atitude relutante do Supremo em reconhecer a constitucionalidade material deve ser mencionada com críticas, pois o STF quer conferir o primado da Constituição, sendo contrário, em parte, de suas próprias disposições.

É necessário conferir hierarquia constitucional aos tratados que versam sobre os direitos humanos e, em consequência, garantir a prevalência dos direitos e garantias da pessoa humana.

A posição adotada pela presente pesquisa é a defendida, principalmente, pelos autores Flávia Piovesan, Valerio de O. Mazzuoli e A. A. Cançado Trindade, que afirmam ter a Constituição/88 em seu art. 5º, § 2º, conferido hierarquia jurídica constitucional aos tratados de direitos humanos.

Dessa forma, o conflito instaurado quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel seria entre normas de igual hierarquia constitucional, adotando, assim, o critério de solução pertinente aos direitos humanos. Nesse caso, o critério a ser utilizado é o da norma mais favorável, não se tratando de prevalência do direito internacional ou interno, mas sim do primado da pessoa humana que, por sua vez, está expresso na própria Constituição Federal de 1988 em seu art. 4º, inciso II, que preceitua a prevalência dos direitos humanos.

No que tange à Reforma do Judiciário, realizada por meio da Emenda Constitucional 45, pôde-se observar a tentativa de apaziguamento dos conflitos doutrinários existentes em relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos. Contudo, essa tentativa ficou a desejar, uma vez que a Reforma pode ensejar em interpretações equivocadas, como a de que somente os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado é que teriam hierarquia constitucional, o que não é verdade, haja vista que como se demonstrou no decorrer do trabalho, eles já possuíam *status* constitucional em virtude do art. 5º, § 2, da CF.

Dessa forma, não se pode interpretar a referida emenda no sentido de se excluir do rol dos direitos e garantias individuais constitucionais os tratados de direitos humanos anteriores à sua elaboração, uma vez que correspondem à cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, pois em razão do § 2º, do art. 5º da Constituição, já possuíam constitucionalidade material.

Portanto, não é correto afirmar que somente os tratados de direitos humanos com *quorum* qualificado possuem hierarquia constitucional. Na verdade, todos os tratados de direitos humanos a possuem, a diferença é que uns são dotados de constitucionalidade formal e material, enquanto outros possuem apenas constitucionalidade material.

Diante desse cenário de discussões e polêmicas acerca do assunto, seria coerente uma nova reforma constitucional, no sentido de esclarecer expressamente a constitucionalidade material de todos os tratados de direitos humanos, de forma a acabar com as dúvidas e controvérsias existentes. Outra alternativa seria a aprovação de todos os tratados de direitos humanos anteriores à emenda 45, pelo *quorum* qualificado.

Por derradeiro, vale reiterar que, na verdade, após a análise acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, o escopo do

presente trabalho foi dar a devida ênfase quanto à importância dos direitos humanos no direito brasileiro, bem como internacional, asseverando serem eles um imperativo para a convivência digna e pacífica dos povos, em prol de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Sem a prevalência dos direitos humanos, não há que se falar em justiça social ou igualdade, pois ambas só serão alcançadas após o efetivo respeito aos direitos humanos, com a consequente prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e garantia da cidadania.

A grande influência dos direitos humanos nos tratados internacionais, bem como no direito brasileiro, não se dá tão somente por conveniência, ou por discursos ideológicos, mas sim por necessidade inerente à sociedade, que luta por direitos e garantias fundamentais.

A adoção dos direitos humanos como instrumento modelador do Estado, na verdade, não se torna facultativa, mas imperativa, como requisito ao sucesso da sociedade que carece de proteção e cuidado, já que o ser humano e a vida digna são os bens mais preciosos que podem ser encontrados.

Assim, que se faça respeitar e aplicar os direitos humanos, rumo a um país, ou melhor, a um universo social digno, alicerçado na justiça social e na paz entre os povos!

Convém registrar, por fim, que esta pesquisa não se esgota em si mesma, pelo contrário, abre portas para outras investigações.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Selma. *Direitos humanos na Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARAÚJO, Nádia de. *A internalização dos tratados internacionais no Direito Brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional*. In: *Juris Síntese Millennium*. [S.l.]: Síntese Publicações, 2003. CD-ROM.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000, 21 ed.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRUNO NETO, Francisco. *Constituição Federal: academicamente explicada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos humanos*, vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- _____. *A proteção internacional dos Direitos humanos. Fundamentos jurídicos e Instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4ª ed. 2000.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.
- FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. *Reforma do Judiciário*. [Artigo científico]. 2004. Disponível em: <http://www.proomnis.com.br/public_html/article.php?story=20041202172429142>. Acesso em: 04 dez. 2005.

Juris Síntese Millennium. [S.l.]: Síntese Publicações, 2003. CD-ROM.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEMBO, Cláudio. *A Pessoa: seus direitos*. São Paulo: Manole, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris Editora, 1999.

_____. *Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos humanos*. [Artigo científico]. 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/arquivoid_63.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2005.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Reforma do judiciário e Direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Mônica Alves Costa. *A prisão civil na alienação fiduciária: uma visão do instituto em face da atipicidade do depósito e da nova ordem jurídica*

internacional (com anexo atualizado de acordo com o novo Código Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988*. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

SUCAR, Paulo Egídio Seabra; BAGNOLI, Vicente (organizadores). *Estudos de Direito da concorrência*. São Paulo: Mackenzie, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: UNB, v. 1, 1991.

ANEXO A

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica)

Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Preâmbulo

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de Ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Convieram o seguinte:

PARTE I – DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

Capítulo I

Enumeração dos Deveres

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Capítulo II

Direitos Civis e Políticos

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competentes e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competentes.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

4. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

5. serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;

6. o serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;
7. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

4. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
6. direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
7. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
9. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Artigo 10 – Direito à indenização

Toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário.

Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

3. o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

4. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

6. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

7. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 14 – Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

Artigo 15 – Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Artigo 16 – Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Artigo 17 – Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.

4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 18 – Direito ao nome

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Artigo 19 – Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Artigo 20 – Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

Artigo 21 – Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

Artigo 22 – Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Artigo 23 – Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
2. de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
3. de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
4. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
5. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência,

idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competentes, em processo penal.

Artigo 24 – Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Artigo 25 – Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

3. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

4. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

5. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Capítulo III

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo

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

Capítulo IV

Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação

Artigo 27 – Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta

Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo,, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por determinada tal suspensão.

Artigo 28 – Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades competentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.

Artigo 29 – Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

1. 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;

2. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
3. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
4. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30 – Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 31 – Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos, no regime de proteção desta Convenção, outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70.

Capítulo V

Deveres das Pessoas

Artigo 32 – Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

PARTE II – MEIOS DE PROTEÇÃO

Capítulo VI

Órgãos Competente

Artigo 33 – São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção:

1. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e

2. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Capítulo VII

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Seção 1 – Organização

Artigo 34 – A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

Artigo 35 – A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 36 – 1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-membros.

2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 37 – 1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três membros.

2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país.

Artigo 38 – As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

Artigo 39 – A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu próprio Regulamento.

Artigo 40 – Os serviços da Secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria Geral da Organização e deve dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

Seção 2 – Funções

Artigo 41 – A Comissão tem a função principal de promover a observância e a

defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

1. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
2. formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
3. preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
4. solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
5. atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
6. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridades, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
7. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 42 – Os Estados-partes devem submeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela zele para que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Artigo 43 – Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Seção 3 – Competência

Artigo 44 – Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Artigo 45 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em

qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem, ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização.

Artigo 46 – 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário:

1. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

2. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

3. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

4. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

1. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

2. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

3. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47 – A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

1. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
2. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
3. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total; improcedência; ou
4. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Seção 4 – Processo

Artigo 48 – 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

1. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso:
2. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
3. poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
4. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias.
5. poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e
6. pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.
7. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de

uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49 – Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e os Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50 – 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório o qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51 – 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

1. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

2. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Capítulo VIII

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Seção 1 – Organização

Artigo 52 – 1. A Corte compor-se-á de sete juizes, nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais

elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

2. Não deve haver dois juízes da nacionalidade.

Artigo 53 – 1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

1. Cada um dos Estados-partes pode propor até três candidatos nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional do Estado diferente do proponente.

Artigo 54 – 1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três juízes.

2. O juiz eleito para substituir outro, cujo mandato não haja expirado, completará o período deste.

3. Os juízes permanecerão em suas funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

Artigo 55 – 1. O juiz, que for nacional de algum dos Estados-partes em caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz ad hoc.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum dor da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc.

4. O juiz ad hoc deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.

5. Se vários Estados-partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

Artigo 56 – O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

Artigo 57 – A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

Artigo 58 – 1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado, na Assembléia Geral da Organização, pelos Estados-partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que considerar conveniente, pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados-partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

2. A Corte Designará seu Secretário.

3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar for da mesma.

Artigo 59 – A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

Artigo 60 – A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu Regimento.

Seção 2 – Competência e funções

Artigo 61 – 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Artigo 62 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Artigo 63 – 1. Quando decidir que houve a violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou

situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

1. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos aos seus conhecimentos, poderá atuar a pedido da Comissão.

Artigo 64 – 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos,. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Artigo 65 – A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Seção 3 – Processo

Artigo 66 – 1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.

2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juizes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

Artigo 67 – A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68 – 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Artigo 69 – A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-partes na Convenção.

Capítulo IX

Disposições Comuns

Artigo 70 – 1. Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento da eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional. Durante o exercício dos seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

2. Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte, nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

Artigo 71 – Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade, conforme o que for determinado nos respectivos Estatutos.

Artigo 72 – Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus Estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará o seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral, por intermédio da Secretaria Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

Artigo 73 – Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembléia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos Estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de dois terços dos votos dos Estados-membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, dois terços dos votos dos Estados-partes na Convenção, se se tratar dos juízes da Corte.

PARTE III – DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Capítulo X

Assinatura, Ratificação, Reserva, Emenda, Protocolo e Denúncia

Artigo 74 – 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.

2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

3. O Secretário Geral comunicará todos os Estados-membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção..

Artigo 75 – Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

Artigo 76 – 1. Qualquer Estado-parte, diretamente, e a Comissão e a Corte, por intermédio do Secretário Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emendas a esta Convenção.

2. Tais emendas entrarão em vigor para os Estados que as ratificarem, na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação, por dois terços dos Estados-partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados-partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77 – 1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado-parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados-partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral projetos de Protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades.

2. Cada Protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados-partes no mesmo.

Artigo 78 – 1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Capítulo XI

Disposições Transitórias

Seção 1 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 79 – Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá por escrito a cada Estado-membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-membros da Organização, pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 80 – A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79, por votação secreta da Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembléia Geral, os candidatos que receberem maior número de votos.

Seção 2 – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 81 – Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário Geral pedirá a cada Estado-parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados-partes pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

Artigo 82 – A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81, por votação secreta dos Estados-partes, na Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-partes. Se, para eleger todos os juízes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados-partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

Fonte: www.portaldafamilia.org.br/artigos/texto065.shtml