SEM REVISÃO

Direitos humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988

(Estudo em homenagem ao Prof. Dr. José Afonso da Silva)

Valério de Oliveia Mazzuoli(*) (**)
Advogado – SP

"A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do Processo de asserção dos direitos humanos." (Hannah Arendt)

1. Introdução

O objetivo do presente ensaio é tecer algumas reflexões sobre o relacionamento dos direitos humanos com a concepção contemporânea de cidadania. Isto é, objetiva-se fazer um conjugado entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e a nova concepção de cidadania introduzida pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, num primeiro momento, buscou-se delinear, ainda que brevemente, o processo de internacionalização dos direitos humanos, cujo marco inicial foi a Declaração Universal de 1948, bem como, a forma através da qual a Constituição brasileira de 1988 relaciona-se com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

(*) Primeiro colocado no "Concurso Nacional de Monografias" sobre os 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizado pela PUC-Minas, UFMG e OAB-MG.

(**) É também autor dos livros: "Alienação Fiduciária em Garantia e a Prisão do Devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos", Campinas: Agá Juris Editora, 1999; Direitos humanos & relações internacionais, Campinas: Agá Juris Editora, 2000; Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: um estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001 (no prelo); Tratados Internacionais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001 (no prelo); e Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica. Rio de Janeiro: Forense, 2001 (no prelo). Tem inúmeros trabalhos publicados em revistas especializadas, no Brasil e no exterior.

Obs.: Notas Explicativas no final do artigo.

Por fim, depois de feito este estudo prévio, verificou-se de que maneira a Carta brasileira de 1988, rompendo com a ordem anterior, passou a comungar os direitos humanos internacionalmente consagrados com a concepção contemporânea de cidadania.

2. A consagração dos direitos do homem e do cidadão

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *Ancien Régime*, em virtude de ser incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de "cidadão".

O conceito de cidadania, entretanto, tem sido freqüentemente apresentado de uma forma vaga e imprecisa. Uns identificam-na com a perda ou aquisição da nacionalidade; outros, com os direitos políticos de votar e ser votado. No Direito Constitucional, aparece o conceito, comumente, relacionado à nacionalidade e aos direitos políticos. Já na Teoria Geral do Estado, aparece ligado ao elemento povo como integrante do conceito de Estado. Dessa forma, fácil perceber que no discurso jurídico dominante, a cidadania não apresenta um estatuto próprio pois na medida em que se relaciona a estes três elementos (nacionalidade, direitos políticos e povo), apresenta-se como algo ainda indefinido.

A famosa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, sob a influência do discurso burguês, cindiu os direitos do "Homem" e do "Cidadão", passando a expressão Direitos do Homem a significar o conjunto dos direitos individuais, levando-se em conta a sua visão extremamente individualista, cuja finalidade da sociedade era a de servir aos indivíduos, ao passo que a expressão Direitos do Cidadão significaria o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.[(1)]

Isto se percebe, facilmente, pela leitura do seu *Article VI*, nestes termos:

"La loi est l'expression de la volonté générale; tous les citoyens ont droit de concourir personnelement, ou par leurs représentants à sa formation; elle doit être le même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités,

places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents."

Mais à frente, a Declaração, no seu Artigo XIV, também privilegia os *citoyens*, nestes termos:

"*Les citoyens ont le droit de constater para eux-mêmes ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quantité, l'assiette, le recouvrement et da durée.*"

Na lição lapidar do Prof. José Afonso da Silva: "A idéia de representação, que está na base no conceito de democracia representativa, é que produz a primeira manifestação da cidadania que qualifica os participantes da vida do Estado – o cidadão, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado –, oposta à idéia de vassalagem tanto quanto o de soberania aparece em oposição à de suserania. Mas, ainda assim, nos primeiros tempos do Estado Liberal, o discurso jurídico reduzia a cidadania ao conjunto daqueles que adquiriam os direitos políticos. Então, o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral. Era uma cidadania "censitária", porque era atributo apenas de quem possuísse certos bens ou rendas".[(2)]

A idéia de cidadão surge, então, como querendo significar aquele indivíduo a que se atribuem os direitos políticos. Na Carta de 1824, por exemplo, falava-se, nos arts. 6º e 7º, em cidadãos brasileiros, como querendo significar o nacional, ao passo que nos arts. 90 e 91 o termo cidadão aparece designado aquele que pode votar e ser votado. Estes últimos eram chamados de cidadãos ativos, posto que gozavam de direitos políticos. Aqueles, por sua vez, pertenciam à classe dos cidadãos inativos, destituídos dos direitos de eleger e ser eleito. Faziam parte, nas palavras de José Afonso da Silva, de uma "cidadania amorfa", posto que abstratos e alheios a toda uma realidade sociológica, sem referência política.[(3)]

Assim, Homem e Cidadão recebiam significados diversos. É dizer, o Cidadão teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade de direitos na ordem política.[(4)]

Esta idéia, entretanto, vai sendo gradativamente modificada, quando do início do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Passa-se a considerar como Cidadãos, a partir daí, todos aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma carga de direitos e deveres dos mais variados.

A Constituição brasileira de 1988, consagra, desde o seu Título I (intitulado "Dos Princípios Fundamentais"), esta nova concepção de cidada-

nia, iniciada com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Desde modo, ao contrário do que ocorria no constitucionalismo do Império, hoje, em face da Constituição vigente, aquela doutrina da cidadania ativa e passiva, não tem mais nenhuma procedência.

Para bem se compreender o significado dessa nova concepção de cidadania introduzida pela Carta de 1988, entretanto, é importante tecermos alguns comentários sobre a gênese do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o pós-Segunda Guerra, que culminou na Declaração Universal de 1948, revigorada pela Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, no ano de 1993.

3. O legado da Declaração Universal de 1948 ao processo de Internacionalização dos Direitos Humanos

Decorrido mais de meio século da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, adentramo-nos hoje, ao que parece, na era internacional dos direitos ou dos direitos internacionalmente consagrados. Testemunha-se, hoje, uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional, no que respeita à proteção dos direitos humanos, notadamente um dos temas centrais do Direito Internacional contemporâneo.

A normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, conquistada através de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito, foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos.

Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo deste processo, a transcender, pois, os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos.

Esta nova concepção, assim, pretendeu afastar, de vez, o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta, que considerava como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público, para proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Os indivíduos, a partir de então, foram erigidos à posição – de há muito merecida – de sujeitos de direito internacional, dotados de mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente protegidos.

É, entretanto, somente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, efetivamente, se consolida. Nascidos dos horrores da era Hitler, e da resposta às atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o nazismo, esses acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis Henkin, "institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional".[5]

Neste contexto marcado por inúmeras violações de direitos, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos durante o período nazista, foi necessário reconstruir toda uma normatividade internacional, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistente. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da comunidade internacional.

Como bem explica a Profa. Flávia Piovesan, diante da ruptura "do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito", passou a emergir "a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral".[6]

O "direito a ter direitos", segundo a terminologia de Hannah Arendt, passou, então, a ser o referencial primeiro de todo este processo internacionalizante. Como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, começa, então, a aflorar todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção, mediante a qual se torna possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentarem respostas satisfatórias na proteção desses mesmos direitos.

A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático com a crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos. Nas palavras de Mariângela Ariosi: "Ainda que existam alguns teóricos adeptos da teoria da soberania ilimitada do Estado, não se pode falar que realmente exista uma grande contradição teórica acerca do tema. Existe, sim, um consenso dominante de que os Estados, apesar de contracenarem com atores secundários, como as organizações internacionais, e com os coadjuvantes, como as empresas transacionais, ainda são os protagonistas das relações in-

ternacionais. Mas, malgrado serem os Estados soberanos, estes devem observar a ordem internacional que é, em última instância, o resultado da vontade coletiva de toda a sociedade internacional. O Direito Internacional se coloca, portanto, acima dos ordenamentos externos estatais sem que, contudo, fira a soberania nacional dos Estados".[7]

Um passo concreto foi dado, quando, no início do ano de 1945, em Chapultepec, no México, os vinte e um países da América se reuniram firmando a tese de que um dos principais objetivos das Nações Unidas seria a elaboração de uma Carta dos Direitos do Homem, razão pela qual a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, ficara impregnada da idéia do respeito aos direitos fundamentais do homem, desde o seu segundo considerando, onde se afirmou "a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos de homens e mulheres e das Nações grandes e pequenas".[8]

Assim, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos.[9] Antes disso a proteção aos direitos do homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. As questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo mencionava-se o problema da ingerência interna em um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim é que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados a fim de não se ferir o até então incontestável e absoluto princípio de soberania.[10]

Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter específico (*v.g.*, as Convenções Internacionais de combate à tortura, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.). Revolucionou-se, a partir deste momento, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos. Colocou-se o ser humano, de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de sujeito de direito internacional. Paradoxalmente, o Direito Internacional feito pelos Estados e

para os Estados começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, único responsável reconhecido juridicamente, querendo significar esse novo elemento uma mudança qualitativa para a comunidade internacional, uma vez que o direito das gentes não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares. Neste cenário, o cidadão, antes vinculado à sua Nação, passa a tornar-se, lenta e gradativamente, verdadeiro "cidadão do mundo".[11]

Mas a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, de que são exemplos, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cujo código básico é a chamada *international bill of human rights*, abrange também os instrumentos de proteção regional, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (*v.g.*, no sistema americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Da mesma forma que ocorre como sistema de proteção global, aqui também se encontram instrumentos de alcance geral e instrumentos de alcance especial. Gerais são aqueles que alcançam todas as pessoas, a exemplo dos tratados acima citados, especiais, ao contrário, são os que visam apenas determinados sujeitos de direito, ou determinada categoria de pessoas, a exemplo das convenções de proteção às crianças, aos idosos, aos grupos étnicos minoritários, às mulheres, aos refugiados, aos portadores de deficiência etc.

Na lapidar lição de Flávia Piovesan: "Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofre violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos".[12] O Prof. José Afonso da Silva, a esse respeito, leciona: "Em face desse diversificação, cabe, desde logo, uma observação geral, qual seja: a de que tanto os tratados regionais como os destinados a proteger especialmente determinadas categorias de pessoas ou situações especiais são complementares aos tratados gerais de proteção dos direitos humanos. Não existem normas regionais de direitos humanos, mas apenas acordos regionais para verificar a aplicação de normas internacionais – observa Cristina M. Cerna".[13]

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios, autonomia e especificidade. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção regida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes.

Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público "são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito", as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo "estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado".[(14)] É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

O "Direito Internacional dos Direitos Humanos", emergido com princípios próprios, passa, então, a efetivamente solidificar-se como um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção que impõe obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Sua observância, assim, deixou de se subscrever ao interesse estritamente doméstico dos Estados, para passar a ser matéria de interesse do Direito Internacional e objeto de sua regulamentação.

Rompendo com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, e libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a afirmar-se como um novo ramo do direito, dotado de autonomia, princípios e especificidade próprios, cuja finalidade é a de assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, concomitantemente.

3.1 A Carta das Nações Unidas de 1945

Foi a partir de 1945, então, quando da adoção da Carta das Nações Unidas, no pós-Segunda Guerra, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a verdadeiramente se desenvolver e a se efetivar. Antes desta data, também existiam normas que podiam ser consideradas, em parte, como de proteção dos direitos humanos. O que faltava, entretanto, antes de 1945, era uma normatização específica que protegesse os indivíduos como seres humanos.[(15)]

Como destaca Thomas Buergenthal, em matéria de direitos humanos, a principal diferença entre as disposições da Carta da ONU, e os acordos internacionais ou mesmo o direito consuetudinário preexistente, encontra-se em

seu campo de ação, visto que o "direito dos direitos humanos" anterior à Carta tinha como meta proteger certas categorias de seres humanos ou garantir certos tipos de direitos, e a Carta, contrariamente, não traz nenhuma limitação deste tipo, posto referir-se tão somente aos "direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião".[16]

Desde este momento, com a criação das Nações Unidas e suas agências especializadas, o processo de internacionalização dos direitos humanos, passa a intensificar-se e a desenvolve-se, demarcando "o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos".[17]

O respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos, com a consolidação da Carta das Nações Unidas de 1945, passa, assim, a ser preocupação internacional e propósito das Nações Unidas (art. 1º, nº 3). Neste cenário é que os problemas internos dos Estados e suas relações com seus cidadãos, passam a fazer parte de um contexto global de proteção, baseado na cooperação internacional e no desenvolvimento das relações entre as Nações.

Neste compasso é que afirma o art. 55 da Carta das Nações Unidas: "Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". O art. 56, por sua vez, dispõe: "Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente".

Sem embargo da clareza da Carta em determinar a importância de se defender os "direitos humanos e as liberdades fundamentais", como bem lembra Flávia Piovesan, ela, entretanto, não definiu o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto, daí advindo o desafio em se desvendar o alcance e sig-

nificado da expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais", não definida pela Carta, o que só ocorreu três anos após, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que veio definir com precisão o elenco dos "direitos humanos e liberdades fundamentais" a que se referiam os arts. 1º (3), 13, 55, 56 e 62 da Carta. É, continua a jurista, "como se a Declaração, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, viesse a concretizar a obrigação legal relativa à promoção desses direitos – obrigação esta constante da Carta das Nações Unidas".[18]

Entretanto, sem embargo da Carta das Nações Unidas não ter conceituado o que vem a ser "direitos humanos e liberdades fundamentais", contribuiu ela, com os seus preceitos, pioneiramente, para a "universalização" dos direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse internacional, não mais estando adstrito tão somente à jurisdição doméstica dos Estados.

3.2 A nova concepção de Direitos Humanos introduzida pela Declaração Universal de 1948

A definição do que sejam "direitos humanos", como explica Flávia Piovesan, aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fundada num duplo pilar baseado na universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diz-se universal "porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição", e indivisível "porque os direitos civis e políticos hão de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade".[19]

Assim foi que a Declaração Universal de 1948, composta de trinta artigos, precedidos de um "Preâmbulo" com sete considerandos, conjugou num só todo tanto os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de direitos e garantias individuais (artigos 1º ao 21), quando os direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 ao 28). O art. 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível, e no art. 30 consagra um princípio de interpretação da Declaração sempre a favor dos direitos e liberdades nela proclamados. Assim o fazendo, combinou a Declaração, de forma inédita, o discurso liberal com o discurso social, ou seja, o valor da liberdade com o valor da igualdade.

Na lapidar lição de José Afonso da Silva: "Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do Ho-

mem, cumpria dar-lhe conseqüência sistemática, mediante a redação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, cuja presidência coube à Sra. Eleonora Roosevelt, viúva do Presidente Franklin D. Roosevelt. Durante a elaboração do texto, com base especialmente em projeto de autoria do Professor René Cassin, várias questões teóricas se configuram, como, por exemplo, se deveria ser uma Declaração ou uma Convenção, o que tinha importância para a sua maior ou menor efetividade, pois a primeira forma não dotava o instrumento, segundo alguns, de força obrigatória. Foi, no entanto, a que prevaleceu. Questão mais importante, contudo, foi a de saber como chegar, numa mesma declaração, a defender os direitos individuais tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais. Sobre isso, Philippe de la Chapelle ressalta a colaboração de Bogmolov, representante soviético, que deu eficaz ajuda na redação dos artigos concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais da Declaração, que fora aprovada na noite de 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia-Geral da ONU, realizada em Paris".[20]

Nas palavras de Flávia Piovesan: "Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta a idéia da sucessão 'geracional' de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todo essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente interrelacionados e interdependentes entre si".[21]

Após um quarto de século da realização da primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã em 1968, a segunda Conferência (Viena, 1993), consagrou os direitos humanos como tema global, reafirmando sua universalidade, indivisibilidade e interdependência. Foi o que dispôs o § 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, nestes termos:

"Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

Compreendeu-se, finalmente, que a diversidade cultural (relativismo) não pode ser invocada para justificar violações aos direitos humanos.

Sobre os debates que marcaram a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos (1993), no que toca à diversidade cultural, assim destaca Alberto do Amaral Júnior: "Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveria sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, sublinharam o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos. Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país, com base no relativismo, poderia deixar de reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento destacaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais".[22]

A tese universalista defendida pelas nações ocidentais saiu, ao final, vencedora, afastando-se de vez a idéia de relativismo cultural, em se tratando de proteção internacional dos direitos humanos. Enriqueceu-se, pois, o universalismo desses direitos, afirmando-se cada vez mais o dever dos Estados em promover e proteger os direitos humanos violados, independentemente dos respectivos sistemas, não mais se podendo questionar a observância dos direitos humanos com base no relativismo cultural ou mesmo com base no dogma da soberania.[23] E, no que toca à indivisibilidade, ficou superada a dicotomia até então existente entre "categorias de direitos" (civis e políticos de um lado; econômicos, sociais e culturais, de outro), historicamente incorreta e juridicamente infundada, por-

que não há hierarquia quanto a esses direitos, estando todos eqüitivamente balanceados, em pé de igualdade.[24] É dizer, a classificação tradicional das "gerações de direitos" não corresponde, historicamente, ao desenvolvimento do processo de efetivação e solidificação dos direitos humanos. Objeta-se que se as gerações de direitos induzem à idéia de sucessão – através da qual uma categoria de direitos sucede à outra que se finda –, a realidade histórica aponta, em sentido contrário, para a concomitância do surgimento de vários textos jurídicos concernentes a direitos humanos de uma ou outra natureza. No plano interno, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior ao dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.[25]

O processo de desenvolvimento dos direitos humanos, assim, opera-se em constante cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, fundada na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Afasta-se, pois, a visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos, para se buscar uma "concepção contemporânea" desses mesmos direitos, a qual foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Como destaca Carlos Weis, insistir na idéia geracional de direitos, "além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados".[26]

Dessa forma, a dicotomia até então existente – leciona José Afonso da Silva – entre direitos civis (mais conhecidos como direitos individuais) e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais vai sendo suplantada pelo reconhecimento doutrinário da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.[27] E isto porque pensava-se que os direitos civis e políticos eram de aplicação imediata, bastando a abstenção do Estado para sua efetivação, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais eram de aplicação progressiva, requerendo uma atuação positiva do Estado para que pudessem ser eficazes.[28]

Problema muito discutido dizia respeito à eficácia das normas da Declaração Universal de 1948, uma vez que ela, por si só, não dispõe de aparato próprio que a faça valer. À vista disso é que, sob o patrocínio da ONU, se tem procurado firmar vários pactos e convenções internacionais a fim de assegurar a proteção aos direitos fundamentais do homem nela consagrados, dentro do quais destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembléia-Geral da ONU, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Surgiram, pois, com a finalidade de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948, tendo o primeiro pacto regulamentado os arts. 1º ao 21 da Declaração, e o segundo os arts. 22 a 28.[29]

3.3 Características dos Direitos Humanos Contemporâneos

Em suma, os direitos humanos, no atual contexto de proteção, cujo marco inicial foi a Declaração Universal de 1948, passam a ter por marca indelével a universalidade, indivisibilidade e interdependência, o que demarca, definitivamente, a sua concepção contemporânea.

Firmam-se, neste cenário, algumas características básicas com relação à sua titularidade, à sua natureza e aos seus princípios. Assim, temos que:

1) São titulares dos direitos humanos todas as pessoas. Vale dizer, basta ter a condição de humano para se poder invocar a proteção desses direitos. Independem, por conseguinte, de circunstâncias de sexo, raça, credo religioso, afinidade política, *status* social, econômico ou cultural. Todas as pessoas do planeta, pela simples condição de terem nascido com vida, têm igual titularidade sobre esses direitos.[30] A titularidade dos direitos humanos vem, assim, despida de qualquer condição desfavorável às pessoas protegidas.

2) Os direitos humanos, são, por natureza, fundamentais, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e prevalência da dignidade humana (conteúdo material), revelando-se essencial também pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), o que permite a revelação de outros direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição.

3) Modernamente, com o desenvolvimento institucional do Direito Internacional Público, a melhor maneira de se justificar a proteção dos direitos humanos consubstancia-se nos vários instrumentos internacionais concluídos, nas últimas décadas, especialmente para tal fim, se embargo da lição de Carlos Santiago Nino, para quem os direitos humanos são direitos de natureza moral, cuja fundamentação independeria de qualquer tratado internacional protetivo.[31] Estamos, entretanto, que a justificativa dos direitos humanos deve encontrar seu sustento no universo jurídico, e não no da filosofia e da metafísica. A exis-

tência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948,[32] e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (*v.g.*, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos assinados no âmbito Organização Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos "direitos humanos contemporâneos".[33]

Bem clara a esse respeito é a lição do ilustrado Prof. Goffredo Telles Júnior, nestes termos: "Não se diga (como tantas vezes já se tem dito) que os Direitos Humanos são 'direitos por natureza', 'direitos inatos', 'direitos imanentes e inerentes no homem'. Não se diga que os Direitos Humanos são anteriores e superiores ao Direito objetivo dos Estados, e existem no homem por natureza, sem dependência com as leis do legislador humano. Tais afirmações resultam de um velho e arraigado equívoco, e não têm mais nenhum sentido. Esta matéria requer especialíssima atenção. Sendo Direitos Subjetivos, os Direitos Humanos são, forçosamente, permissões concedidas por meio de normas jurídicas. Bem sabemos que todo Direito Subjetivo é permissão assim concedida. Ora, as normas jurídicas não são dados da natureza, mas construções da inteligência humana, obras culturais (...). Somente depois de formulados pelo legislador e firmados em leis positivas, é que tais anelos são promovidos a direitos, a Direitos Subjetivos autênticos, a Direitos Humanos legalmente consagrados. Só então, passam a ser, verdadeiramente, predicados concedidos a todas as pessoas, por meio de normas jurídicas".[34]

4) Os direitos humanos derivam de três princípios basilares, bem como de suas combinações e influências recíprocas, quais sejam: a) o da inviolabilidade da pessoa, cujo significado traduz a idéia de que não se pode impor sacrifícios a um indivíduo em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios à outras pessoas; b) o da autonomia da pessoa, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que seus atos não prejudiquem terceiros; e, c) o da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo de todos os demais direitos fundamentais do cidadão, através do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos, e não em relação a outras propriedades suas não alcançáveis por eles.[35]

5) Diferentemente do que ocorre com os direitos subjetivos em geral, os direitos humanos têm, como característica primordial, a irrenunciabilidade. Portanto, a autorização do seu titular não tem o condão de justificar ou convalidar a sua violação.[36]

6) Os direitos humanos são, ademais, inalienáveis, na medida em que não permitem a sua desinvestidura por parte de seu titular, embora, é certo, possam não ser exercidos na prática. Ainda por força da inalienabilidade, tem-se que exercício dos direitos humanos é imprescritível, não se perdendo ou divagando no tempo.

7) São os direitos humanos, por fim, inexauríveis, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescidos novos direitos, a qualquer tempo, exatamente na forma apregoada pelo § 2º do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Sem embargo de todo o processo de internacionalização dos direitos humanos, ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito e de atrocidades, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos por inúmeros tratados internacionais.

Atualmente, não mais se cogita em monismo ou dualismo, o que já está, em matéria de proteção dos direitos humanos, por demais superado. Na lição de Antônio Augusto Cançado Trindade: "O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacioal dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da 'competência nacional exclusiva'; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseginte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser 'transformadas' em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas".[(37)]

O que se pretende é dar às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, o seu devido valor, ainda pouco reconhecido. Não

se pode mais admitir a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais, senão acima, igualados em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado.

Jamais se olvidou de que "(...) o passo inicial para a vindicação dos direitos consiste em bem conhecê-los".[38] Nesse diapasão, dispõe o art. 29 ("Normas de interpretação") do Pacto de San José da Costa Rica, que:

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

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, gupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...".

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aliás, tem dispositivo expresso a respeito, no seu art. 27, que assim dispõe:

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

A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4, que "as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional". A Declaração do México, firmada aos 6 de março de 1945 dispõe no item primeiro que "o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados". A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948 estabelece, no seu art. 5º, letra *a*, que "o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas", no art. 7º, ademais, prescreve que "todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional", ao passo que nos arts. 9 e 10, repete os dizeres dos arts. 3 e 6 da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevidéu aos 26 de dezembro de 1933, que traz disposição no sentido de que "o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional" (art. 3º), o que significa reconhecer o primado do direito internacional como limitador do exercício das competências do Estado.[39]

Como destaca Gerson de Britto Mello Boson, o primado do direito das gentes constitui-se num dos maiores postulados da teoria geral do direito internacional, que existe "ainda quando falte nas Constituições o seu reconheci-

mento expresso, porque, na verdade, os Estados, juridicamente, só dispõem da liberdade para fixar a modalidade da aplicação interna do Direito internacional. O Estado, no exercício de suas competências, pode praticar atos contrários ao Direito das gentes, mas incorre em responsabilidade, ajuizável perante tribunais internacionais, ainda quando o ato ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a lei interna, pois o próprio exercício das funções legislativas pode ser constitutivo de um ato internacionalmente anti-jurídico. Tem, portanto, toda procedência a declaração, repetida, de vários tribunais internacionais, de que as leis internas são em face do Direito das gentes, meros fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito internacional. A validade superestatal deste é independente da vontade dos Estados, já submetidos à sua obrigação".[(40)]

Com isto, assentou-se, enfim, a posição de que a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno, constitui-se em um verdadeiro princípio de Direito Internacional.

4. A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos

Rompendo com a ordem jurídica anterior, marcada pelo autoritarismo advindo do regime militar, que perdurou no Brasil de 1964 a 1985, a Constituição brasileira de 1988, no propósito de instaurar a democracia no país e de institucionalizar os direitos humanos, faz como que uma revolução na ordem jurídica nacional, passando a ser o marco fundamental da abertura do Estado brasileiro ao regime democrático e à normatividade internacional de proteção dos direitos humanos.

Como marco fundamental do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, a Carta de 1988, logo em seu primeiro artigo, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental (art. 1º, III), instituindo, com este princípio, um novo valor que confere suporte axiológico a todo sistema jurídico e que deve ser sempre levado em conta quando se trata de interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento jurídico pátrio.

A nova Constituição, além disso, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, deu um grande passo rumo a abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos, quando, no § 2º do seu art. 5º, deixou estatuído que:

"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".

Ora, se a Constituição de 1988 estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem" outros provenientes internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição "os inclui" no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu "bloco de constitucionalidade".[41]

Segundo o magistério de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, à expressão "não excluem" constante do § 2º do art. 5º da Carta Magna brasileira "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 (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas tem valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesas, holandesas e grega".[42] E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan que, quando a Carta de 1988 em seu art. 5º, § 2º, dispõe que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", a *contrariu sensu*, está ela "a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos (...) Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (...) A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais

dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhe confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional".[43]

Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, "a natureza de norma constitucional", os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.[44] De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional.[45] A própria função do Estado de proteger e promover a dignidade da pessoa humana já indica a esta tal impossibilidade.[46]

Dessa forma, tanto os direitos como as garantias constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.[47] Em suma, um Estado que pretende ter seu ordenamento em grau superior ao do direito internacional dos direitos humanos, certamente está desvinculado do movimento internacional de proteção de direitos, regional e universalmente reconhecidos, não tendo, por isso, direito de afirmar seu propósito na proteção dos direitos humanos.[48]

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional, terão sim, natureza de norma infraconstitucional (mas supra-legal), extraída justamente do citado art. 102, III, *b*, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

Deve-se insistir, porém que esta teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de "direitos humanos". Note-se que o § 2º do art. 5º da CF, fala em direitos e garantias expressos na Constituição, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de direitos e garantias individuais é que estão amparados por esta cláusula, chamada por isso mesmo de cláusula aberta, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade

da própria Carta Magna, o *status* de "norma constitucional". A isto se acrescenta o argumento, sustentado por boa parte da doutrina publicista, "de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*".[49] Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, aliás, tem o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é Direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter.[50] Assim, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com esta norma se tornarão nulos e terminarão.[51]

Há, pois, neste cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário-Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: "Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...) Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional".[52]

A inovação, no § 2º ao art. 5º da Constituição de 1988, referente aos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, assim, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, vem também reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais (CF, artigo 4º, II).

Este dispositivo, por tais motivos, modificou sensivelmente a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito internacional com o direito interno, no que toca à proteção dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. Basta pensar que a inserção dos Estados em um sistema supra-

estatal de proteção dos direitos humanos, com seus organismos de controle internacional, como lembra Bidart Campos, fortalece a tendência constitucional em liminar o Estado e seu poder em salvaguarda dos direitos fundamentais. Ademais, um Estado que, *"en acatamiento a una jurisdicción supraestatal, está prevenido de que violaciones internas a los derechos son susceptibles de derivarse a control y enjuiciamiento de una instancia internacional mediante acusación de incumplimiento de tratados sobre derechos humanos, seguramente se esmerará más en preservar los derechos de quienes están sometidos a su jurisdicción interna, y quedará inducido a vigilar que se respeten, que cuenten con garantías hábiles, que se interpreten conforme a una opción preferencial por la solución más beneficiosa"*.[53]

A Carta de 1988 reconhece explicitamente, portanto, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição), e aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Dessa forma, quando a Constituição brasileira estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, § 2º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Não bastasse esse extraordinário avança, um outro ainda se apresenta. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, passam, a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do art. 5º da nossa Carta:

"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Este parágrafo dá aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos, nos arts. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo, consoante a regra do § 2º do seu art. 5º.

É justamente este último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interesse neste estudo. Ora, se as nor-

mas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.[54]

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de "normas constitucionais", passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento citado § 1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, desta forma, 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 versam sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário.[55] Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

Além do artigo 5º, § 1º da Carta da República impor esta conclusão, a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis.[56] Para Antônio Augusto Cançado Trindade: "Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, 'uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional'".[57]

Todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento iterno brasileiro (CF, artigo 5º, § 1º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pas-

sam a ser também cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, artigo 60, § 1º, IV).[58] 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. Isto porque, o § 1º, do art. 5º, da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Dessa forma, os direitos inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do art. § 4º, do art. 60, da Carta de 1988, que diz:

"Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir.

IV – os direitos e garantias individuais."

Ora, se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se da natureza de "norma constitucional", e, dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1º do art. 5º, e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição. Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituírem cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos por qualquer maneira.

Em suma, tendo ingressado tais tratados pela porta de entrada do § 2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos garantidos no texto constitucional: a) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inic. II a V); b) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (artigo 3º, inc. I, III e IV); c) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (artigo 4º, inc. II), e; d) a constituírem cláusula pétrea do texto constitucional (artigo 60, § 4º, inc. IV), dando lugar à intervenção federal em caso de sua não-observância (artigo 34, inc. VII, *b*).

5. O cidadão e a cidadania na Constituição brasileira de 1988

Como se viu, em face do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e reiterado na Conferência de Viena, em 1993, os Cida-

dãos, hoje, são todos aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma carga de direitos e deveres.

A Constituição brasileira de 1988, consagra esta concepção em vários de seus dispositivos, estando hoje superada a antiga doutrina, do tempo do constitucionalismo imperial, da cidadania ativa e passiva como querendo significar a prerrogativa de quem podia votar e ser votado, ou seja, de que tinha direitos políticos.

Observe-se que a Carta de 1988, ao tratar, no seu art. 14, dos direitos políticos, não se refere sequer em um momento à expressão cidadania, dizendo apenas que a "soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)". Pelo contrário: a Constituição faz uma separação entre cidadania e direitos políticos quando, no seu art. 58, § 1º, II, ao tratar das leis delegadas, exclui do âmbito da delegação legislativa a "nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais".

Entretanto, em alguns outros dispositivos da Constituição, a palavra cidadania (ou cidadão) poderia ainda ter significação de direitos políticos, mas mesmo assim implícita, a exemplo dos arts. 22, XIII, e 5º, LXXIII. No primeiro se lê que compete à União legislar sobre "nacionalidade, cidadania e naturalização", e no segundo que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".[59]

Mas o que importa é que a Constituição de 1988 abandona, sem embargo disso, o velho conceito de cidadania ativa e passiva, incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993.

Foi nesse sentido que, pioneiramente, estatuiu a Carta, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania (inc. II). Na mesma esteira, o disposto no art. 5º, incisos LXXI ("conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania") e LXXVII ("são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-datas*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania"). No seu Título VIII, Capítulo II, Seção I, a Carta Magna de 1988 dispõe, ainda, que a "educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da socie-

dade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205).

Outro dispositivo em que fica bastante marcada esta nova concepção de cidadania, é o art. 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe que: "A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil."

Enfim, a Constituição de 1988, enriqueceu e ampliou os conceitos de cidadão e cidadania. Seu entendimento, agora, como leciona José Afonso da Silva, "decorre da idéia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania".[(60)] De forma que, não mais se trata de considerar a cidadania como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de aferir-lhe um núcleo mínimo e irredutível de direitos (fundamentais) que devem se impor, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos.

A cidadania, assim considerada – conclui brilhantemente o Prof. José Afonso da Silva –, "consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos".[(61)]

Vê-se, dessa forma, que a Carta de 1988 endossa esse novo conceito de cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana sua maior principiologia e racionalidade. Consagra-se, de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos humanos contemporâneos fundados na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

6. A dignidade da pessoa humana e a nova concepção de cidadania introduzida pela Constituição Federal de 1988

A Constituição brasileira de 1988, introduz no ordenamento jurídico pátrio, assim, uma nova concepção de cidadania, fundada na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, extraída da interpre-

tação conjugada de três de seus dispositivos, até então inéditos na história do direito constitucional brasileiro: o art. 1º, III, o art. 4º, II e o art. 5º, § 2º.

Fazendo-se uma interpretação sistemático-teleológica da Constituição, que proclama em seu art. 4º, II, que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e, em seu art. 1º, III, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (sendo esta um dos pilares sobre o qual se assenta o Estado brasileiro), a outra conclusão não se chega, senão a de que o propósito do legislador constituinte, no art. 5º, § 2º da Carta da República, foi realmente o de consagrar, de forma efetiva, a universalidade dos direitos humanos, dando sempre primazia à norma mais benéfica ao ser humano.[62] Assim, quando a Constituição dispõe em seu art. 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, *inter alia*, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu art. 5º, § 2º, que, como já foi visto, tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados.[63]

Consagrou-se, definitivamente, e de forma até então inédita, o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas, reconhecendo-se os direitos humanos como tema global e de legítimo interesse da comunidade internacional.

Como bem exprimiu Pedro Dallari, "a prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição brasileirade 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes 'dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'".[64]

Por sua vez a dignidade da pessoa humana – considerada um bem soberano do espírito, nas palavras de Gofredo Telles Junior[65] –, é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais do homem. É, na lição de José Afonso da Silva,[66] "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida", concepção da qual também se filia Canotilho, quando diz ser a dignidade da pessoa humana "a raiz fundamentante dos direitos humanos".[67] Na lição lapidar da Profa. Flávia Piovesan, considerando que toda Constituição há de ser compreendida como

uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (...) À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro".[68]

Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto,[69] que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional. Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático, ocupando o grau superior da ordem jurídica.[70]

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo este dispositivo, inserto no capítulo primeiro da Carta, intitulado Os Direitos Fundamentais, "a dignidade do homem é inviolável", estando os Poderes Públicos "obrigados a respeitá-la e a protegê-la" (art. 1, nº 1).[71] Assim estatuindo, explica Werner Maihofer, passa a dignidade humana a ser declarada *"como el presupuesto último, como el fundamento, y la obligación del Estado que de ella se deduce como el fin supremo de una democracia en libertad"*.[72]

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, deve-se entender que, em se tratando de direitos humanos provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas, princípio este, defendido com veemência pelo Prof. Cançado Trindade, e expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição Federal.

Em outras palavras, a primazia é da norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana. Se esta norma mais protetora for a própria Constituição, ótimo. Se não for, deixa-se esta de lado (*rectius*: inaplicar-se-á nesta parte) e utiliza-se a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direito internacionalmente consagrados. Como bem explica Flávia Piovesan, "se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional – aplicar-se-ia a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpreta-

tivas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos".[(73)]

É também a opinião do Prof. Clèmerson Merlin Clève, cuja lição é no sentido de que, na medida em que o texto convencional é mais generoso que o constitucional, ele não ofende a Constituição, tendo em vista estar respeitando o mínimo nela previsto com o estabelecimento da garantia. De tal sorte que, em matéria de direitos fundamentais, ocorrendo conflito entre instrumentos de garantia (sejam internos ou internacionais), cumpre aplicar aquele que mais vantagem ofereça ao cidadão.[(74)]

A inconstitucionalidade de certas normas constitucionais resulta, pois, do fato de a própria Constituição, no seu art. 60, § 4º, IV, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais e da prevalência dos direitos humanos, este último, como princípio a reger o Estado brasileiro no cenário internacional. Daí pode-se dizer que se uma norma constitucional conflitar com outra proveniente de tratado internacional de direitos humanos mais benéfica, esta norma menos protetiva, como tal, passa a ser inconstitucional, por carência de enquadramento no próprio sistema constitucional de direitos que, além de prever a recepção das normas provenientes de tratados, dá sempre prevalência, em caso de conflito, à norma mais favorável aos seus protegidos.

Assim, a partir do momento em que a Constituição se alarga para receber aqueles direitos internacionais provenientes de tratados, não pode ela mesma infringir estes preceitos, se mais benéficos, através do reconhecimento de outros direitos em seu texto expressos, cuja força protetiva é menor. E isto porque, o próprio legislador constituinte, através da positivação dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem, buscou alargar o rol dos direitos e garantias consagrados, declarando os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como parte integrante da "ordem constitucional".[(75)]

E isto não quer dizer que a Constituição, que é rígida, estar-se-ia tornando flexível, no que permite a inaplicabilidade de seu texto. Absolutamente. Sabe-se que Constituição rígida é aquela que demanda procedimento especial e qualificado para a sua modificação, diferentemente do utilizado para a legislação ordinária. Os tratados internacionais, mesmo quando para sua aprovação parlamentar, sigam o trâmite comum das leis, não se incorporam ao direito interno em virtude desta lei aprobatória (que, no caso brasileiro, consubstancia-se num decreto legislativo), posto que ainda requerem sejam ratificados pelo Presidente da República, o que demonstra "que o trâmite ou o procedimento –

tanto interno como internacional – de celebração e conclusão de tratados não é igual ao da sanção das leis ordinárias (mesmo quando inclua uma etapa parlamentar aprobatória, e quando esta se cumpre do modo como aquelas leis se sancionam)".[76] Em todo caso, como ensina Bidart Campos, deve-se admitir que estamos diante de uma rigidez mitigada, que não significa, em absoluto, flexibilidade constitucional.[77]

No plano global, vários tratados de direitos humanos têm expressamente proibido aos Estados-partes qualquer restrição ou derrogação aos direitos reconhecidos ou vigentes nesses Estados, em virtude de outras convenções, leis, regulamentos ou costumes menos propícios à obtenção de qualquer direito assegurado pelo Estado. Assim é que o Pacto de Direitos Civis e Políticos não admite qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, "sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau" (artigo 5º, 2). De outra banda, tanto a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 5º) quanto a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (artigo 5º), prevêem, da mesma forma, que nenhuma de suas disposições prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos respectivamente aos refugiados e apátridas, independentemente delas. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher adverte que nada do disposto nela prejudicará "qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado Parte; ou b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado" (artigo 23). Por fim, seguindo o mesmo raciocínio, a Convenção sobre os Direitos da Criança, também estabelece que nada do que nela foi estipulado afetará as "disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado" (artigo 41).[78]

No plano regional, cita-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de "limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados" (artigo 29, *b*); proíbe, ainda, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de "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 29, *d*). O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre

Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), da mesma maneira, determina que "não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau" (artigo 4º).

No contingente americano assim como no continente europeu a solução é a mesma.[79] A Convenção Européia de Direitos Humanos, assim, estipula que nenhuma de suas disposições será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos humanos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado-parte ou com qualquer outra convenção em que este for Parte (artigo 60). A Convenção Européia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, por sua vez deixa claro que não prejudicará ela "os dispositivos do direito interno ou de qualquer acordo internacional que forneçam maior proteção às pessoas privadas de sua liberdade" (artigo 17, 1). A Carta Social Européia, por fim, seguindo a mesma linha das anteriores, deixa estatuído que as suas disposições não prejudicarão as de direito interno nem as de tratados que "sejam mais favoráveis às pessoas protegidas" (artigo 32), tudo pela consagração do princípio da primazia.[80]

Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno como o *status* de norma constitucional (CF, artigo 5º, § 2º), eventuais conflitos existentes entre essas "duas normas constitucionais" (o conflito, frise-se é apenas aparente!) deve ser resolvido dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior em conflito.[81] Como vimos, sempre que uma norma proveniente de tratados internacionais, contiver disposição de direitos que favoreça o ser humano, esta norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira "norma constitucional". E, se por ventura, houver choque entre esta nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver contraposição entre estas "duas normas constitucionais" (que são, logo, da mesma categoria), terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4, II da Constituição Federal, seguindo a interpretação que propusemos anteriormente.[82]

Trata-se, realmente, de questão tormentosa no campo da hermenêutica, e que deve ser resolvida em cotejo com os princípios fundamentais consagrados pela Constituição, dando-se primazia à norma de maior valor principiológico existente. Isto é, àquela norma imbuída de todo o conteúdo valorativo do princípio. Este valor maior a prevalecer no caso de colisão de normas constitucionais, assim, deve sempre ser aferido em cotejo com a principiologia estabelecida pela Carta Magna na regência de determinada situação, levando em conta a dimensão de seu peso, cuja variação será determina-

da pelo caso em concreto. O peso valorativo que os princípios impregnam a determinadas normas, as coloca em situação de prevalência ou primazia sobre as demais com elas conflitantes, em virtude de nem uma, nem outra, serem absolutas na seara da hermenêutica constitucional.[83]

Como bem leciona Bidart Campos, num sistema de normas "*que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguem, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras ,porque todas se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonia recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto*".[84]

Por tudo isso, pode-se dizer que, por autorização própria, a Constituição Federal de 1988 permite a derrogação de seu próprio texto (*rectius*: a inaplicabilidade de seu texto), quando uma norma decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou inscrita nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, for, no que diz respeito aos direitos e garantias nela expressos, mais favorável ao ser humano, pois são princípios da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), e a prevalência dos direitos humanos, este último, a reger as relações do Estado brasileiro no âmbito internacional (CF, artigo 4º, II). É o que chamamos de efeito derrogatório.

Ao contrário, se o estatuído nos tratados pelo Brasil ratificados, for, em confronto com a Constituição, menos favorável ao ser humano, ou seja, se os tratados disciplinarem a mesma matéria, prevendo menos direitos e garantias do que os previstos pela norma constitucional, esta norma convencional, fruto do Direito Internacional, não terá, em nosso ordenamento interno, nenhum vigor, devendo prevalecer aquela norma constitucional mais favorável. Por isso, um tatado internacional sobre direitos humanos, só terá efeito derrogatório dos direitos e garantias fundamentais, quando trouxer consigo, mais direitos e mais garantias do que aqueles previstos pelo texto constitucional, pois, como se viu, a primazia é da norma mais favorável ao ser humano.

Como se viu, a Constituição de 1988 reconhece, no que tange ao seu sistema de proteção de direitos, uma dupla fonte normativa: a interna e a internacional. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida, pois o que se visa, é a otimização e a maximização do sistema (interno e internacional) de direitos e garantias individuais.[85]

A Carta Constitucional da Venezuela, de 17 de novembro de 1999, a esse respeito, é, para nós, um modelo a ser seguido. De fato, a recente Consti-

tuição venezuelana, dispõe, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, "têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público".

A aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável, neste compasso, como bem lembram Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Anna Carla Agazzi, impõe a observância de duas regras de suma importância:

a) Em primeiro lugar, não suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos mais benéficos ao ser humano previstos nos tratados ratificados. Tal regra consta de maneira expressa da maioria dos tratados, como advém da circunstância do Estado obrigar-se a acatar os preceitos dos tratados. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu art. 27, já dispõe que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado".

b) Caso exista alguma disposição existente em lei promulgada internamente que seja mais favorável às pessoas residentes no País, essa norma prevalece sobre as disposições que constem de tratados aos quais o País aderiu.[86]

O art. 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), aliás, é expresso a esse respeito, quando estabelece que: "Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado-parte; ou; b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado".

Em que pesem as opiniões contrárias, a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável, não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados. Se se tratasse de restrição de um direito constitucional, neste caso, poder-se-ia dizer inconstitucional a norma proveniente do tratado, aplicando, neste particular, a norma interna, mais favorável. Tratando-se, porém, "de direito, de extensão de uma garantia mínima inscrita no catálogo dos direitos fundamentais, é evidente que não é inconstitucional", segundo as sábias palavras do Prof. Clèmerson Merlin Clève.[87]

Bem de ver-se que o próprio Título I da Carta da República de 1988, onde se insere o art. 4º, II, já citado, foi intitulado "Dos Princípios Fundamentais". Aliás, a própria Constituição de 1988, no inciso XXXI de seu art. 5º,

consagra o princípio da primazia da norma mais favorável tratando-se da sucessão de bens de estrangeiros situados no País, quando dispõe que: "A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*". Este texto, idêntico por sinal ao da Carta revogada, como se percebe, consagra expressamente tal princípio, o que mostra não ser desconhecido do legislador constituinte, fazendo-se ver que a sua aplicação realmente não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que, como já dissemos, decorre de seus próprios postulados, fazendo-se uma interpretação sistemática e teleológica dos seus preceitos.

A dignidade da pessoa humana (Cf, artigo 1º, III) protegida por estes princípios, sobrepaira acima de qualquer disposição em contrário, limitativa de seu exercício. No atual contexto da "era dos direitos" de Bobbio, não há mais falar-se sobre a já superada polêmica entre monistas e dualistas, no que diz respeito à proteção dos *human rights*.[88] No presente domínio de proteção, direito internacional e direito interno estão em constante interação, conformando-se num todo harmônico, no que tange à proteção dos direitos humanos. Não se pretende, por conseguinte, dar primazia a um ou outro, mas sim à norma que, no caso, mais proteja os direitos das pessoas protegidas. Por esse motivo, é irrelevante e ocioso, no que toca à proteção dos direitos humanos, o estudo do conflito de normas entre direito internacional e direito interno, tendo em vista que a solução consagrada em inúmeros tratados de proteção dos direitos humanos é a de se escolher a norma mais favorável às vítimas de violações de direitos.[89]

É a lição do Prof. Cançado Trindade, nestes termos: "No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas".[90] Um deles, como já se viu, é o próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 5º, 2) que dispõe: "Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau". Este dispositivo, como destaca Carlos Weis, possui uma particular relevância, "pois cria uma regra de inteligência para os direitos estatuídos nos tratados internacionais de direitos humanos, a ordenar que a interpretação de suas prescrições deve ser a mais ampliativa possível, de modo a lhes conferir eficácia máxima", de sorte que, "se uma norma de direito

interno definir determinado direito de maneira mais abrangente ou melhor garantir seu gozo, deve prevalecer sobre o Pacto", e, a *contrariu sensu*, "prevalece a norma do tratado internacional quando esta for a que consagre de modo mais ampliado o direito fundamental".[91]

"O critério da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos" – diz Antônio Augusto Cançado Trindade –, "contribui, em primeiro lugar para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de 'conflitos' entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, tanto em dimensão vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quando horizontal (dois ou mais tratados). No tocante a esta última, o critério da primazia da disposição mais favorável às vítimas já em fim da década de cinqüenta era aplicado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (Petição nº 235/56, de 1958-1959), e recebeu reconhecimento especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer de 1985 sobre a Associação Obrigatória de Jornalistas. Contribui, em terceiro lugar (...), para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção".[92]

Segundo Max Soresen, a primazia da norma mais favorável, hoje, é clara e se evidencia *"por la regla bien estabelecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella"* (*Manual de derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económico, 1992). Ainda, segundo o referido autor: *"El Estdo es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...] Pero, [...], todo conflito entre el derecho internacional y el derecho interno que queda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese"*.[93]

Enfim, ao se relacionar a Constituição de 1988 com a concepção contemporânea de cidadania, percebe-se que a Carta brasileira está em perfeita consonância com o ideário da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurí-

dico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira que integra, ao elenco dos direitos humanos, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam espraiados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A Carta de 1988, assim, foi a primeira a explicitamente prescrever que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo pois inconcebível separar o valor liberdade (direitos civis e políticos) do valor igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

Conclui-se, portanto, que a Constituição brasileira de 1988 endossa, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

7. Conclusões

I – A idéia de cidadania surgiu como querendo significar a qualidade do indivíduo a que se atribuíam direitos políticos de votar e ser votado. Falava-se, então em cidadãos ativos, que gozavam de direitos políticos, e em cidadãos inativos, destituídos dos direitos de eleger e ser eleito. Assim, Homem e Cidadão recebiam significados distintos. O Cidadão teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade de direitos na ordem política.

II – Em virtude do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com a elaboração da Declaração Universal de 1948, esta idéia vai sendo gradativamente modificada, passando a considerar-se cidadãos, todos aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem direitos e deveres.

III – Começou-se, a partir daí, a testemunhar-se uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional, no que respeita à proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos passaram, então, com o amadurecimento evolutivo desse processo, a transcender os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos, afastando-se de vez, o velho e arraigado, conceito de soberania estatal absoluta, que considerava como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público.

IV – O "direito a ter direitos", segundo a terminologia de Hannah Arendt, passou, então, a ser o referencial primeiro de todo este processo internacionalizante. Aflorou-se, então, todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção, mediante a qual se torna possível a responsabilização do Estado no plano externo,

quando, internamente, os órgãos competentes não apresentarem respostas satisfatórias na proteção desses mesmos direitos.

V – O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios, autonomia e especificidade, sendo característica de suas normas a expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Libertou-se, de vez, a rígida distinção até então existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos seus clássicos paradigmas.

VI – Os direitos humanos passaram, então, a fundar-se nos pilares da universalidade e indivisibilidade, consagrados pela Declaração Universal de 1948 e reiterado pela Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993. Compreendeu-se, enfim, que o relativismo cultural não pode ser invocado para justificar violações aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Ficou superada a dicotomia até então existente entre "categorias de direitos" (civis e políticos de um lado, econômicos, sociais e culturais, de outro), historicamente incorreta e juridicamente infundada, porque não há hierarquia quanto a esses direitos, estando todos eqüitativamente balanceados, em pé de igualdade.

VII – Os direitos humanos, então, além de universais e indivisíveis, são também, por natureza, fundamentais. Consagra-se, assim os princípios da inviolabilidade da pessoa, da autonomia da pessoa e o da dignidade da pessoa humana. Daí serem os direitos humanos irrenunciáveis, inalienáveis e inexauríveis.

VIII – A Constituição brasileira de 1988, marco fundamental do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, recebe os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos com índole e nível constitucional, além de dar aplicação imediata às suas normas devidamente incorporadas. A abertura do sistema se deu no art. 5º, § 2º, que dispõe: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

IX – Assim, tendo tais tratados ingressado pela porta de entrada do § 2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos garantidos no texto constitucional: a) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inc. II a V); b) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (artigo 3º, inc. I, III e IV); c) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (artigo 4º, inc. II), e; d) a constituírem cláusula pétrea do texto constitucional (artigo 60, § 4º, inc. IV), dando lugar à intervenção federal em caso de sua não-observância (artigo 34, inc. VII, *b*).

X – A Constituição de 1988 abandona o velho conceito de cidadania ativa e passiva, incorporando em seu texto a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993. A Carta de 1988 endossa esse novo conceito de cidadania, que tem na dignidade da pessoa humana sua maior principiologia e racionalidade, consagrando-se de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos humanos contemporâneos.

XI – A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam espraiados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.

XII – A Constituição brasileira de 1988 endossa, portanto, de forma explícita, a concepção contemporânea de cidadania, afinada com as novas exigências da democracia e fundada no duplo pilar da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Bibliografia

Amaral Júnior, Alberto do. "Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas". *In*: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, nº 31, págs. 27-38. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC/Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2000.

Arendt, Hannah. "Entre o passado e o futuro". São Paulo: Perspectiva Universitária, 1972.

_____. "Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal", 1ª reimp. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Ariosi, Mariângela. "Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional". Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

Bachof, Otto. "Normas constitucionais inconstitucionais"? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Baracho, José Alfredo de Oliveira. "A plenitude da cidadania (teoria geral da cidadania) e as garantias constitucionais e processuais". *In*: **Trindade**, Antônio Augusto Cançado (Editor). "A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro", 2ª ed., San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

Barile, Paolo. *"Diritti dell'uomo e libertà fondamentali"*. Bologna: Societá Editrice il Mulino, 1984 [impressão: 1992].

Barile, Paolo, **Cheli**, Enzo & **Grassi**, Stefano. *"Istituzioni di diritto pubblico"*, 8ª ed. Padova: Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.

Barros-Platiau, Ana Flávia & **Góis**, Ancelmo César Lins de. "Direito internacional e globalização". *In*: Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, págs. 27-42, 1º semestre de 2000.

Bastos, Celso Ribeiro & **Martins**, Ives Gandra. "Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988", 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

Benda, Ernst, **Maihofer**, Werner, **Vogel**, Hans-Jochen, **Hesse**, Konrad & **Heyde**, Wolfgang (Hrsg). *"Manual de derecho constitucional"*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

Benda, Ernst. *"El Estado social de derecho"*. *In*: Ernst Benda (*et al.*). *"Manual de derecho constitucional"*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

Campos, German J. Bidart. *"El derecho de la Constitucion y su fuerza normativa"*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1995.

_____. *"Tratado elemental de derecho constitucional argentino"*, Tomo III (*El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*). Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995.

Bobbio, Norberto. "A era dos direitos". Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Bonavides, Paulo. "Curso de direito constitucional", 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Boson, Gerson de Britto Mello. "Curso de direito internacional público", 1º Vol. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

_____. "Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro". Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Boucault, Carlos Eduardo de Abreu & **Araújo**, Nadia de (orgs.). "Os direitos humanos e o direito internacional". Rio: Renovar, 1999.

Buergenthal, Thomas. *"International human rights"*. Minnesota: Est Publishing, 1988.

_____. *"Modem constitutions and human rights treaties"*. *In*: *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 36, págs. 211-223 (1997).

Buergenthal, Thomas & **Maier**, Harold G. *"Public international law"*, 2ª ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1990.

Buergenthal, Thomas, **Espiell**, Héctor Gros, **Grossman**, Claudio & **Maier**, Harold G. *"Manual de derecho internacional público"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Burdeau, Georges, **Hamon**, Francis & **Troper**, Michel. *"Droit Constitutionnel"*, 26ª édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. "A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos". São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. "Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos". *In*: Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1996.

_____. "A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos". *In*: **Trindade**, Antônio Augusto Cançado (Editor). "A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro", 2ª ed. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

_____. "Tratado de direito internacional dos direitos humanos", 1ª ed., vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. "A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas". Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. "Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional". *In*: Carlos Eduardo de Abreu Boucault & Nadia de Araújo (orgs.). "Os direitos humanos e o direito internacional". Rio: Renovar, 1999.

Canotilho, J. J. Gomes. "Direito constitucional", 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. "Direito constitucional e teoria da Constituição". Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

Carrió, Genaro R. *"Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias. "O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos". *In*: "Justiça e democracia: revista de informação e debate", nº 2, págs. 10-33, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.

_____. "O judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos". *In*: Revista especial do Tribunal Regional Federal", 3ª Região – Escola dos Magistrdos – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.

Claude, Richard Pierr, **Weston**, Burns H. (Editors). *"Human rights in the world community: issues and action"*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

Clève, Clèmerson Merlin. "Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91. Inconstitucionalidade". *In*: Revista dos Tribunais, nº 736, págs. 503-532, fev. 1997.

_____. "A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro", 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Dallari, Pedro. "Constituição e relações exteriores". São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. "Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional". *In*: Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região (Escola dos Magistrados). Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.

Gordillo, Augustin. *"Derechos humanos: doctrina, casos y materiales – parte general"*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

Hannum, Hurst (org.). *"Guide to international human rights practice"*, 2ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

Henkin, Louis, **Pugh**, Richard, **Schachter**, Oscar & **Smit**, Hans. *"International law: cases and materials"*, 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

Hesse, Konrad. "A força normativa da Constituição (*die normative kraft der Verfassung*)". Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *"Significado de los derechos fundamentales"*. *In*: Ernst Benda (*et al.*) *"Manual de derecho constitucional"*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

Hitters, Juan Carlos. *"Derecho internacional de los derechos humanos"*, Tomo II: Sistema Interamericano. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1993.

Kelsen, Hans. *"Les rapports des système entre le droit interne et le droit international public"*. *In*: *"Recueil des Cours"*, Paris, 1926, vol. IV, t. 14.

_____. "Teoria pura do direito", 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

Alves, José Augusto Lindgren. "Os direitos humanos como tema global". São Paulo: Editora Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

_____. "O sul e o norte dos direitos humanos". *In*: "Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate", nº 2, págs. 95-108, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.

_____. "A atualidade retrospectiva da conferência de Viena sobre direitos humanos". *In*: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, nº 53: págs. 13-66, jun. 2000.

Maihofer, Werner. *"Principios de una democracia en libertad"*. *In*: Ernst Benda (*et al.*). *"Manual de derecho constitucional"*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

Marinho, Josaphat. "Dos direitos humanos e suas garantias". *In*: "As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco". Rio: Forense, 1976.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. "Direitos humanos & relações internacionais". Campinas: Agá Juris, 2000.

Pinto, Mónica. *"Temas de derechos humanos"*. Buenos Aires: Editores del Puento, 1997.

Ribeiro, Maria de Fátima. "Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do Mercosul". *In*: "*Scientia Iuris*: revista do curso de mestrado em Direito Negocial da UEL", vol. 1, nº 1, págs. 99-116, Londrina, 1997.

Rocha, Fernando Luiz Ximenes. "A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". *In*: "Revista de Informação Legislativa", ano 33, nº 130. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1996.

Rothenburg, Walter Claudius. "Princípios constitucionais". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

Sanctis, Fausto Martin de. "A Corte Européia dos Direitos do Homem". *In*: "Revista da AJUFE: Associação dos Juízes Federais do Brasil", Ano 18, nº 60, págs. 151-154, Brasília, jan./mar. 1999.

São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. "Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos". São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1996.

Senado Federal. "Direitos humanos: instrumentos internacionais – documentos diversos", 2ª ed. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

Silva, José Afonso da. "Curso de direito constitucional positivo", 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. "Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual". *In*: "Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo", págs. 161-185. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, set. 1998.

_____. "Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição". São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Steiner, Henry J. & **Alston**, Philip. *"Human rights in context: law, politics, morals"*. Oxford/ New York: Oxford University Press, 1996.

Telles Junior, Goffredo. "O direito quantico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica", 6ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. "Ética: do mundo da célula ao mundo da cultura". Rio: Forense, 1988.

_____. "Iniciação na ciência do direito". São Paulo: Saraiva, 2001.

Travieso, Juan Antonio. *"Derechos humanos y derecho internacional"*. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

Tucci, José Rogério Cruz e. "Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Weis, Carlos. "Direitos humanos contemporâneos". São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Notas Explicativas

(1) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Faculdades de Direito e construção da cidadania", *in* "Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição", págs. 138-139.

(2) JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Idem*, pág. 139.

(3) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Idem*, *ibidem*.

(4) PEDRO NUNES assim define o cidadão: "Pessoa que goza dos direitos civis e políticos de um Estado, devendo, entretanto, obrigações atinentes aos mesmos. Cidadão brasileiro – nacional que usufrui esses direitos; o estrangeiro, quando naturalizado. Tal qualidade pode também verificar-se pelo *jus soli*, quando a pessoa nascida num Estado toma nacionalidade deste, ou em virtude do *jus sanguinis*, se se origina por vínculo de sangue e neste caso o filho segue a nacionalidade dos pais. O qualificativo cidadão é empregado nos países de regime republicano. Corresponde a súdito, termo usado nos Estados monárquicos. No passado, apenas os ricos e nobres eram considerados cidadãos em alguns Estados, e, noutros, excluíam também as mulheres. Diz-se também do habitante de uma cidade. Citadino." ("Dicionário de tecnologia jurídica", 12ª ed., 3ª tir. rev., ampl. e atual. Rio: Freitas Bastos, 1994, pág. 173).

(5) LOUIS HENKIN (*et al.*). *"International law: case and materials"*, págs. 375-376.

(6) FLÁVIA PIOVESAN. "Direitos humanos e o direito constitucional internacional", 4ª ed., pág. 129.

(7) MARIÂNGELA ARIOSI. "Conflitos entre tratados internacionais e leis internas...", pág. 103.

(8) JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988", *in* "Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição", págs. 190-191.

(9) Como destaca CARLOS WEIS: "A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano" ("Direitos humanos contemporâneos", pág. 21). Na lição de CELSO LAFER: "A Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948, consagrada pela Assembléia Geral da ONU – que faz eco às Declarações que estão na base da Revolução Americana e da Francesa – assinala o início desta *vis directiva* no campo dos valores no plano internacional. Resultou da percepção política que as atrocidades do totalitarismo representavam uma ruptura inédita da tradicional preocupação ética do bom governo. Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal (apontado por KANT no terceiro artigo definitivo do seu Projeto de Paz Perpétua e negado em larga escala na prática pela existência de refugiados, apátridas, deslocados, campos de concentração e pelo genocídio) só começaria a viabilizar-se o 'direito a ter direitos', para falar com HANNAH ARENDT, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a 'razão de estado' e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz" (Prefácio ao livro de JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES, "Os direitos humanos como tema global", pág. XXVI).

(10) Cf. ANA FLÁVIA BARROS-PLATIAU e ANCELMO CÉSAR LINS DE GÓIS. "Direito internacional e globalização", pág. 35.

(11) ANA FLÁVIA BARROS-PLATIAU e ANCELMO CÉSAR LINS DE GÓIS. *Idem, ibidem*.

(12) FLÁVIA PIOVESAN. "Temas de direitos humanos", págs. 31-32.

(13) JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988", pág. 196.

(14) CARLOS WEIS. *Op. cit.*, pág. 21.

(15) THOMAS BUERGENTHAL (*et al.*). *Op. cit.*, pág. 96.

(16) Cf. THOMAS BUERGENTHAL (*et al.*). *Idem*, pág. 97.

(17) FLÁVIA PIOVESAN. "Direitos humanos e o direito constitucional internacional", pág. 137.

(18) FLÁVIA PIOVESAN. *Idem*, pág. 140.

(19) FLÁVIA PIOVESAN. "A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", pág. 92.

(20)J OSÉ AFONSO DA SILVA. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988", pág. 191.

(21) FLÁVIA PIOVESAN. "Temas de direitos humanos", págs. 27-29.

(22) ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR. "Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas", pág. 38.

(23) Cf. ANA FLÁVIA BARROS-PLATIAU e ANCELMO CÉSAR LINS DE GÓIS. "Direito internacional e globalização", pág. 37.

(24) Cf. ANA FLÁVIA BARROS-PLATIAU e ANCELMO CÉSAR LINS DE GÓIS. *Idem*, pág. 39.

(25) Cf. CARLOS WEIS. *Op. cit.*, págs. 40-41.

(26) CARLOS WEIS. *Idem*, págs. 43-44.

(27) JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988", pág. 196.

(28) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Idem*, págs. 196-197.

(29) Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988", cit., págs. 193-194. Na lição do ilustrado professor. "Antes de todos esses documentos internacionais e multinacionais citados, o primeiro, em nível multinacional, declarando os direitos do Homem foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

Homem, cujo texto agasalha a maioria dos direitos individuais e sociais inscritos na Declaração Universal de 1948. Ela foi aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, de 30 de março a 2 de maio de 1948, antecedendo, assim, à da ONU cerca de oito meses. Na mesma Conferência foi aprovada também a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, consubstanciando os direitos sociais do homem americano" (*Idem*, pág. 194).

(30) Cf. GENARO R. CARRIÓ. *"Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas"*, pág. 13.

(31) Cf. CARLOS SANTIAGO NINO. *"Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación"*, pág. 14 e segs.

(32) Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

(33) Cf. CARLOS WEIS. "Direitos humanos contemporâneos", pág. 18.

(34) GOFFREDO TELLES JUNIOR. "Iniciação na ciência do direito", págs. 343 e 345; cf., nesse mesmo sentido, o seu "O direito quantico", 6ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, pág. 412 e segs.

(35) Cf. GENARO R. CARRIÓ. *"Los derechos humanos y su protección..."*, págs. 14-15.

(36) GENARO R. CARRIÓ. *Idem*, pág. 20.

(37) A. A. CANÇADO TRINDADE. "Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos", pág. 16.

(38) A. A. CANÇADO TRINDADE. *Idem*, pág. 15.

(39) Cf. GERSON DE BRITTO MELLO BOSON. "Curso de direito internacional público", pág.s 174-175.

(40)GERSON DE BRITTO MELLO BOSON. *Idem*, pág. 177.

(41) VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 32.

(42) ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS. "Manual de direito internacional público", pág. 117 e 121.

(43) FLÁVIA PIOVESAN. "Direitos humanos e o direito constitucional internacional", 3ª ed., págs. 82, 83 e 85.

(44) Cf. FLÁVIA PIOVESAN. *Idem*, págs. 82-103.

(45) Não assiste razão, a ALEXANDRE DE MORAES, para quem: "A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". E, apoiado em decisões do STF, conclui: "As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ 83/809; STF – Adin. nº 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. CELSO DE MELLO), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais". ("Direitos humanos fundamentais", págs. 302 e 304).

(46) Cf. CARLOS WEIS. "Direitos humanos contemporâneos", pág. 28.

(47) É também a opinião de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que conclui atribuir a Constituição "aos direitos humanos definidos em tratado internacional o *status* de norma constitucional" (cf. parecer publicado na Revista dos Tribunais, nº 736, fev. 1997, pág. 527).

(48) Cf. MÁXIMO PACHECO G., citado por CARLOS WEIS, *Op. cit.*, pág. 34.

(49) FLÁVIA PIOVESAN. "Direitos humanos e o direito constitucional internacional", 3ª ed., pág. 96.

(50) Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 53. Segundo este mesmo artigo Convenção de Viena, "é nulo todo tratado que, no momento de sua celebração esteja em oposição com uma norma interpretativa de direito internacional geral", a exemplo das normas de *jus cogens*, que são obrigatórias. Cf. ainda, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, para quem "um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hieraquia das fontes do Direito Internacional, como uma 'supra-legalidade internacional'" ("Manual de direito internacional público", pág. 277).

(51) Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 64.

(52) B. BOUTROS-GHALI, *"Empowering the United Nations"*. *In*: *Foreign Affairs*, v. 89, 1992/1993, pág. 98-99. *Apud* LOUIS HENKIN (*et al.*), *"International law: cases and materials"*, pág. 18.

(53) GERMAN J. BIDARD CAMPOS. *"El derecho de la Constitucion y su fuerza normativa"*, págs. 457-458.

(54) A esse propósito, FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA ressalta a "posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal" ("A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". *In*: Revista de Informação Legislativa, nº 130, pág. 81).

(55) VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 35.

(56) Cf. ROBERTO AUGUSTO CATELLANOS PFEIFER e ANNA CARLA AGAZZI. "Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição de 1988", *in* "Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade", pág. 223, nota 27.

(57) "Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos", pág. 34.

(58) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 36.

(59) Da mesma forma, os seguintes dispositivos: "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (inc. V)."; "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição."; "Art. 74. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União."; "Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: VII – seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução."; "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação."; "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada."; e, finalmente: "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da união, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada."

(60) JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Faculdades de Direito e construção da cidadania", cit., pág. 141.

(61) JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Idem*, pág. 142.

(62) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "Direitos humanos & relações internacionais", pág. 132.

(63) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos...", pág. 97; e, também, "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 37.

(64) PEDRO DALLARI. "Constituição e relações exteriores", pág. 162.

(65) Cf. a sua "Iniciação na ciência do direito", pág. 341 e segs.

(66) JOSÉ AFONSO DA SILVA. "Curso de direito constitucional positivo", pág. 106.

(67) J. J. GOMES CANOTILHO. "Direito constitucional", pág. 498 e segs.

(68) FLÁVIA PIOVESAN. "A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", pág. 87.

(69) Para PAULO BONAVIDES: "São princípios abertos, sobretudo, os princípios da Constituição, tais como, segundo assinala GRABITZ, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de direito, o Estado social, a democracia e a separação de Poderes" ("Curso de direito constitucional", 10ª ed., pág. 242).

(70) Como bem salienta a Profa. FLÁVIA PIOVESAN: "Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora". ("A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", págs. 85-86).

(71) No original: *"Die Würde des Menchen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt"*.

(72) WERNER MAIHOFER. *"Principios de una democracia en libertad"*. *In*: ERNST BENDA (*et al.*). *"Manual de direito constitucional"*, pág. 278.

(73) FLÁVIA PIOVESAN. "Temas de direitos humanos", cit., pág. 45. Quem não atentou para este detalhe foi ALEXANDRE DE MORAES que, em comentário ao § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, afirmou: "Esses atos normativos [tratados internacionais de proteção dos direitos humanos] são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois apesar de originários de instrumento internacional não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal" ("Direitos humanos fundamentais", cit., pág. 304). O afirmado pelo autor, só tem aplicação no que diz respeito àqueles tratados tradicionais ou comuns, jamais servindo para os tratados de proteção dos direitos humanos, como já se viu por várias vezes no decorrer deste texto.

(74) Cf. CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, *in* Revista dos Tribunais, nº 736, cit., pág. 531. Como destaca PAOLO BARILE: *"Qualora invece la norma internazionale sia ridutiva rispetto a quella costituzionale (...), essa non sarà applicabile, non avendo la forza di 'scalfire la costituzione della repubblica'"*. (*"Diritti dell'uomo e libertà fondamentali"*, pág. 443).

(75) Cf. OTTO BACHOF. "Normas constitucionais inconstitucionais?", pág. 22.

(76) GERMAN J. BIDARD CAMPOS. *"El derecho de la Constitucion y su fuerza normativa"*, pág. 464.

(77) Cf. G. J. BIDART CAMPOS. *Idem, ibidem*.

(78) *Vide*, por tudo, A. A. CANÇADO TRINDADE. "Tratado de direito internacional dos direitos humanos", págs. 434-435.

(79) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Tratado...", cit. pág., 435.

(80) Segundo escreveu ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, em apresentação à obra da Profa. FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos humanos e o direito constitucional internacional", 4ª ed., cit., págs. 20-21): "No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sem-

pre da norma – de origem internacional ou interno – que melhor proteja os direitos humanos. O Direito dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas".

(81) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "Direitos humanos & relações internacionais", pág. 135; e, também, "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 38.

(82) A esse respeito, de grande expressividade é a lição da Profa. FLÁVIA PIOVESAN, nestes termos: "A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido" ("A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", pág. 93).

(83) PAULO BONAVIDES, citando DWORKIN, a esse próposito, leciona: "A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância. (...) Um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera DWORKIN, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso" ("Curso de direito constitucional", pág. 253).

(84) GERMAN J. BIDART CAMPOS. *"Tratado elemental de derecho constitucional argentino"*, Tomo III, pág. 277.

(85) Cf. GERMAN J. BIDART CAMPOS. *Idem*, pág. 282.

(86) Cf. ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER & ANNA CARLA AGAZZI. "Integração, eficácia e aplicabilidade...", pág. 226-227.

(87) Cf. CLÈMERSON MERLIN CLÈVER, Revista dos Tribunais, nº 736, cit., pág. 258. Ainda segundo este jurista: "A Constituição, com os direitos fundamentais, nomeadamente com os direitos de defesa, cria uma zona de incompetência para o Poder Público, inclusive o legislador, de modo que ele não poderá assaltar o muro construído. Impedido de restringir a garantia constitucional, não ficará, entretanto, impedido de ampliá-la (...) E desde esta ótica que precisa ser visto o tratado internacional. Incorporado ao direito interno, seja automaticamente (como pretende a nova doutrina), seja em virtude de ato expresso de recepção (o que já ocorreu no Brasil, como se sabe), ele comprime o poder de conformação e de restrição legislativa do Estado-legislador, ampliando a garantia já plasmada no texto constitucional, completando-a, sim, mas sem jamais confrontá-la". (*Idem*, págs. 528-529).

(88) Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos", pág. 39.

(89) Cf. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. "Tratado de direito internacional dos direitos humanos", cit., págs. 401-402: "A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos".

(90) "Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos", cit., pág. 43.

(91) “Direitos humanos contemporâneos”, pág. 31.

(92) ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. “Tratado de direito internacional dos direitos humanos”, pág. 436 (nº 59); também em “Direito internacional e direito interno...”, págs. 44-45.

(93) *Apud* DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR. “O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos”, pág. 13, nota nº 12.