A ESPECÍFICA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM PROL DAS LIBERDADES E DE OUTROS DIREITOS HUMANOS

KARINA KASSIS DOS REIS JATENE(*)

PATRÍCIA COBIANCHI FIGUEIREDO(**)

***RESUMO**: Este artigo tem por fim evidenciar os direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais como objetos de interpretação ao lado das normas constitucionais, o que se mostra como meio para enfrentar o desafio atual de efetivação de tais direitos já reconhecidos fartamente em textos nacionais e internacionais. No Brasil, isto é possível porque a declaração de direitos no texto constitucional de 1988 não se apresenta de forma exaustiva e permite a recepção de outros direitos, como os provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos nos quais o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). São, portanto, direitos materialmente constitucionais e reforçam, complementam ou mesmo inovam o rol dos direitos previstos internamente sem qualquer ofensa à rigidez constitucional, a qual não pode ser usada para prejudicar direitos. Embora o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal com relação à hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) dos tratados não incorporados no ordenamento jurídico pátrio conforme regra prevista no art. 5º, § 3º, não se deve obstar a busca por efetiva proteção aos direitos promovendo a interpretação da Constituição desvencilhada dos direitos internacionalmente reconhecidos e internamente ratificados. A recepção desses direitos pela ordem constitucional é mais uma peculiaridade a ser considerada pelo intérprete constitucional, inclusive com meios aptos a solucionar eventuais "conflitos" entre tais normas.*

***PALAVRAS-CHAVE**: direitos; efetivação; interpretação; tratados internacionais.*

1 A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS COMO FIM DA INTERPRETAÇÃO

A interpretação das normas jurídicas não é tarefa fácil. Para buscar o sentido, o alcance e o significado da norma a fim de aplicá-la ao caso concreto – fim maior da atividade interpretativa – deve ser considerada, além da lógica, a intertextualidade, os problemas da linguagem e, por vezes, até mesmo a condição do intérprete quem passa por um processo de decisão etc. A própria linguagem se apresenta como objeto de estudos próprios, como na obra de Genaro R. Carrió, intitulada "Notas sobre derecho y lenguaje", onde, entre outros problemas abordados, há o da ambiguidade e o da vagueza no uso das palavras[1].

Francesco Ferrara adverte sobre a distinção entre a lei e a letra da lei:

> A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada [...] [2]

(*) Especialista em Direito Constitucional (ESDC), Assessora jurídica na Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - São Paulo [Brasil]

(**) Mestre em Direito do Estado (PUC/SP), especialista em Direito Constitucional com capacitação docente (ESDC). Advogada e professora universitária - São Paulo [Brasil]

1 CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 5ª reimpresion. Abeledo-Perrot, 1973, p.26-35.

2 Interpretação e aplicação das leis. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 3ª ed. In: Coleção Stvdivm. Temas filosóficos, jurídicos e sociais. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. Armênio Amado-Editor, sucessor. Coimbra, 1978, p.128.

Das lições de Hans Kelsen, é possível advertir não confundir a norma geral com a norma individual, pois esta surge mediante a interpretação daquela. Sem prejuízo da norma individual também ser passível de interpretação, com a atividade interpretativa, a partir da norma geral, cria-se a norma individual. Nas palavras do autor:

> Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aquelas têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas. [3]

Nesse diapasão, o real conteúdo da norma está na norma individual e não na norma geral que passou por um processo de interpretação[4]. Também, na atividade interpretativa há certa margem de livre apreciação, é o processo de decisão por qual passa o interprete e que não se confunde com exercício aleatório do ato de interpretar, pois norteado por regras e métodos demonstradores de caminhos a seguir, caminhos seguros, racionais, lógicos. Como lecionado por Celso Bastos[5]:

> Para dar-se início à atividade de interpretação é necessário que o intérprete além de conhecer as normas jurídicas, defina quais são os caminhos lógicos a serem trilhados, quais os recursos a serem utilizados, ou ainda, quais os métodos que podem ser adotados para se atingir um entendimento com foros de veracidade e legitimidade.

Hans Kelsen, ao tratar da "Relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito", bem demonstra que:

> A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em ralação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. [6]

O intérprete se vale da hermenêutica, estritamente relacionada com a interpretação, mas com ela não se confunde. A hermenêutica dita as regras, os métodos que o intérprete deve utilizar na sua atividade interpretativa. Como assevera Carlos Maximiliano:

> A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...] A Interpretação, como as

---

3 *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.387.

4 Para Eros Roberto Grau: "Da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (deva manter) como referência de sua interpretação (Gadamer 1991/381). Daí por que Kelsen (1979/469 e ss.) qualifica os intérpretes possíveis, chamando de *intérprete autêntico* aquele dotado desse poder. Lembre-se: o intérprete dotado de poder suficiente para criar normas, a partir delas construindo, em cada caso, a norma de decisão, é o intérprete autêntico- isto é, fundamentalmente, o juiz; não obstante, também os que não preenchem os requisitos do intérprete autêntico (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito, até o momento anterior à norma de decisão. (*O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 207-8)

5 Hermenêutica e interpretação Constitucional. 3ª ed. SP: Celso Bastos, 2002, p. 52.

6 Op. Cit., p.388

> artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados.[...] Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. [7]

Os métodos, portanto, dizem respeito à hermenêutica e cada qual é apenas um meio e não um fim em si mesmo. O que realmente se busca são métodos aptos para a atividade interpretativa a fim de aplicar a norma a um caso concreto, ou, mesmo, a um caso hipotético[8]. A hermenêutica é a ciência que dita regras para a atividade interpretativa a fim de buscar o adequado sentido e alcance da norma geral, produzindo a norma individual. Há, portanto, nítida interdependência entre hermenêutica e interpretação, já que essa se vale daquela para a solução de um problema jurídico. Já a solução de um problema jurídico com a aplicação da norma é o diferencial entre a interpretação jurídica e outras interpretações. Nesse sentido Francesco Ferrara:

> A interpretação jurídica não é semelhante à interpretação *história* ou *filológica,* que se aplica aos documentos e que esgota a sua missão quando acha um dado sentido histórico, sem curar depois se é exacto ou não, harmônico ou contraditório, completo ou deficiente. Mirando à aplicação prática do direito, a interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente *teleológica*. O jurista há de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela. [9]

Também Carlos Maximiliano:

> Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventilam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado. [10]

O Direito - com a interpretação de suas normas - está voltado à vida real para disciplinar e solucionar, bem por isso se relaciona com outras ciências, como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia etc. Daí a interpretação e a hermenêutica estarem em constante evolução a fim de melhor atender reais necessidades. Uma evolução possível de se apontar na interpretação jurídica foi o surgimento da interpretação constitucional como sua espécie.

O fato de a Constituição, embora lei como as demais, possuir certas particularidades a ensejarem atividade interpretativa diferenciada já se mostrou patente com Carlos Maximiliano[11] e outros doutrinadores, como Themistocles Bandão Cavalcanti[12], Paulo Bonavides[13], José Horácio Meirelles Teixeira[14], Luís Roberto Barroso[15], Márcia Haydee Porto de Carvalho[16]. Para Celso de Bastos são peculiaridades das normas constitucionais: posicionamento

---

7 *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., RJ: Forense, 2003, p.1

8 Segundo Celso Bastos: "É evidente que enquanto o estudioso estiver situado no campo dogmático da lei, provavelmente não enfrentará dúvidas interpretativas. Estas surgem apenas quando do confronto do texto com um caso concreto ou hipotético." (Op. cit., p.48).

9 Op. Cit., p.130.

10 Op. cit., p.8.

11 Op. Cit., 2003, p.248.

12 Do controle da Constitucionalidade, RJ: Forense, 1966, p.37.

13 *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., SP: Malheiros, 2003, p.458.

14 *Curso de Direito Constitucional*, org. e atual. Por Maria Garcia, RJ: Forense Universitária, 1991, p.265.

15 Interpretação e aplicação da Constituição, 5ª ed, SP: Saraiva, 2003, p.151.

16 Hermenêutica Constitucional. Métodos e princípios específicos de interpretação, Ed. Obra Jurídica, 1997, p.53.

singular; inicialidade fundante; caráter aberto e sua atualização; linguagem; opções políticas na Constituição[17]. Glauco Barreira Magalhães Filho assevera:

> Com o reconhecimento da supremacia e da normatividade plena da Constituição no Estado Moderno, os direitos fundamentais são considerados como limite não apenas da atividade administrativa, mas também, da legiferante. Não há, portanto, nenhuma dúvida mais sobre a juridicidade e aptidão de eficácia dos princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Sociedade, e esse reposicionamento dos direitos fundamentais tornou necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, porquanto as normas que os definem possuem estrutura diferente daquelas que têm as normas infraconstitucionais. [18]

Consolidada a interpretação constitucional como espécie da interpretação jurídica, o mesmo se afirma quanto à hermenêutica constitucional, a qual se preocupa com as regras e os métodos atinentes, com exclusividade, à interpretação da Constituição. J.J. Canotilho apresenta catálogo com os seguintes princípios: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efectividade, princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e, por fim, o princípio da força normativa da constituição[19]. Todavia, não se despreza os demais métodos de interpretação jurídica, como advertido por Inocêncio Mártires Coelho:

> Se lei e Constituição, enquanto objetos culturais, são materialmente idênticas, participando de tudo quanto se refere às coisas do espírito, quaisquer diferenças que porventura existam entre elas haverão de se restringir a aspectos externos, não essenciais, como sua *estrutura normativo-material* e a *função* que desempenham no ordenamento jurídico. Essa é a razão por que Antonio Enrique Perez Luño, mesmo reconhecendo a existência daqueles elementos diferenciadores, lança a advertência de que o caráter específico da interpretação constitucional e a sua autonomia, em face da interpretação jusprivatística, não supõem ignorar os traços comuns a qualquer atividade interpretativa. [20]

Para a interpretação da Constituição, todos os métodos interpretativos, específicos ou não, desde que aptos, estão à disposição do intérprete constitucional, principalmente ao se tratar dos direitos humanos fundamentais, haja vista o momento atual do constitucionalismo, centrado na garantia desses direitos. Mesmo que seja preciso rever os conhecidos "novos métodos" de interpretação da Constituição e continuar na construção dogmática de outros, como reclama Virgílio Afonso da Silva no texto "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico" [21]. Referido autor menciona, por exemplo, que o método de interpretação conforme a Constituição – constante do rol de Konrad Hesse - diz respeito tão somente às normas infraconstitucionais, então objetos de interpretação sob a luz da Lei Maior e não a norma constitucional[22]. Diante disso e da distinção entre "interpretação constitucional" e interpretação da

---

17 BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed., Celso Bastos Editor, p. 105.

18 Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. BH: Mandamentos, 2004, p.59.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1186-1189.

20 *Interpretação constitucional.* 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.39.

21 O autor traz os seguintes questionamentos tendo por base os princípios de interpretação constitucional referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional: (1) Podem ser esses métodos e princípios considerados como universais? (2) Podem ser eles ao menos considerados como métodos e princípios de interpretação da Constituição Alemã? (3) Têm eles realmente algum significado especial para a interpretação constitucional? (4) Há como se falar, de forma genérica, em princípios de interpretação constitucional? (5) São os métodos compatíveis entre si? São eles compatíveis com os princípios de interpretação constitucional? (*Interpretação constitucional.* In: Coleção: *teoria & direito Público.* São Paulo: Malheiros, p.115-143).

22 Nas palavras do autor: "Sobre a interpretação conforme a constituição há pouco que falar pelo menos aqui neste artigo, dedicado à interpretação *constitucional*. É um fato curioso que essa forma de interpretação seja incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está falando de interpretação constitucional*, pois não é a *constituição* que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais.* A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a *interpretação das leis,* mas não para a interpretação constitucional." (Op. Cit., p.132-3).

Constituição "[23] (esta quando suas normas serão aplicadas e aquela quando serão aplicadas as normas infraconstitucionais sob a luz da Lei Maior), o referido método da interpretação conforme diz respeito à interpretação constitucional e não à outra. Isto sem prejuízo da possibilidade de interpretação de normas constitucionais não originárias, passíveis de interpretação conforme as normas constitucionais originárias a fim de identificar eventual inconstitucionalidade. Mas, salvo melhor entendimento, importa que a crítica do autor "colocando em prova" alguns métodos, não nega peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional[24] a ser utilizada pelos intérpretes da Constituição que não se restringem aqueles oficiais (juízes, legisladores e os executores), pois como assevera Peter Häberle:

> No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.[25]

O reconhecimento de uma pluralidade de intérpretes da constituição confirma a relevância do seu posicionamento supremo no ordenamento jurídico a fim de garantir direitos humanos fundamentais. Também por isto, necessária a promoção de meios disponíveis para tanto, sendo um deles o que considera, na atividade interpretativa dos direitos constitucionais, os direitos previstos em tratados internacionais ratificados e incorporados no ordenamento jurídico, como se passa a abordar.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RECEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os direitos fundamentais, impulsionadores do movimento do constitucionalismo, são direitos constitucionais por excelência. A Declaração francesa de 1789, com caráter universal, proclamou que a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada separação dos poderes, não tem Constituição. Nesse sentido, advieram as Constituições e mesmo a dos Estados Unidos de 1787 recebeu emendas para reconhecer direitos.

Ocorre que, o reconhecimento de direitos em textos constitucionais e até alguns internacionais, não foi suficiente para evitar violações das mais diversas, como as da Segunda Grande Guerra. Conforme Celso Lafer, foi preciso uma reconstrução desses direitos[26]. A partir de então, os direitos humanos ganharam nova dimensão além dos limites territoriais de cada Estado. Ao lado das conquistas do constitucionalismo quanto aos direitos fundamentais, outras surgiram com a internacionalização dos direitos marcada pelo advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos

---

[23] Para Celso Bastos: "Antes de tratarmos no estudo das modernas formas de interpretação constitucional, cumpre deixar claro que há uma diferença entre a interpretação da Constituição, que é a interpretação da própria Lei Maior em relação aos seus princípios e regras tendo em vista a harmonização do sistema constitucional – que é o tema central do nosso livro - e a interpretação constitucional que diz respeito a inteligência das normas infraconstitucionais quando postas sob confronto com a Carta Magna, que será tratada neste capítulo". (Op. Cit., p.267).

[24] Trata-se, salvo melhor juízo, de conclusão própria do autor, veja-se: "Ninguém ignora que a constituição não é igual às leis ordinárias. Isto não é novidade alguma. Na Suprema Corte Norte-Americana isso é lugar-comum há quase dois séculos. Até mesmo Forsthoff, um ácido crítico de métodos de interpretação exclusivamente constitucional, não deixava de reconhecer que uma constituição 'contém elementos que a diferenciam dos outros tipos de leis'. No entanto, [...]. Se é verdade que a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral – e eu estou convencido de que, pelos menos em parte, não é – então, é tarefa da doutrina constitucional discutir de forma concreta não somente o método ou conjunto de métodos – desde que compatíveis – que ache aplicável à Constituição Brasileira, mas também iniciar uma discussão de base, isto é, uma discussão de conteúdo, que vá além da discussão metodológica. Ficar repetindo listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes pouco acrescenta à discussão. Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil". (Op. Cit. P.140-1)

[25] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

[26] LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

de 1948. A expressão "universalização dos direitos humanos" surge e, embora oponentes avocando peculiaridades de cada Estado[27], deixa claro o caminho aberto, de direitos internacionalizados e não mais interesses exclusivamente locais.

Consta da Declaração de Viena, adotada em 25 de junho de 1993, especificamente em seu § 5º:

> Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A Comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Na concepção de André de Carvalho Ramos há "margem móvel do conceito de direitos humanos", enquadrando-se como direito fundamental da pessoa humana "aquele direito cujo conteúdo é decisivamente constitutivo da manutenção da dignidade da pessoa humana em determinado contexto histórico".[28]

Os direitos humanos, independentemente do teor da Constituição de cada Estado, são reconhecidos internacionalmente mediante as declarações, as convenções e os pactos internacionais de direitos humanos. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho "Os direitos fundamentais são, hoje em dia, plenamente reconhecidos na esfera internacional. Disso faz fé a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros documentos" [29].

A incorporação dos diversos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio resulta interação desses instrumentos com a Constituição, já que ambos os instrumentos trazem direitos humanos fundamentais. Embora a utilização recorrente da expressão "direitos fundamentais" para indicar direitos nacionais, diferentemente da expressão "direitos humanos", são, enfim, direitos de mesma natureza reconhecidos em âmbitos interno e internacional, conforme a seguinte concepção de direitos humanos para Antonio E. Perez Luño: "Un conjunto de faculdades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional." [30]

Assim é no Brasil, pois os direitos humanos estão reconhecidos na Constituição de 1988 e em diversos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico. No texto constitucional, desde o Preâmbulo, tais direitos são considerados como valores supremos de uma sociedade comprometida na ordem interna e internacional[31]. Sobre "Preâmbulo", leciona Pinto Ferreira:

> Com o advento do regime constitucional a palavra passou a ser usada antecedendo a própria Constituição, embora como parte integrante de seu contexto. [...] O preâmbulo de uma Constituição nunca deve ser considerado mera fórmula, como disse Barraquero. Ele é, ao contrário, parte integrante da Constituição. Tem, assim, o mesmo valor que a Constituição; está acima das leis ordinárias. Nesse sentido, afirmou Story, em seus Comentários à Constituição Federal dos Estados Unidos, que o preâmbulo revela a intenção do legislador. [32]

---

27 Como as peculiaridades políticas, econômicas, culturais, morais e religiosas.

28 RAMOS. André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. São Paulo: Renovar, 2002, p. 11-13.

29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.92.

30 LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales.* 5ª ed. In: *Temas clave de La constitución española.* Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 46.

31 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05.10.1988)

32 FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 71.

Também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias há indicação da abertura do Brasil para a ordem internacional, pois conforme art. 7º o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, realidade, atualmente.

No Título I (arts. 1º a 4º) estão os princípios relativos às estruturas básicas do sistema, os princípios fundamentais, os quais para J.J. Canotilho são os princípios estruturantes do Estado:

> As obras mais recentes de direito constitucional dedicam um ou mais capítulos ao estudo dos princípios constitucionalmente estruturantes. Individualizados e caracterizados de forma muito variada pela doutrina [...], eles designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da constituição', garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura. Possuem, em geral, duas dimensões: (1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua 'fundamentalidade principal', exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de 'superconceitos', de 'vocábulos designantes', utilizados para exprimir a soma de outros 'superprincípios' e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.[33]

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), portanto, de forma privilegiada, já que inserida como princípio fundamental estruturante do Estado jurídico brasileiro. Para o Brasil significa a positivação, com *status* constitucional, do princípio da dignidade humana reconhecido na Declaração Universal de Direitos de 1948[34]. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o Constituinte ao consagrar expressamente a dignidade humana no título dos princípios fundamentais, "reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal" [35]. Ao encontro da própria filosofia, no caso de Immanuel Kant no sentido de que o homem é fim e não meio. Talvez por isso, no texto constitucional analítico de 1988 tal princípio também está em outros artigos referentes à ordem econômica, à família, à criança e ao idoso, ais sejam, os arts. 170, 226, § 7º, 227 e 230.

Com fundamento na dignidade humana, alguns objetivos do Estado brasileiro estão explicitados no art. 3º, como o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (inc.IV). Para as relações internacionais, constam do o art.4º alguns princípios, entre eles, o princípio da prevalência dos direitos humanos (inc.II). Isso sem prejuízo do que assevera Pedro Dallari:

> As normas constitucionais relativas à inserção do Brasil na comunidade internacional se desdobram por todo o texto da nova Carta. Não vinculados explicitamente ao tratamento do tema das relações exteriores do País, dispositivos cujo teor encerra forte incidência nessa temática estão presentes nos diferentes Títulos da Constituição [...] [36]

A Constituição de 1988 apresenta o mais extenso rol de direitos fundamentais na história constitucional brasileira[37], com ampliação dos direitos individuais, inclusão de direitos coletivos e difusos, e ainda, uma série de garantias. No Título II (artigos 5º a 17) estão os direitos e deveres individuais e coletivos (cap. I), os direitos sociais (cap. II), os direitos da nacionalidade (cap. III) e os direitos políticos e atinentes aos partidos políticos (caps. IV e V). A

---

33 CANOTILHO *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 4ª ed, Coimbra: Almedina,, 2000, p. 349.

34 Conforme Ingo Wolfgang Sarlet: "Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948" (*A eficácia dos direitos fundamentais.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64)

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68.

36 DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151-152.

37 Conforme Paulo Bonavides:"A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez, porém, sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo." (*Curso de direito constitucional.* 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 548).

própria localização desses direitos no texto constitucional de 1988 é privilegiada em comparação às Constituições anteriores. Sobre isso leciona Paulo Bonavides:

> Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social. [...] Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado Liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.[38]

O autor também adverte que: "Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se" [39], o que está em perfeita harmonia com a determinação para aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º[40].

Em harmonia com a dignidade humana e com a prevalência dos direitos humanos, no § 2º do art. 5º, há a seguinte autorização para recepção de outros direitos: "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". Portanto, o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo.

Direitos fundamentais existem por todo o texto constitucional e, conforme Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serra Nunes Júnior "a importância de qualificar direitos constitucionais como fundamentais reside no regime jurídico de proteção especial que a Constituição lhes outorgou" [41]. No Julgamento da ADIN 939-7/DF restou assente a existência de direitos individuais fora do art. 5º, o que, posteriormente, repetiu-se no julgado da ADIN-MC 1497-8/DF. A identificação de direito individual fora do art. 5º resulta reconhecê-lo como direito petrificado, conforme art. 60, § 4º, inc. IV[42], o que, mediante uma leitura contemporânea do mencionado comando de petrificação e em prol do princípio da proibição do retrocesso, pode ser estendido para todos os direitos fundamentais.

Para além, há direitos fundamentais fora do texto constitucional, como assevera Celso D. Albuquerque Mello:

> No D. Constitucional de diferentes estados os denominados direitos fundamentais têm uma enumeração exemplificativa que permite o aparecimento de novos direitos denominados de 'atípicos' (Jorge Bacelar Gouveia), ou 'direitos fundamentais constitucionais' e 'direitos fundamentais sem assento constitucional' (J.J. Gomes Castilho), ou direitos fundamentais em 'sentido natural' e não em 'sentido formal (Jorge Miranda). Tais direitos são aqueles que não estão 'constitucionalmente registrados através de sua especificação'. Eles permitem que 'o sistema... fique menos incompleto'. A outra função é a adequação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição à realidade.[43]

A parte final do § 2º do art. 5º é clara quanto à recepção dos direitos oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Nesse sentido Carlos Mário da Silva Velloso apresenta a seguinte classificação dos direitos fundamentais:

> Em votos proferidos no Supremo Tribunal Federal[44], tenho sustentado que são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na

---

38 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 584-586.

39 Curso de direito constitucional, cit., p. 592.

40 Art. 5º, §1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"

41 ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127.

42 Art. 60, § 4º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]IV- os direitos e garantias individuais".

43 MELLO. Celso D. De Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, p. 837.

44 O autor menciona em nota (n. 24): "ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18/05/01; HC 76.561/SP, Rel. Min.

> Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, § 2º).[45]

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio devem receber hierarquia constitucional, tanto os já incorporados no ordenamento anteriormente ao advento do art. 5º, § 3º, (conforme entendimento do Min. Celso de Mello, seguido por outros ministros[46], no julgamento do RE 466343-1/SP conjunto do RE 349.703-1/RS, HC n. 87.585/TO e HC n.92.566-9/SP) quanto os que surgiram – e surgirão - posteriormente, conformando com a doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade, entre outros[47].

Considerar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos é reconhecê-los como fonte primária do Direito, já que compreendidos na acepção ampla de lei, fonte primária por excelência. A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno causa impacto positivo na ordem constitucional, já que reforçam, complementam ou mesmo aumentam o rol dos direitos reconhecidos na Constituição. Ainda quando um direito já consta do texto constitucional, sua veiculação por tratado internacional não é mera reprodução, porque há no tratado o aparato internacional de monitoramente e controle que pode e deve ser acionado caso o sistema interno se mostre insuficiente na proteção do direito, valendo mencionar a defesa no sentido de que nem mesmo a denúncia ao tratado internacional tem o condão de afastar o direito já incorporado internamente. Nesse diapasão:

> Sendo direitos e/ou garantias vindos com o tratado ou convenção e incluídos no elenco constitucional de direitos e garantias por força do § 2º, art. 5º, devem permanecer na ordem constitucional. Nessa conformidade, mesmo denunciado o tratado, esses direitos e/ou garantias, integrados no patrimônio de seus destinatários (como integrados se encontravam os direitos e garantias expressos na Constituição no advento do tratado), encontram-se disponíveis para seu exercício pelos seus titulares. É uma decorrência incontornável do ditame constitucional. O exame da denúncia dos tratados pelo Poder Legislativo – necessário, como exposto, viria trazer a apreciação circunstancial da sua justificativa e oportunidade. Ainda aqui, no entanto, descaberia ao Congresso Nacional adentrar o mérito, para excluir qualquer direito ou garantia integrados à Constituição pelo tratado ou convenção, conforme a dicção do § 2º, art. 5º – e, portanto, patrimônio intocável, por essa forma, dos seus titulares.[48]

As normas relativas à abertura constitucional para as questões de direitos humanos não podem sofrer retrocesso. Pedro Dallari trata da irreversibilidade da constitucionalização dos temas de relações exteriores nos seguintes termos:

Nelson Jobim, Plenário, 27/05/98, DJ de 02/02/01)".

45 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 20. Também Flávia Piovesan se posicionou por três grupos: "a) dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVIII do art. 5º; b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). (Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 58)

46 Por diferença de um voto prevaleceu o entendimento do Min. Gilmar Mendes pela hierarquia supralegal, mas infraconstitucional.

47 Nesse sentido as expressivas lições de Flávia Piovesan (entre outros, em *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006), e ainda, de Valério de Oliveira Mazzuoli (entre outros, em *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002). Para Maria Garcia: [...] insculpidos determinados direitos ou garantias individuais num tratado internacional, esse texto passa a incorpora-se ao sistema jurídico estatal, observada a respectiva Constituição – de tal sorte que, pela dicção do § 2º do art. 5º, tais direitos e garantias vêm integrar o elenco constante do texto constitucional, podendo ser exigidos ou exercidos, independentemente de norma expressa. Esses direitos e garantias têm existência assegurada, portanto, no universo constitucional, caracterizados pelo regime adotado pela Constituição ou pelos tratados internacionais firmados. Vêm eles todos consagrados no § 2º do art. 5º, norma agasalhadora, ampla e projetiva, do sistema constitucional" (GARCIA, Maria. *Desobediência Civil, direito fundamental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 210/212)

48 GARCIA, Maria. A Constituição e os tratados – A integração constitucional dos direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 9, outubro-dezembro 2001, n. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44.

> A ênfase atribuída pela Assembleia Nacional Constituinte ao tratamento constitucional dos temas de relações exteriores não deverá vir a sofrer reversão. Seja no que diz respeito particularmente à enunciação dos princípios destinados a servir de parâmetros para a inserção internacional do Brasil, seja no que se refere aos demais dispositivos constitucionais com repercussão, direta ou indireta, no campo das relações exteriores, o enfoque da matéria no patamar da Constituição parece ser algo consolidado, sujeito apenas a um processo natural de renovação e aperfeiçoamento.[49]

Tal irreversibilidade está expressa em tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do art. 5º, 2, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos[50] e no art. 5º, 2, do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao encontro do princípio da segurança jurídica.

A ênfase concedida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, possibilitando sua inserção no sistema internacional de proteção dos direitos humanos mediante a ratificação de uma série de tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, como asseveram Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo:

> Uma coisa é o Estado de Direito constitucional regido pela Constituição de cada país, modelo de Estado de Direito esse que é criado e aplicado pelos legisladores e juízes respectivos. Outra bem distinta consiste em enfocar esse mesmo Estado de Direito sob a ótica internacional (ou regional, ou comunitária ou, em síntese, transnacional). Não são dois modelos excludentes, ao contrário, são complementares. [51]

A Declaração Universal de 1948, assinada pelo Brasil em 10.12.1948, inaugurou a contemporânea concepção de direitos humanos sob o reconhecimento da dignidade humana, consolidando a internacionalização, de forma solene, dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Compartilha-se do entendimento no sentido de que a Declaração de 1948 possui força jurídica vinculante[52]. Nesse sentido, há Constituições com referência expressa à Declaração de 1948, como a Constituição de Portugal de 1976 (art. 16), da Nicarágua de 1987 (art. 46) e da Argentina de 1853, com as reformas de 1994 (art. 75, n. 22), inclusive essa última concedendo-lhe expressamente hierarquia constitucional no ordenamento interno. No mais, conforme lições de Norberto Bobbio:

> [...] a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixa-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial. [53]

O Brasil ratificou e continua a ratificar tratados internacionais de direitos humanos, sejam advindos do sistema global emanados da Organização das Nações Unidas conforme propósitos expressos na sua Carta de 1945, sejam

---

49 DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores.* São Paulo: Saraiva, 1994*,* p. 187.

50 Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos 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.

51 GOMES, Luiz Flávio. VIGO, Rodolfo Luis (trad. De Yellbin Morote García). Do estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). Coleção de Direito e Ciências Afins. Vl. III. Direção: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 45-46.

52 COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 140.

53 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

oriundos do sistema interamericano na órbita da Organização dos Estados Americanos[54]. Todos esses instrumentos internacionais veiculam direitos humanos fundamentais e nessa condição devem ser considerados na atividade interpretativa da Constituição.

3 A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E OS PRINCÍPIOS PARA EVENTUAL CONFLITO DE NORMAS.

A interação entre o sistema interno e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos deve ser considerada na atividade interpretativa, em especial, na interpretação da Constituição. Se por determinação expressa do Constituinte não se deve excluir os direitos provenientes dos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico pátrio (art. 5º, § 2º, p.f.), tais direitos devem ser considerados pelo intérprete constitucional. Vale dizer, interpretar a Constituição não se restringe as normas expressas naquele texto, mas abarca também as normas – também expressas - dos tratados internacionais de direitos humanos. Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho:

> A noção de direitos humanos ou direitos fundamentais do homem assume grande importância na Constituição e no Direito Internacional, com destaque para as garantias jurisdicionais e de ordem processual desses direitos e sua repercussão na pluralidade das ordens jurídicas existentes. [...] A correlação entre o Direito Internacional e o direito interno, com as regras de interpretação, integração e aplicação, ocupa lugar de relevo nas buscas jurídicas. […] A relação entre direitos humanos, Direito Internacional e Direito Constitucional, constitui tema cada vez mais significativo para o constitucionalismo contemporâneo. Na América Latina, várias tendências têm surgido no que se refere ao conteúdo das próprias constituições. Dentro dessa projeção, indagam-se, também as componentes constitucionais dos direitos humanos. A eficácia constitucional dos direitos humanos, na ordem interna, está vinculada a questões práticas do acesso à justiça e de sua administração, bem como à eficácia real e às limitações socioeconômicas que impedem a sua realização. Ressalte-se também o significado da indissociabilidade entre os direitos humanos do Direito Constitucional Interno e os do Direito Internacional. Os direitos humanos são constitucionalmente reconhecidos, bem como sua exigibilidade jurídica. [55]

José Roberto Dromi refere ao "constitucionalismo del 'por-venir'" o qual "debe compenetrarse, estar influído hasta identificarse con la verdad, la solidaridad, el consenso, la continuidad, la participación, la integración y la universalización."[56] Quanto ao "constitucionalismo universalista", o autor leciona:

> En razón de los requerimientos de la adaptación de las Constituciones, en vísperas del siglo XXI, y desafiados por una nueva axiología política, que ha puesto el acento en la seguridad, en la solidaridad, en la eticidad, en la realización plena del hombre, las Constituciones deben ser auténticamente universalistas. Universalistas en la concepción, en la protección, en la tutela del ambiente, de los derechos humanos, en la protección de los derechos de la dignidad de la vida, y también en el castigo a toda forma de discriminación, que haga de los hombres un modelo deshumanización. [...] De alguna forma, constituyen estas pautas las notas que caracterizan la concepción universalista de las Constituciones del tiempo por venir. No pueden ser

[54] Outros instrumentos poderiam ser mencionados, a exemplo daqueles atinentes ao meio ambiente e ao trabalhador, o que seria, para o fim desse estudo, estender distanciando-se do foco do trabalho.

[55] BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos.* 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 135, 137.

[56] DROMI, José Roberto. La reforma constitucional. El constitucionalismo Del 'por-venir'. La reforma de La Constitución. In: El derecho publico de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana. ENTERRIA, Eduardo Garcia. AREVALO, Manuel Clavero (Directores). Madrid: Civitas: Fundacion BBV, 1997, p. 114.

> Constituciones para comunidades locales, cerradas, Constituciones para algunos, sino para todos los habitantes del mundo que quieran habitar cualquier suelo, bajo cualquier signo patrio[57].

Se o princípio da dignidade humana é fundamento da proteção dos direitos humanos em âmbitos interno e internacional, necessário que, na tarefa interpretativa dos direitos constitucionais se considere a ampliação do objeto de interpretação para abarcar os direitos oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, o que vem ao encontro das seguintes lições de Jorge Miranda:

> A interpretação jurídica deve ser não só objectivista como evolutiva, por razões que cremos evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não os do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel activo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. E também a interpretação constitucional deve ser, e é efectivamente, evolutiva – pois qualquer Constituição é organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas.[58]

José de Oliveira Baracho noticia que na Espanha há uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos e é realidade em outros Estados:

> A jurisdição constitucional, decorrente dos Tribunais Constitucionais tem um papel relevante no desenvolvimento das novas perspectivas dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Constituições como a da Espanha consagram o princípio da interpretação, por via de criação jurisprudencial, ao entender o princípio da interpretação de conformidade com os tratados sobre os direitos humanos, ratificados pela Espanha (art. 10.2: "as normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece interpretam-se de conformidade com a Declaração de Direitos Humanos, tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha").[59]

Assim, a atividade interpretativa dos direitos fundamentais não pode ser desvencilhada dos direitos humanos provenientes dos tratados internacionais, o que, atualmente é uma necessidade para buscar pela norma mais protetiva, esteja ela na Constituição ou nos tratados internacionais. Ou ainda, mesmo que a norma esteja em ambos os instrumentos deve ser considerada no sentido de ressaltar o reconhecimento internacional, valendo, nesse caso, como um reforço para a proteção do direito, em especial devido à existência de uma justiça internacional subsidiária.

No Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso ou no controle concentrado da constitucionalidade, os Ministros têm considerado os tratados internacionais de direitos humanos em seus votos[60], o que se comprova com breve pesquisa, em especial no que tange às liberdades. Exemplo marcante foi o caso da prisão civil de depositário infiel (RE 466343/SP) dando ensejo até mesmo à edição de súmula vinculante. Merece também menção o julgado do RE 511961-1/SP acerca da exigência de diploma para jornalistas, pois além da interpretação da avocada Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), especificamente o teor do seu art. 13, foi utilizado entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos[61].

Resta trazer algumas considerações para o caso de eventual conflito entre norma constitucional e norma de tratado internacional de direitos humanos.

---

57 Op. cit., p. 115-116.

58 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 394-395.

59 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 131.

60 A título de exemplo, no controle difuso, há diversos julgados acerca da prisão do depositário infiel, afastando-a em prol de tratados internacionais de direitos humanos, em especial, após o julgamento do RE 466.343/SP. No controle concentrado, cita-se o julgado da ADI 2649/DF, relatora Min. Carmem Lúcia, em que a ação foi julgada improcedente devido à lei questionada estar em conformidade com a Constituição e com Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo.

61 Conforme Boletim do STF de 17 de junho de 2009.

O próprio aparato disponível para a específica interpretação da Constituição deve ser utilizado para resolução de eventuais conflitos. Destaca-se, para tanto, o princípio da unidade constitucional que para J.J. Canotilho:

> ...com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...] Daí que o intérprete Eva sempre considerar a normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.[62]

Sobretudo, impõe-se o princípio da primazia da norma mais favorável, constante de muitos tratados internacionais. São as cláusulas que, primando pelo não retrocesso em matéria de direitos humanos, não admitem restrições dos direitos que veiculam – e como veiculam - caso exista melhor proteção em outro diploma legal, seja interno ou internacional. Para Antônio Cançado Trindade:

> 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, como na doutrina clássica, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas. [63]

A Constituição da Venezuela de 1999 concede hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos e determina a aplicação da norma mais benéfica em caso de conflito[64]. Na Argentina há entendimento no sentido da aplicação da norma mais favorável e, considerando a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, também o entendimento no sentido de que normas constitucionais não se contradizem, vale dizer, a aplicação do princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido, a doutrina de Juan Pablo Cafiero e outros:

> Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y tal como expresa el dictamen de la mayoría de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, tratándose de derechos fundamentales debe aplicarse al caso concreto la norma más favorable al ser humano, es dicer, la aplicación del principio pro hominis. [...] Con La reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75, tienen jerarquía constitucional y, por tanto, rango superior al resto de los tratados no enumerados (aunque fuesen de derechos humanos) y la ley. Las normas sobre derechos humanos contenidas en estos tratados y en la propia Constitución tienen la misma jerarquía; por tanto, deberá

---

62 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1186-1187.

63 (*Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, p. 41-42). Para Piovesan: O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. (PIOVESAN, Flávia. GOMES, Luiz Flávio. (Coords.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26.)

64 "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 Constituição 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'". (Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais, p. 282)

> aplicarse el principio pro hominis y el principio por el cual las normas con jerarquía constitucional no se contradicen ni neutralizan entre si.[65]

No Brasil, o princípio da primazia da norma mais favorável está positivado. É o princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc.II) acrescido do comando do §2º do art. 5º, que não exclui outros direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Para 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 vinculadas 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 art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes 'dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'[66]

A não aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável contraria preceitos internos e internacionais, ofendendo o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, a ordem jurídica apresenta solução para os casos de eventuais conflitos, restando reconhecer que as normas internacionais de direitos humanos se harmonizam no ordenamento jurídico interno, reforçando e ampliando os direitos constitucionalmente reconhecidos e não podem ser desprezadas na interpretação da Constituição, seja para aplicar a norma constitucional, seja para buscar norma parâmetro para o controle da constitucionalidade, concentrado ou difuso. Daí a distinção já mencionada entre interpretação da constituição e interpretação constitucional, ou, ainda, nas palavras de Luiz Roberto Barroso interpretação direta e a interpretação indireta:

> Será direta quando determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional. Por exemplo: alguém vai a juízo em defesa de sua liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) ou na defesa do seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). E será indireta sempre que uma pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.[67]

No último caso, portanto, antes de aplicar as normas infraconstitucionais aos casos concretos, necessário saber se encontram fundamento de validade na Constituição. Para tanto, impõe-se a interpretação da Lei Maior, por força da inicialidade fundante de suas normas. O precedente disto está no célebre julgado no caso Marbury vs Madison, em 1803, quando o juiz Marshall, sedimentando o controle difuso da constitucionalidade deixou assente: "Cabendo ao Juiz aplicar as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis" [68].

Atualmente, estar em harmonia com a Constituição significa estar em harmonia também com os ditames internacionais de direitos humanos reconhecidos internamente.

---

65 CAFIERO, Juan Pablo. FAUR, Marta Ruth. LLAMOSAS, Esteban Miguel. LEÓN, Juan Méndez Rodolfo Ponce de. VALLEJOS, Cristina Maria. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales. Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad. Tratados de integración. Acción positivas. Derecho a la vida. Derecho de réplica.* VEJA, Juan Carlos. GRAHAM, Marisa Adriana. (Directores). Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1996, p. 40-41.

66 DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

67 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

68 Como registrado por FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado.* 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 385.

4 CONCLUSÃO

A interpretação jurídica tem como finalidade maior aplicar a norma diante de uma situação real, disto diferencia das outras interpretações e se mostra como atividade complexa a requerer meios aptos. Já a Constituição possui certas particularidades que justificam interpretação diferenciada das demais leis, daí o surgimento de uma interpretação específica com hermenêutica própria, sem, contudo, abandonar métodos clássicos.

Os direitos humanos fundamentais são orientadores do sistema constitucional atual e, portanto, de toda atividade interpretativa. A luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, embora com positivação nas Constituições, não evitou violações, encontrando seu ápice durante a Segunda Guerra Mundial. Como forma de evitar tal desrespeito, consolidou-se a internacionalização dos direitos humanos marcado pelo advento da Declaração Universal de 1948.

O Brasil, embora desde logo tenha assinado a Declaração Universal, somente com o advento da Constituição de 1988 encontrou campo propício para direcionar atenção aos direitos humanos fundamentais. Iniciado o processo de redemocratização, sob a ordem constitucional de 1988, foi possível a inserção do Brasil no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. É a vontade constituinte, como se percebe no Preâmbulo, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 7º), nos princípios fundamentais (art. 1º, III e art. 4º, II) e na declaração de direitos, em especial no comando do art. 5º, § 2º, p.f, a cláusula constitucional aberta determinando a não exclusão dos direitos veiculados por tratados internacionais a que o Brasil seja parte.

Com isso, os direitos fundamentais não são apenas aqueles constantes do texto constitucional, mas também os oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos que se revelam como fontes primárias de direito, já que considerados na acepção ampla de lei. Uma vez incorporados no ordenamento jurídico interno, os direitos internacionalmente reconhecidos reforçam, ampliam ou inovam os direitos constitucionalmente previstos, estando no mesmo patamar.

Assim, para interpretar a Constituição é necessário considerar os ditames dos tratados internacionais de direitos humanos que se harmonizam na ordem constitucional, inclusive com meios para resolução de eventuais conflitos, o que se alcança com a aplicação dos princípios de interpretação, como o da unidade da Constituição e, em especial, o princípio da primazia da norma mais favorável, o qual está previsto tanto na ordem internacional quanto na interna, como se demonstrou.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 3ª ed. SP: Celso Bastos, 2002.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAFIERO, Juan Pablo. FAUR, Marta Ruth. LLAMOSAS, Esteban Miguel. LEÓN, Juan Méndez Rodolfo Ponce de. VALLEJOS, Cristina Maria *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales. Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad. Tratados de integración. Acción positivas. Derecho a la via. Derecho de réplica*. In: VEJA, Juan Carlos; GRAHAM, Marisa Adriana (Directores). Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Márcia Haydee Porto de. *Hermenêutica Constitucional – Métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis. Ed. Obra Jurídica Ltda., 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Bandão. *Do controle da Constitucionalidade*, RJ: Forense, 1966.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional.* 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 5ª reimpresion. Abeledo-Perrot, 1973

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e relações exteriores.* São Paulo: Saraiva, 1994.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional. El constitucionalismo Del 'por-venir'. La reforma de La Constitución. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia; AREVALO, Manuel Clavero (Directores). *El derecho publico de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana.* Cidade: Madrid: Civitas: Fundacion BBV, 1997.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A Domingues de Andrade. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado –Editor, sucessor, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado.* 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GARCIA, Maria. *A Constituição e os tratados – A integração constitucional dos direitos humanos.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 9, n. 37 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Desobediência civil, direito fundamental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça).* Dir. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Trad. Yellbin Morote García. Vol. III. Coleção de Direito e Ciências Afins. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. In: *Temas clave de La constitución española.* 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.* BH: Mandamentos, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., RJ: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* 15ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. GOMES, Luiz Flávio (Coords.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS. André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Interpretação constitucional.* In: Coleção: *teoria & direito Público* .São Paulo: Malheiros.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional.* Org. e atual. GARCIA, Maria. RJ: Forense Universitária, 1991

TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2º vol. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

THE SPECIFIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION AND INTERNATIONAL TREATIES IN FAVOR OF LIBERTY AND OTHER HUMAN RIGHTS

***ABSTRACT**: This article aims to highlight human rights under international treaties as objects of interpretation alongside the constitutional requirements, which shows up as a means to meet the challenge of current realization of such rights already recognized widely in national and international texts. In Brazil, this is possible because the Bill of Rights in the Constitution of 1988 is not presented in a comprehensive and allows reception of other rights, such as those from the international human rights treaties to which Brazil is a party (art. 5, § 2). They are therefore constitutional rights materially and reinforce, complement or even innovate the list of rights provided internally without any offense to constitutional rigidity, which can not be used to undermine rights. Although the prevailing understanding in the Supreme Court regarding the hierarchy supralegal (but infra) treaties not incorporated into the legal system as paternal rule in art. 5, § 3, should not preclude the search for effective rights protection by promoting the interpretation of the Constitution rickety rights recognized internationally and domestically ratified. The reception of these rights by the constitutional order is one more peculiarity to be considered by the constitutional interpreter, including appropriate means to resolve any "conflict" between those standards.*

***KEYWORDS**: rights; execution and interpretation; international treaties.*

Recebido para publicação em 16/01/2013.
Aceito para publicação em 30/01/2013.

Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer