

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS: A INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO § 2º, DO ART. 5º DA CF/88**

**ATYPICAL FUNDAMENTAL RIGHTS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
TREATIES: THE INCORPORATION OF HUMAN RIGHTS TO FUNDAMENTAL
RIGHTS THROUGH § 2º, ART. 5º, OF CF/88**

Eduardo Rodrigues dos Santos

Luiz Carlos Figueira de Melo

Resumo: A cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, positivada no § 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, confere amplas possibilidades de reconhecimento de direitos fundamentais atípicos no âmbito do constitucionalismo pátrio. Dentre essas possibilidades, destaca-se a de se encontrar novos direitos fundamentais nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Este trabalho busca demonstrar que a referida cláusula confere hierarquia constitucional às normas de direitos humanos positivadas nesses tratados, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade material. Analisa-se também a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, criticando-a por, ainda, não reconhecer a hierarquia constitucional desses tratados, conforme previsão expressa do citado § 2º. Deste modo, defende-se que, através da mencionada cláusula de abertura, os direitos humanos internacionais são incorporados ao direito constitucional como direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Constituição Material, Direitos Fundamentais Atípicos, Cláusula de Abertura Constitucional, Direitos Humanos Fundamentais, Incorporação de Tratados Internacionais.

Abstract: The opening clause of the new fundamental rights, positively valued in § 2º, art. 5º, of the Constitution of 1988, provides ample opportunities for recognition of fundamental rights within the atypical parental constitutionalism. Among these possibilities, stands out to find new rights in international human rights treaties to which Brazil is a signatory. This paper seeks to show that the clause conferring constitutional status to human rights standards written these treaties, composing, thus the constitutional law of the material. It also analyzes the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court on the issue, criticizing it for also does not recognize the constitutional status of these treaties, as the express provision of the aforementioned § 2º. Thus, it is argued that through the said opening clause, international human rights are incorporated into constitutional law as fundamental rights.

Keywords: Material Constitution, Atypical Fundamental Rights, Opening Constitutional Clause, Fundamental Human Rights, Incorporation of International Treaties.

Introdução

O Título II da atual Constituição da República Federativa do Brasil positivou um rico e extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Nada obstante, o § 2º, do art. 5º, da Constituição de 1988, conferiu abertura significativa à Constituição e, em especial, ao seu sistema de direitos fundamentais, em favor do reconhecimento de direitos fundamentais atípicos¹, isto é, de novos direitos materialmente fundamentais. Dentre as possibilidades de identificação e construção desses novos direitos, destacam-se os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, em razão, sobretudo, dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Entretanto, em que pese a mencionada cláusula de abertura reconhecer literalmente os tratados de direitos humanos como sendo fontes desses novos direitos fundamentais e, conseqüentemente, atribuir-lhes hierarquia constitucional, o Supremo Tribunal Federal não vem julgando assim. E aqui emerge o problema central deste trabalho, qual seja: saber qual a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da CF/88 e, conseqüentemente, saber se os direitos, neles previstos, ingressam no âmbito de nosso constitucionalismo como direitos fundamentais. Assim, questiona-se: Os direitos humanos (previstos em tratados dos quais o Brasil seja signatário) compõem o bloco de constitucionalidade material e, portanto, são, também, direitos fundamentais?

Em face do problema exposto, assim podem ser apresentados os objetivos deste trabalho. Como objetivo geral busca-se comprovar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, com fundamento no § 2º, do art. 5º, da CF/88, e, concomitantemente, demonstrar que os direitos humanos, neles positivados, são, também, direitos fundamentais. Como objetivos específicos pretende-se: a) apresentar as possibilidades constitucionais de identificação de direitos fundamentais atípicos, com especial foco para os direitos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos; b) demonstrar a evolução da jurisprudência

¹ A doutrina confere diversas nomenclaturas para identificar os direitos fundamentais não positivados no “local” específico do texto constitucional destinado aos direitos fundamentais, dentre elas: direitos fundamentais materiais não formais, direitos fundamentais sem assento constitucional, direitos fundamentais não enumerados, direitos fundamentais não positivados, direitos fundamentais extravagantes, direitos fundamentais atípicos etc. Contudo, para nós, a discussão acerca da nomenclatura que se confere a esses direitos é irrelevante frente à necessidade premente de se elaborar um conceito material de direitos fundamentais, bem como de se estabelecer critérios constitucionalmente adequados de identificação desses novos direitos para se evitar a banalização generalizada que vivenciamos hodiernamente no direito constitucional, sobretudo no campo dos direitos fundamentais. Nada obstante, preferimos utilizar a nomenclatura *direitos fundamentais atípicos* por motivos que exporemos, sintetizadamente, ao longo do texto.

do Supremo Tribunal Federal em relação à hierarquia conferida a esses tratados; c) demonstrar que a Constituição de 1988 conferiu a esses tratados hierarquia constitucional e reconheceu que os direitos humanos internacionais, também são direitos fundamentais constitucionais, em razão da cláusula de abertura a novos direitos instituída pela própria Carta Maior.

A pesquisa e o artigo ora apresentados justificam-se, dentre outras coisas, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, pela constante luta para o reconhecimento e implementação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais; em segundo lugar, pela persistência (ou resistência) do Supremo em reconhecer a literal hierarquia constitucional dos direitos humanos, em face do § 2º, do art. 5º; em terceiro lugar, porque vivemos em tempos de banalização dos discursos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e, nesses momentos, precisamos refletir e repensar essas temáticas, a fim de lhes dar novas perspectivas e lhes conferir discursos mais sérios e mais sedimentados na sistemática que lhes é inerente.

Para a consecução dos objetivos aqui propostos utiliza-se de pesquisa teórica, com predominância do método dedutivo e análise de obras e artigos da área do direito constitucional, direito internacional e direitos humanos. Além disso, utiliza-se, também, de pesquisa documental, realizando-se análise pormenorizada de determinados dispositivos normativos, estudo de casos do Supremo Tribunal Federal e um breve estudo histórico da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais.

1. A cláusula de abertura do § 2º, do art. 5º, da CF/88 e os direitos fundamentais atípicos

Doutrinariamente esquecida,² jurisprudencialmente ignorada ou “*mal*” interpretada,³ a cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, constante do § 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, consiste num importante instrumento do atual sistema de direitos e garantias fundamentais de nosso constitucionalismo.

² Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “a doutrina pátria vem dedicando-se ao tema, restringindo-se, contudo (e no mais das vezes), a citar a regra, mencionando sua função hermenêutica, além de consagrar, entre nós, o reconhecimento de direitos fundamentais “*implícitos*” e/ou “*decorrentes*”. [...] Os comentários à Constituição atual – em que pese o seu inegável valor – não dedicaram muita atenção a este tema, chegando, em alguns casos, a não referir exemplos, o que encontra justificativa principalmente no caráter analítico do rol de direitos fundamentais positivados em nossa atual Carta” (2010, p.79).

³ Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2011) faz críticas significativas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no que tange à incorporação dos direitos fundamentais atípicos advindos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A referida cláusula, que promove a abertura do sistema de direitos e garantias fundamentais aos direitos fundamentais atípicos (direitos fundamentais que não constam expressamente do catálogo típico do Título II da Constituição), necessita de uma atenção maior da doutrina do direito constitucional e da jurisprudência dos tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que a vem interpretando restritivamente e enfraquecendo todo o poder que lhe foi conferido pela Constituição, como bem demonstra Antonio Augusto Cançado Trindade (1997).

Isto posto, neste tópico, tentar-se-á, em linhas gerais, demonstrar-se os contornos e as possibilidades da cláusula de abertura do § 2º, do art. 5, da CF/88.

1.1. Um breve esboço introdutório: a necessidade constitucional de abertura a novos direitos fundamentais

A cláusula de abertura ou de não tipicidade positivada na atual Constituição brasileira promove a abertura a novos direitos fundamentais de maneira ímpar na história do constitucionalismo brasileiro ao prever uma gama maior de possibilidades de incorporação de novos direitos fundamentais do que as Cartas Constitucionais pretéritas.

A gênese da referida cláusula remete-nos ao IX aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, que data do ano de 1791 e dispõe que “*the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.⁴⁻⁵

No Brasil, a cláusula de abertura esteve presente em todas as Constituições Republicanas. Na Constituição de 1981 (art. 78), na Constituição de 1934 (art. 114), na Constituição de 1937 (art. 123), na Constituição de 1946 (art. 144), na Constituição de 1967 (art. 150, § 35), na Constituição de 1969 (art. 153, § 36) e, por fim, na Constituição de 1988, (art. 5º, § 2º) afirmando 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*”.

⁴ Em Português: A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.

⁵ Proposto por James Madison, o IX aditamento surgiu na busca de se superar as objeções de Alexander Hamilton e, também, em certa medida, de Thomas Jefferson, este último receoso de que a declaração fosse insuficiente e não albergasse todos os direitos essenciais. Sobre a história e o significado do IX aditamento, conferir os trabalhos coordenados por Randy E. Barnett (1991).

No direito comparado, hodiernamente, várias são as Constituições a contemplar a cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais, dentre elas, destaque-se a Constituição Portuguesa (art. 16, nº1), a Constituição Argentina (art. 33), a Constituição Peruana (art. 4º), a Constituição da Guatemala (art. 44), a Constituição da Venezuela (art. 50), a Constituição Colombiana (art. 94), dentre outras. Ressalte-se ainda a Lei Fundamental da Alemanha que, como explica Ingo Wolfgang Sarlet (2010), em seu art. 93, inc. I, nº 4, realiza uma abertura a direitos e garantias fundamentais análogos aos constantes do catálogo, também designados por Bodo Pieroth e Bernhard Schilink (2012) de *direitos equiparados aos direitos fundamentais*, que dizem respeito aos direitos fundamentais positivados no texto da Lei Fundamental, entretanto, fora do capítulo específico: o Capítulo I.⁶ Mais ainda, nas últimas décadas, a doutrina e a jurisprudência alemã também vêm aceitando o desenvolvimento de novos direitos e garantias fundamentais a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, positivado no art. 2º da Lei Fundamental da Alemanha, como demonstram Ingo Wolfgang Sarlet (2010), Bodo Pieroth e Bernhard Schilink (2012) e Jorge Bacelar Gouveia (1995).

A cláusula de abertura ou de não tipicidade dos direitos fundamentais remete-nos, doutrinariamente, à clássica conceituação material dos direitos fundamentais, realizada, dentre outros, por Jorge Miranda (2012), segundo quem, há direitos fundamentais inerentes à sistemática constitucional e, sobretudo, a sistemática dos direitos e garantias fundamentais que não foram formalmente positivados no texto constitucional, contudo, em face da cláusula de abertura e do sistema constitucionalmente estabelecido de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (reconhecida por esse mesmo sistema), integram o rol de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana de acordo com as filosofias políticas, sociais e econômicas, assim como com as circunstâncias de cada época e lugar.

Ainda no plano teórico-doutrinário, insta destacar os trabalhos de Jorge Bacelar Gouveia, que dedicou uma obra inteira para realizar a análise da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais no âmbito do atual constitucionalismo português, identificando estes novos direitos como *direitos fundamentais atípicos*, que, segundo ele, “correspondem aos direitos fundamentais que não constam da respectiva tipologia sendo assim constitucionalmente relevantes sem recurso a um método tipológico ou na sua formulação” (1995, p. 40).

⁶ Capítulo que trata dos direitos fundamentais especificamente, no qual se localiza um extenso rol de direitos fundamentais, semelhante ao que ocorre no Título II, da Constituição brasileira de 1988.

Aqui, cumpre esclarecer que, apesar de utilizarmos a terminologia “*direitos fundamentais atípicos*” para designar os *direitos materialmente fundamentais não previstos expressamente no Título II da Constituição brasileira de 1988*, em oposição aos típicos que nele se encontram expressamente postos, nossa concepção conceitual de direitos fundamentais atípicos e das possibilidades de atipicidade não são idênticas às do autor português, por diversos motivos, sobretudo, por tratarem-se de ordens jurídicas diferentes que possuem possibilidades diferentes em suas respectivas cláusulas de abertura.

A noção de direitos que, apesar de não estarem positivados expressamente no texto, integram o “*corpus*” constitucional remete-nos antes mesmo do conceito de direitos fundamentais materiais, à noção de Constituição Material, bem exposta pelo professor J. J. Gomes Canotilho (2003), segundo quem, em razão da estrutura normativa da Constituição, entendida como sistema normativo aberto de regras e princípios, a Constituição é muito mais do que o texto, sendo o Direito Constitucional a somatória de um direito constitucional escrito e de um direito constitucional não escrito, vez que a Constituição é viva. Nessa perspectiva, nas exatas palavras de Canotilho, entende-se por Constituição Material:

O conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma *função ordenadora*. A chamada *força normativa de constituição* (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a *vontade de constituição*, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material (CANOTILHO, 2003, p. 1139).

Nesse mesmo viés, como explica Luís Roberto Barroso (2011), a teoria dos direitos fundamentais, parte integrante de uma Constituição Moderna, se estrutura sobre princípios, valores e fins de alta densidade axiológica que visam promover e proteger a dignidade da pessoa humana e que não podem ser “engessados”, totalmente, de maneira positiva, em razão das alternâncias espaços-temporais existenciais da vida digna da pessoa humana; isto é, as condições de vida digna do ser humano se alteram de acordo com o tempo e o espaço em que ele está inserido (apesar de manterem um núcleo essencial imutável), o que impossibilita que a teoria protetiva dos direitos e garantias mais essenciais à vida digna do homem seja inamovível, imutável, seca, morta, pois esses mesmos direitos e garantias são vivos, são mutáveis e evoluem com a própria humanidade.

Mais ainda, na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2011) e Luís Roberto Barroso (2013), há de se dizer que o homem é um ser demasiadamente complexo, de modo que, mesmo em determinado tempo e espaço bastante limitados não é possível expressar positivamente, em uma carta de direitos, todos os direitos e garantias fundamentais dos quais ele necessita para ter uma vida digna, ao menos não *a priori*, o que torna inviável e constitui, inclusive, afronta à dignidade da pessoa humana limitar os direitos e garantias fundamentais àqueles dos quais o legislador constituinte se lembrou de redacionar, ou optou por redacionar.

Justamente por isso, a cláusula de abertura a novos direitos fundamentais e os direitos fundamentais atípicos que dela emergem são de grande importância para a proteção das pessoas, pois incorporam os direitos materialmente fundamentais dos quais o legislador se olvidou ou optou por não constitucionalizar, ou ainda não tinha condições de positivizar em face da inexistência das situações que o motivariam, mas que, à luz da Constituição vigente e do sistema de direitos e garantias fundamentais por ela implementado, são essenciais à vida digna da pessoa humana.

Por óbvio que a maioria das Constituições modernas dos Estados ocidentais já positivaram a maior parte dos direitos e garantias fundamentais à vida digna da pessoa humana, ao menos os historicamente consagrados, o que diminui bastante as possibilidades reais de se encontrar direitos fundamentais materiais não formalizados nas respectivas Cartas Constitucionais, o que nos permite dizer, na esteira das lições de Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005), que estes são pouco numerosos, mas ainda muito importantes, sobretudo, os novos direitos ou as novas leituras de direitos antigos, que emergem em razão do avanço tecnológico.⁷

Posto isto, passemos à análise específica da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais da atual Constituição brasileira.

⁷ Nesse sentido, ao comentarem a cláusula de abertura a direitos e garantias fundamentais prevista na Constituição portuguesa (art. 16, n.º 1), Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que “o n.º 1 consagra uma cláusula aberta ou de não tipicidade ou, doutro prisma, uma noção material de direitos fundamentais, derivada da própria ideia de dignidade da pessoa humana cuja realização está para além de qualquer catálogo fixo. Não se trata, obviamente, de elevar a direitos fundamentais todos os direitos provenientes de outras fontes. Trata-se apenas de, entre estes, reconhecer alguns que, pela *fundamentalidade*, pela conexão com direitos fundamentais formais, pela sua natureza *análoga* (cfr. Artigo 17.º) ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem ao nível da Constituição material. Entretanto, tendo em conta a extensão do elenco de direitos fundamentais acolhido na Constituição, poucos se oferecem os direitos novos que se encontram em normas legais e jurídico-internacionais. São mais numerosos os desdobramentos e desenvolvimentos daqueles direitos ou as novas faculdades que se explicitam” (2005, p. 138).

1.2. A cláusula de abertura do § 2º, do art. 5º, da CF/88 e as possibilidades constitucionais de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos

O § 2º, do art. 5º, da Constituição de 1988, fruto de proposta de Antonio Augusto Cançado Trindade, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, em audiência pública realizada dia 29 de abril de 1987,⁸ instituiu no âmbito do constitucionalismo brasileiro a mais abrangente cláusula de abertura a novos direitos fundamentais de nossa história constitucional.

Da leitura mais profunda e pormenorizada do dispositivo em análise, extrai-se que os novos direitos e garantias fundamentais podem advir diretamente de três fontes: a) do regime constitucional, que, a nosso ver, pode ser entendido de duas maneiras: *lato sensu* e *stricto sensu*; b) dos princípios constitucionais; e c) dos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário.

O regime constitucional *lato sensu* refere-se às normas gerais que regulamentam a ordem constitucional como um todo, isto é, às normas gerais do sistema de direito constitucional vigente. Por sua vez, o regime constitucional *stricto sensu* refere-se às normas gerais que regulamentam o subsistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais, isto é, refere-se especificamente às normas gerais do vigente sistema de direitos e garantias fundamentais.

Os princípios constitucionais a que se refere à Constituição, neste dispositivo, são os *Princípios Fundamentais* do Título I (arts. 1º a 4º) de nossa Magna Carta.⁹ Aqui vale ressaltar o importante papel do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) que atua tanto no âmbito do regime constitucional¹⁰ como no âmbito dos princípios

⁸ Sobre a propositura do dispositivo que veio a ser positivado no § 2º, do art. 5º, da CF/88, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, conferir os dizeres de Antônio Augusto Cançado Trindade (1987, p. 108-116).

⁹ Aqui, apesar de nos apoiarmos nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, com ele divergimos em alguns pontos, pois, para nós, o *regime* diz respeito ao sistema constitucional (*lato sensu*) e ao sistema de direitos e garantias fundamentais (*stricto sensu*), enquanto para ele o *regime* está incluído nos princípios fundamentais do Título I da Constituição, juntamente com os *princípios* constitucionais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “uma primeira tarefa com a qual nos deparamos ao tentar fazer a exegese do art. 5, § 2º, da CF, diz com o significado e alcance das expressões ‘regime’ e ‘princípios’. À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o citado preceito constitucional se refere às disposições contidas no Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais)...” (2010. p. 93).

¹⁰ No âmbito do regime constitucional atua, *lato sensu*, por ser o homem, enquanto ser humano sociável, o início e o fim do Estado: O Estado existe pelo e para o ser humano, devendo a dignidade da pessoa humana ser seu fim maior. Nesse sentido, Jorge Miranda afirma: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (2012, p. 219). Atua também, *stricto sensu*, por ser a dignidade da pessoa humana a base do sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, sendo sua principal matriz jurídico-axiológica, podendo-se afirmar, inclusive, que, em

constitucionais,¹¹ tratando-se da principal matriz jurídico-axiológica dos direitos fundamentais atípicos, devendo todos eles, em maior ou menor grau, encontrarem suas raízes na dignidade da pessoa humana.

Já os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário são, sem dúvida alguma, as fontes mais claras e mais “fáceis” de lidar, por exigirem um esforço muito menor do intérprete, entretanto a prática constitucional brasileira tem mostrado como é possível transformar o “mais simples” no “mais complexo” e o “mais fácil” no “mais difícil”. Essas fontes, em conjunto, formam as bases para uma conceituação material dos direitos fundamentais e instituem os critérios de fundamentalização dos direitos, isto é, os fundamentos dos direitos fundamentais.

Das três fontes estabelecidas pelo § 2º, do art. 5º, da CF/88, é possível, a nosso ver, apontar quatro possibilidades constitucionais de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos, isto é, quatro possibilidades de se encontrar direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos dentro do Título II de nossa Constituição: a) direitos e garantias fundamentais positivados expressamente na Constituição, mas fora do Título II; b) direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente na Constituição, mas implicitamente nela contidos; c) direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; d) direitos e garantias fundamentais advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Além disso, uma doutrina minoritária aponta uma quinta possibilidade de construção e identificação de novos direitos fundamentais: e) direitos e garantias fundamentais infraconstitucionais, advindos exclusivamente da legislação infraconstitucional.

Em relação à primeira possibilidade, isto é, aos direitos e garantias fundamentais positivados expressamente na Constituição, mas fora do Título II, podemos chamá-los especificamente de *direitos fundamentais não enumerados*, pois apesar de estarem positivados na Constituição, não constam do Título específico que tipifica os direitos e

maior ou menor grau, todos os direitos fundamentais têm matriz na dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a dignidade da pessoa humana materializa-se nos direitos fundamentais. Essas duas justificações (que o Estado existe em função da pessoa humana e que os direitos fundamentais têm como principal matriz jurídico-axiológica a dignidade da pessoa humana) podem ser encontradas na obra do professor Ingo Wolfgang Sarlet (2010), contudo justificando “regime e princípios” como sendo os princípios fundamentais.

¹¹ Não resta dúvida que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é, dentre todos os princípios fundamentais do Título I de nossa Constituição, o que mais guarda relação com os direitos e garantias fundamentais, constituindo-se na principal fonte jurídico-axiológica dos direitos fundamentais atípicos. Advogam nesse sentido, dentre outros, Ingo Wolfgang Sarlet (2011), Bruno Cunha Weyne (2013), Maria Celina Bodin de Moraes (2003), José Afonso da Silva (1998), Carlos Santiago Nino (2007) e Carlos Ayres Britto (2012).

garantias fundamentais.¹² Esta espécie de direito fundamental atípico fundamenta-se tanto no “regime” constitucional (*lato sensu* e *stricto sensu*), como nos “princípios” constitucionais, principal e necessariamente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Podemos exemplificar essa espécie de direito fundamental atípico com o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, positivado no art. 93, IX, da CF/88 (Título IV – Da Organização dos Poderes). Este direito evidentemente funda-se no sistema processual constitucional, ou modelo constitucional de processo, e guarda profunda relação com o devido processo legal e as demais garantias fundamentais constitucionais, assim como funda-se no princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) e no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que exige do Poder Judiciário uma fundamentação fática e jurídica, constitucionalmente adequada, sobre qualquer decisão que venha a tomar sobre a vida da pessoa.¹³

A segunda possibilidade que apontamos refere-se aos direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente na Constituição, mas implicitamente nela contidos, isto é, refere-se àqueles direitos fundamentais atípicos que encontram-se implícitos ao texto constitucional, muitas vezes frutos de uma interpretação extensiva de algum direito expressamente posto, por isso chamados de *direitos fundamentais implícitos*. Esta espécie de direito fundamental atípico, assim como a anterior, funda-se tanto no “regime” constitucional (*lato sensu* e *stricto sensu*), como nos “princípios” constitucionais, principal e necessariamente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Como exemplo pode-se citar o duplo grau de jurisdição, inerente aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, e que, portanto, é implícito a essas próprias garantias fundamentais, podendo ser fundamentado no “regime”, pois trata-se de direito fundamental que funda-se no sistema recursal constitucional, no sistema processual constitucional e no sistema de direitos e garantias fundamentais constitucionais, sobretudo no devido processo legal, e podendo ser fundamentado nos princípios, pois funda-se nos princípios do Estado Democrático de Direito (que exige uma maior segurança das decisões judiciais e que, por dar-se o segundo grau, em regra, na forma colegiada de jurisdição, contempla, em certa medida, o

¹² Vale lembrar que consideramos típicos os direitos fundamentais que constam expressamente no Título II da CF/88 e atípicos todos aqueles que não estão expressamente positivados no Título II da CF/88.

¹³ Pela fundamentalidade e, conseqüente, constitucionalidade da motivação das decisões judiciais advogam, dentre outros, José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), Eduardo Cambi (2011), Carlos Roberto Siqueira (2010), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010) e Dierle José Coelho Nunes (2008).

princípio democrático) e da dignidade da pessoa humana que exige, no mínimo, uma segunda análise para que a pessoa humana possa ser privada de algum direito ou bem fundamental.¹⁴

A terceira possibilidade constitucional de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos consiste no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais decorrentes direta e exclusivamente do regime e dos princípios adotados pela Constituição, espécie de novos direitos que chamamos de *direitos fundamentais atípicos stricto sensu*, em contraposição ao gênero direitos fundamentais atípicos (ou *direitos fundamentais atípicos lato sensu*), que engloba, além desta espécie, as demais que já apontamos, isto é, os direitos fundamentais não enumerados e os direitos fundamentais implícitos, bem como a próxima que iremos apontar: os direitos humanos fundamentais. Não há dúvidas quanto à fundamentação desses direitos que se dá, como literalmente se percebe, no “regime” e nos “princípios”, isto é, no sistema constitucional e no sistema de direitos fundamentais, bem como nos princípios fundamentais, principal e necessariamente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Aqui, com base nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2010), pode-se exemplificar com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e com o direito fundamental ao mínimo existencial, ambos com matriz essencialmente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, logicamente decorrendo dela e sustentando-se, também, no sistema constitucional e no sistema de direitos fundamentais: o livre desenvolvimento da personalidade guardando íntima relação com os direitos individuais (predominantemente, sem desconsiderar seu vínculo, em alguma medida, com os direitos sociais); e o mínimo existencial guardando íntima relação com os direitos sociais (também, predominantemente, sem desconsiderar seu vínculo, em alguma medida, com os direitos individuais).

A quarta possibilidade constitucional de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos refere-se aos direitos e garantias fundamentais advindos dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, de modo que, podemos chamar essa espécie de direitos fundamentais atípicos de *direitos humanos fundamentais*. Cumpre dizer que faremos uma análise mais específica desta possibilidade nos tópicos 2 e 3, contudo ela nos exige alguns esclarecimentos prévios quanto à sua fundamentação. Nesse sentido, pode-se dizer que, independentemente desses direitos

¹⁴ Realizam uma leitura do duplo grau de jurisdição, enquanto direito fundamental implícito ao texto constitucional, dentre outros, Eduardo Arruda Alvim (2000), Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (2010), Sérgio Luiz Kukina (2003), Carolina Alves de Souza Lima (2004), Rui Portanova (2001) e Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002).

guardarem relação com o “regime” ou com os “princípios”, nessa possibilidade o que se exige é que eles pertençam a algum tratado de direitos humanos do qual o Brasil seja signatário. Por óbvio que, por tratar-se de tratado internacional de direitos humanos, esses direitos ligam-se diretamente à dignidade da pessoa humana, pois assim como os direitos fundamentais emergem da dignidade da pessoa humana no plano Estatal, o mesmo se dá com os direitos humanos, só que no plano Internacional, como bem expõe Flávia Piovesan (2012).

Neste cenário, pode-se dar o exemplo do direito fundamental de não ser submetido à prisão civil por dividas, salvo pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, exemplo este que será objeto de discussões mais aprofundadas nos tópicos seguintes, nos quais o justificaremos.

A quinta possibilidade que apresentamos e que é levantada por uma doutrina minoritária refere-se à possibilidade de se identificar direitos e garantias fundamentais infraconstitucionais, isto é, advindos diretamente da legislação infraconstitucional. Possibilidade admitida por quase unanimidade na doutrina portuguesa, já que a Constituição de Portugal reconhece explicitamente no texto de seu art. 16º, nº1, a existência de direitos fundamentais constantes das leis. Contudo, não nos parece ser este o caso brasileiro, já que a Constituição brasileira de 1988 não menciona tal possibilidade, consistindo sua admissão verdadeira banalização dos direitos e garantias fundamentais. Neste ponto, inclusive, fica o elogio ao constituinte brasileiro que não previu tal possibilidade que, a nosso ver, “desfundamentaliza” os direitos fundamentais.

No Brasil, um eventual reconhecimento desses direitos seria evidentemente inconstitucional e intensificaria a doutrina que reconhece tudo, ou quase tudo, como sendo direito fundamental. E aqui vale lembrar que quando tudo se torna uma mesma coisa, então nada é esta coisa, ou melhor, quando tudo é direito fundamental, então nada é direito fundamental, pois a fundamentalidade (essa qualidade especial atribuída a um direito reconhecendo-o como essencial a vida digna da pessoa humana em uma dada sociedade) perde sua razão de ser.

Todavia, há de se reconhecer a formação de uma doutrina divergente desta aqui defendida. Nesse sentido, Luís Fernando Sgarbossa (2008), ao definir aquilo que ele chamou de *direitos fundamentais extravagantes*, admite a possibilidade de direitos fundamentais advindos diretamente da legislação infraconstitucional. Segundo o referido autor:

da interpretação referida da norma contida no § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988, podem existir – e, efetivamente existem – direitos, liberdades e garantias fundamentais (ou direitos humanos, eis que aqui se tomam tais termos por

sinônimos) em *diplomas normativos infraconstitucionais*, como leis complementares, leis ordinárias e as demais espécies referidas no art. 59 da Constituição (SGARBOSSA, 2008, p. 34-35).

Com todas as vênias ao autor, mas, a nosso ver, tal colocação é completamente incompatível com a Constituição brasileira de 1988, vez que transforma o poder constituinte reformador e os limites formais ao poder de reforma da Constituição em instrumentos desimportantes, de pouca valia no que tange aos direitos fundamentais, já que não é preciso deles para se incorporar, ao direito constitucional pátrio, novos direitos fundamentais, bastando a utilização de qualquer outro tipo legal, como uma lei ordinária, cujo quórum de aprovação é bem menor que o de uma Emenda à Constituição.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, lembrando Marnoco e Souza no que se refere à interpretação do art. 4º da Constituição portuguesa de 1911 (cláusula de abertura a novos direitos fundamentais daquela Constituição que admitia a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais atípicos advindos das leis), alerta-nos para a falta de sentido de se cogitar a existência de direitos fundamentais legais, pois os direitos previstos apenas em normas legais não podem, num “passe de mágica”, serem elevados ao status de direitos fundamentais, de direitos com hierarquia constitucional, posicionando-se pela “inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional” (SARLET, 2010, p. 88).

Nada obstante, há de se reconhecer que a legislação ordinária cumpre o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais, de modo que, muitas das vezes o direito já está previsto pelo sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição, seja expressamente no Título II, seja expressamente, mas fora do Título II, seja, implicitamente, seja advindo de tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, seja decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição, contudo é preciso regulamentá-lo e concretizá-lo, daí a importância da legislação ordinária.

Frise-se: nossa posição é a de que o direito não se “fundamentaliza” na legislação, o que não diminui a importância da lei em sua regulamentação, aplicação e efetivação. Frise-se mais: muitos direitos previstos *expressamente somente* em leis são direitos fundamentais, contudo não o são pelo fato de estarem *escritos* em uma lei, mas sim pelo fato de advirem do regime e dos princípios constitucionais ou serem implícitos ao próprio texto constitucional, como ocorre, por exemplo, com o direito ao nome, previsto expressamente no código civil; tal direito não é fundamental por estar escrito no referido código, mas sim pelo fato de advir da sistemática constitucional, em especial dos direitos fundamentais e, sobretudo, por emergir

diretamente das exigências de proteção e promoção do princípio fundamental da pessoa humana.

Após estes breves esclarecimentos acerca da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais atípicos à luz do atual constitucionalismo brasileiro, passemos à análise específica da hipótese de incorporação dos direitos fundamentais atípicos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, isto é, dos direitos humanos fundamentais.

2. Panorama histórico da incorporação dos tratados internacionais pelo Brasil: hierarquia dos tratados de direitos humanos

A incorporação dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, dos tratados sobre direitos humanos, passou por fases bem distintas, sobretudo no que tange à hierarquia destes tratados.

Os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, até o ano de 1977, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº. 80.004, possuíam força normativa superior à legislação infraconstitucional e inferior à Constituição, ao menos era esse o entendimento da doutrina internacionalista brasileira e que, geralmente, era aceito pelos Tribunais pátrios, inclusive pelo STF¹⁵, como bem observa Flávia Piovesan (2012).

Entretanto, no ano de 1977, ao julgar o RE 80.004, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por maioria, pela paridade hierárquica entre tratados internacionais e legislação federal, inclusive em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. Como explica Flávia Piovesan (2012), este posicionamento sofreu duras críticas, sobretudo por ir contra a disposição do art. 27 da Convenção de Viena, que afirma não poder o Estado invocar disposições de direito interno como justificativa para não cumprir o tratado que assinou.

Após o julgamento do RE 80.004, em 1977, o STF passou a considerar que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, incorporados ao ordenamento

¹⁵ Exemplificando, afirma Flávia Piovesan: “Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172/66 que estabelece: ‘Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha’” (2012, p.118).

jurídico brasileiro, possuíam hierarquia igual a da legislação ordinária, de modo que entre eles não existiria prevalência automática, sujeitando-se um eventual conflito entre essas normas aos critérios de cronologia e de especialidade, como explica André de Carvalho Ramos (2011).

Com o advento da Constituição de 1988 e, sobretudo, em face do disposto em seu art. 5º, § 2º, pensou-se, ao menos parte da doutrina capitaneada pelas ideias de Antonio Augusto Cançado Trindade, que o entendimento do Supremo, no que tange à hierarquia das normas de direito internacional, fosse cambiar em favor, ao menos, dos direitos humanos, vez que o referido dispositivo é claro em dizer que estas normas ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia constitucional.

Entretanto, o exemplo do depositário infiel serve bem para mostrar que nossa Suprema Corte não conseguiu acompanhar nossa Norma Suprema, ficando estagnada em tempos obscuros de um governo ditatorial em que direitos humanos eram “um pedaço de pau de pouco mais de um metro” que servia para resguardar a ordem e reprimir os “desordeiros”.

Assim, em 1992, quando o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969), pensou-se que a prisão civil do depositário infiel, assim como qualquer outra prisão civil que não a do devedor de obrigação alimentar, fosse ser considerada inconstitucional pelo STF, vez que em seu art. 7º, 7, o referido tratado internacional de direitos humanos veda expressamente tais possibilidades.

Contudo, ao discutir a matéria no julgamento do HC 72.131, em 1995, o Supremo decidiu que os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, possuíam o mesmo grau hierárquico que a legislação ordinária, mantendo a posição pretérita, sedimentada no RE 80.004 de 1977 e desconsiderando as determinações do § 2º, do art. 5º da CF/88. Deste modo, no entendimento do STF, o art. 7º, 7, do referido tratado deveria se submeter à disposição expressa do art. 5º, LXVII de nossa Constituição que prevê a possibilidade de prisão civil não só para o caso do devedor de alimentos, mas também para o caso do depositário infiel.

Nada obstante, há de se registrar que houve divisão de votos no referido *leading case*, votando pela concessão da ordem e, conseqüentemente, pela prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos, os ministros Marco Aurélio (relator originário), Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Já pelo indeferimento da ordem votaram Moreira Alves (relator para o acórdão), Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira.

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, foi inserido um § 3º no art. 5º de nossa Constituição com o escopo de reforçar o entendimento de que as normas previstas em

tratados internacionais de direitos humanos devem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de normas constitucionais, compondo assim o bloco de constitucionalidade, como bem observam Alexandre Walmott Borges, Luciana Campanelli Romeu e Altamirando Pereira da Rocha (2012) em análise do referido dispositivo.

Entretanto, apesar do nobre intuito do constituinte reformador, na esteira do pensamento de André de Carvalho Ramos (2011) e de Sílvio Dobrowolski (2006), entendemos que a inserção do § 3º só fez complicar e dificultar a prevalência dos direitos humanos e sua imediata inserção no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, § 1º) com hierarquia de normas constitucionais (art. 5º, § 2º), corroborando para o entendimento equivocado de que existiriam duas hierarquias diferentes para os tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, em 2008, no julgamento conjunto do RE 466.343 e do RE 349.703, que também tratavam da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal considerou que os tratados internacionais de direitos humanos (diferentemente dos demais tratados internacionais que continuaram a ter hierarquia de lei ordinária), passaram, com o advento do § 3º do art. 5º, a possuir dupla hierarquia normativa. Aqueles tratados aprovados em conformidade com o procedimento previsto no dispositivo introduzido pela EC 45/04 passaram a compor o bloco de constitucionalidade e a ter hierarquia de norma constitucional, enquanto aqueles tratados que não foram submetidos ao referido procedimento passaram a ter hierarquia supralegal (acima da legislação ordinária), mas infraconstitucional (abaixo da Constituição), como relata Carlos Weis (2010).

Este novo posicionamento do STF foi capitaneado pelo Min. Gilmar Mendes, retomando o voto pioneiro do Min. Sepúlveda Pertence no HC 79.785-RJ, e foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, formando a maioria. Discordando da maioria votaram os ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que reconheceram a hierarquia de norma constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, que deveriam compor o bloco de constitucionalidade, tal qual estabelecido no § 2º, do art. 5º, da CF/88.

Assim, a partir deste julgamento, a prisão civil do depositário infiel passou a ser proibida, não por ser inconstitucional, visto que a Convenção Americana de Direitos Humanos não passou pelo procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, mas sim, por que o referido tratado internacional possui hierarquia superior à lei que regulamenta a prisão civil do depositário infiel, de modo que não havendo regulamentação, não há como aplicar a referida

prisão. Nessa perspectiva, em obra doutrinária sobre os direitos fundamentais, afirma Gilmar Mendes:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art.5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969 [...] Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Código Civil de atual (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916 (MENDES, 2012, p.462).

Com todas as vênias ao eminente Min. Gilmar e aos demais ministros do Supremo, bem como à doutrina que advoga pelo duplo grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, a nosso ver tal concepção está contundentemente equivocada em face do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88, que assegura a todos os tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional, como bem lecionam, dentre outros, Flávia Piovesan (2012), Antonio Augusto Cançado Trindade (1997), André de Carvalho Ramos (2011), Sidney Guerra (2013) e George Rodrigo Bandeira Galindo (2002).

Mais ainda, parece-nos, como já dito, que o § 3º, introduzido pela EC 45/04, em que pese o nobre intuito do constituinte reformador de reafirmar o status constitucional dos direitos humanos, não só é disfuncional como acabou gerando certa “confusão interpretativa”, levando, sob certo ponto de vista, a entender que haveria dois graus hierárquicos diferentes em relação aos tratados que versam sobre direitos humanos, o que não é correto, vez que a disposição do § 2º é categórica e muito clara no sentido de atribuir hierarquia constitucional a essas normas.

3. O § 2, do art. 5º, da CF/88 e uma nova “velha” proposta de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

Ao longo das últimas décadas a doutrina e a jurisprudência têm se dedicado ao tema de se saber qual a hierarquia das normas de direitos humanos advindas dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Nesse meio tempo tivemos a promulgação de

uma nova Constituição, uma Carta muito mais democrática e humanista do que todas as que a precederam, com especial foco para a pessoa humana e seus direitos, seja no âmbito nacional ou internacional.

Pode-se dizer, com apoio em Flávia Piovesan (2012) e Gilmar Mendes (2012), que, no Brasil, existem quatro correntes principais acerca do status hierárquico das normas de direitos humanos: a) doutrina que advoga pelo status *supraconstitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos; b) posicionamento que atribui status *constitucional* aos referidos tratados; c) vertente que reconhece o status de *lei ordinária* a esses documentos internacionais; e d) corrente que atribui status *supralegal* aos tratados sobre direitos humanos.

A primeira corrente, que advoga pelo status supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, isto é, que defende que estes tratados possuem hierarquia superior à própria Constituição, é capitaneada no Brasil, dentre outros, por Celso Albuquerque Mello (2001), Hildebrando Accioly (1976) e Vicente Marotta Rangel (1967). Há de se mencionar ainda a doutrina de George Rodrigo Bandeira Galindo que, apesar de se posicionar pela hierarquia constitucional dessas normas, admite que alguns direitos humanos possuem uma natureza especialíssima, o que os eleva a uma hierarquia supraconstitucional, como as normas do *jus cogens* (2002, p. 319). No cenário internacional, pode-se citar as doutrinas de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (1993), Augustín Gordillo (1990), Hernan Montealegre (1993) e Gérman J. Bidart Campos (1991).

A segunda corrente, que atribui status constitucional aos referidos tratados, é, a nosso ver, aquela que se adéqua ao atual constitucionalismo brasileiro em face da exigência expressa do § 2, do art. 5º de nossa Constituição, que atribui aos direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário a hierarquia das normas de direitos fundamentais constitucionais. Isto é, através da referida cláusula de abertura os direitos humanos internacionais passam a compor o bloco de constitucionalidade e serem considerados direitos fundamentais à luz de nossa Carta Maior, devendo, portanto, submeter-se, inclusive, ao mesmo regime dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Aqui, pouco importa se esses direitos passaram pelo procedimento exigido pelo § 3, do art. 5º (fundamentalidade formal), mas basta o fato de eles estarem previstos em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte (fundamentalidade material). Parece-nos que esse foi o querer do Constituinte Originário quando da positivação do § 2º, do art. 5º, como bem se percebe da fala de Antonio Augusto Cançado Trindade (1987),¹⁶ autor da

¹⁶ Nesse sentido, afirma Antonio Augusto Cançado Trindade: “A disposição do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros

proposta que veio a se positivar no referido dispositivo. Advogam nesta corrente, além do já citado professor Cançado Trindade, Flávia Piovesan (2012), André de Carvalho Ramos (2011), Sidney Guerra (2013), George Rodrigo Bandeira Galindo (2002), Sílvio Dobrowolski (2006), Carlos Weis (2010), e Ingo Wolfgang Sarlet (2010), bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie (no julgamento do RE 466.343), dentre outros.

A terceira corrente, que confere status de legislação ordinária aos referidos tratados, foi capitaneada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do RE 80.004, em 1977, e mantida por muitos anos, inclusive após o advento da Constituição de 1988.

Se já em 1977 pode-se afirmar que a decisão do Supremo foi um passo atrás em matéria de direitos humanos e ia de encontro à disposição expressa da Convenção de Viena, após a promulgação da atual Carta Maior a manutenção desse posicionamento significou muitos passos atrás em matérias de direitos e humanos, cidadania, democracia e

decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente [...] Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional [...] Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o art. 5º(2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992 [...] É esta a interpretação correta do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem, – mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno [...] O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. Os juízes e tribunais nacionais que assim o têm entendido têm, a meu ver, atuado conforme o direito” (1997, p. 30-31).

constitucionalismo. A decisão proferida no HC 72.131, de 1995, pelos ministros do Supremo Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira foi de grande infelicidade, sem falar que foi expressamente inconstitucional, vez que os eminentes julgadores fizeram “vista grossa” ao disposto do art. 5, § 2º, da CF/88. Não se sabe se foi o “lobby” dos bancos (para que se mantivesse a prisão do depositário infiel), ou por qual outro motivo os eminentes ministros votaram dessa maneira, mas o que se sabe é que a referida decisão foi de uma inconstitucionalidade cristalina.

Quanto à doutrina, o que se pode dizer, sem mencionar nomes e remetendo o leitor à comparação dos manuais de direitos fundamentais anteriores a 2008 com os posteriores (do mesmo autor é óbvio), é que alguns doutrinadores até o julgamento do RE 466.343, de 2008, defendiam o status de lei ordinária a esses tratados, passando a defender o duplo grau hierárquico adotado pelo Supremo após esse julgamento, de modo que nos parece que esses doutrinadores na verdade não doutrinam, mas apenas repetem o que pensa o Supremo.

A quarta e última corrente, que defende o status supralegal e infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, isto é, que os referidos tratados estão hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária, foi pioneiramente defendida, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785-RJ, em maio de 2000, reconhecendo a natureza especial conferida aos direitos humanos em face do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88.

Essa posição foi retomada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343 e readaptada à nova disposição constitucional sobre o assunto, introduzida pela EC 45/2004. Assim, seguindo o Min. Gilmar, os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito votaram pelo reconhecimento da hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos que não passarem pelo procedimento do § 3º, do art. 5º e pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos que passarem pelo procedimento do referido dispositivo.

Nada obstante, parece-nos que este último posicionamento, influenciado pela inserção do § 3º, do art. 5º, em nossa Constituição (que veio a introduzir um procedimento de fundamentalização/constitucionalização formal dos direitos humanos) está equivocado em face do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88 (fundamentalidade material). Ocorre que, o § 2º consiste em verdadeira cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, abrindo assim à Constituição a receber novos direitos fundamentais advindos, dentre outras fontes, dos tratados internacionais de direitos humanos, recebendo-os com hierarquia constitucional, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade da Constituição Material. De modo que,

independentemente da fundamentalidade formal, isto é, de passarem pelo procedimento previsto no § 3º, os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário possuem fundamentalidade material, em face do disposto no § 2º, o que lhes confere, indiscutivelmente, hierarquia de norma constitucional.

Deste modo, retomando a discussão do depositário infiel, em razão do disposto no art. 7º, 7, na Convenção Americana de Direitos Humanos, pode-se afirmar que existe um direito humano de não ser submetido à prisão civil, salvo pelo inadimplemento de obrigação alimentícia. Mais ainda, em face do Brasil ser signatário do referido tratado internacional de direitos humanos desde o ano de 1992, pode-se afirmar que desde o ano de 1992 a prisão civil do depositário infiel é inconstitucional porque fere direito humano fundamental, isto é, direito pertencente à Constituição Material, vez que o referido tratado compõe o bloco de constitucionalidade brasileiro. Em suma: considerando o art. 7º, 7, do mencionado tratado e o § 2º, do art. 5º de nossa Constituição, tem-se o seguinte direito fundamental atípico: *direito humano fundamental de não ser submetido à prisão civil, salvo pelo inadimplemento de obrigação alimentícia*.

Mais ainda, há de se reconhecer que o inciso LXVII, do art. 5º, da CF/88, fez a opção clara de proteger o credor de alimentos e o “credor” de um bem que fora confiado a alguém. A primeira hipótese evidentemente quer proteger o direito fundamental à alimentação, já a segunda não nos parece, ao menos *a priori*, querer proteger direito fundamental algum, mas tão somente direito patrimonial, lembrando aqui dos esclarecimentos do professor Luigi Ferrajoli (2011) sobre o assunto. Assim, temos o conflito entre o direito fundamental material de não ser submetido à prisão civil, salvo pelo inadimplemento de obrigação alimentícia, resguardado por um tratado internacional que compõe o bloco de constitucionalidade, e uma disposição constitucional que prevê outra possibilidade de prisão civil que não por dívida alimentícia. Enfatizamos: *possibilidade*. Não vislumbramos neste caso uma obrigação de prender, mas sim uma possibilidade, assim não há dúvidas de que o referido dispositivo constitucional, em que pese seu assento formal na Constituição, deve ser afastado para que seja aplicado imediatamente (§ 1º, do art. 5º) o direito humano fundamental previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além do mais, na esteira do pensamento de Flávia Piovesan (2012), em conflitos entre normas constitucionais, sejam elas formal e materialmente constitucionais, ou só materialmente constitucionais (advindas de tratados de direitos humanos ou do regime e dos princípios constitucionais), deve-se primar pela *norma mais favorável à pessoa humana*, em

face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, vez que o ser humano deve ser considerado o fim maior do Estado.

Há ainda que se enfrentar o argumento exposto pelo professor Gilmar Mendes (2012, p. 457) que, ao advogar pela tese do duplo grau hierárquico dos tratados de direitos humanos, afirma que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos que não passaram pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, da CF/88, poderia constituir “afronta a Supremacia da Constituição”. Bem, a nosso ver, não há que se falar em afronta, pois qualquer interpretação desses direitos humanos se dará levando em consideração, em primeiro lugar, a pessoa humana. Mais ainda, em caso de conflito dessas normas com as normas formais de direito constitucional, deverá ser solucionado pela prevalência norma mais favorável à pessoa humana. Além disso, há de se considerar que a Constituição de 1988 instituiu uma ordem jurídica e política em que a pessoa humana deve ser considerada do início ao fim, em todas as ações do Estado, que se deve guiar pelo valor máximo da dignidade da pessoa humana. Deste modo, não há como concluir outra coisa se não que a Supremacia da Constituição é a *Supremacia da Pessoa Humana*, de sua dignidade e de seus direitos fundamentais.

Assim, defende-se a hierarquia de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, a todos eles, independentemente de terem ou não passado pelo procedimento do § 3º, até mesmo porque, como já dissemos, a inserção de tal dispositivo não foi benéfica ao sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira, no muito foi inútil.

Quanto à aplicabilidade imediata dos direitos humanos fundamentais, defende-se que os referidos tratados, assim que ratificados pelo Presidente da República, ingressam imediatamente no direito brasileiro, dispensando, inclusive, o Decreto de Promulgação, em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º, da CF/88¹⁷. Nesse sentido, a doutrina de Flávia Piovesan (2012), André de Carvalho Ramos (2011) e Antonio Augusto Cançado Trindade (1997), dentre outros.

¹⁷ No que se refere ao procedimento de incorporação dos tratados internacionais de um modo geral, André de Carvalho Ramos, em excelente síntese explica que “o rito de incorporação de um tratado internacional no Brasil passa por quatro fases. A primeira fase é a da assinatura do texto do tratado, a cargo da Chefia do Estado (art. 84, VIII, da CF/88), com o posterior envio do texto ao Congresso por meio de mensagem presidencial que solicita a aprovação congressual (art.49, I). Na fase congressual, há a edição de Decreto Legislativo, *aprovando* a celebração futura do tratado. Após, nasce a terceira fase – agora de incumbência da Chefia do Estado – de promover a celebração do tratado por meio da *ratificação*. Por fim, o tratado – agora válido internacionalmente – é tido como válido internamente com a edição do Decreto de *promulgação* (também chamado Decreto Executivo ou Decreto Presidencial), que compõe a quarta e última fase. As três primeiras fases dizem respeito á formação da vontade de celebrar o tratado; a quarta diz respeito à incorporação do tratado já celebrado. De resto, a Constituição é omissa quanto diz respeito aos prazos para a realização do tratado de cada uma das fases” (2011, p.10-11).

No que se refere à possibilidade de denúncia desses tratados, Flávia Piovesan (2012), em face do disposto no art. 60, § 4º, defende que aqueles tratados que forem submetidos ao procedimento previsto no § 3º, do art. 5º, não podem ser denunciados, pois compõem a Constituição Formal, enquanto aqueles que não tiverem sido submetidos ao referido procedimento, podem ser denunciados, vez que compõem apenas a Constituição Material, entretanto para a referida denúncia há de se ter um procedimento democrático, votado pelo Poder Legislativo. Ressalte-se ainda que, para a autora, o tratado pode ser denunciado, mas os direitos humanos que ele consagra continuam a compor o bloco de constitucionalidade material. Assim, afirma Flávia Piovesan:

Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados [...] Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta [...] Entretanto, embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, § 4º, e não possam ser eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário (PIOVESAN, 2012, p. 139-140).

Já o professor George Rodrigo Bandeira Galindo defende que os tratados de direitos humanos são denunciáveis, contudo lamenta a inexistência de um procedimento complexo e democrático para que isso ocorra. Nada obstante, o autor, assim como a professora Flávia Piovesan, advoga que, apesar dos tratados submeterem-se a denúncia, os direitos humanos que eles consagram “são definitivamente inseridos no *corpus* constitucional brasileiro, permanecendo com estatura hierárquica constitucional” (2002, p. 307).

Por sua vez, o professor André de Carvalho Ramos posiciona-se pela possibilidade da denúncia, independentemente de terem sido os tratados aprovados pelo rito especial do § 3º ou não. Entretanto, defende que se forem aprovados pelo rito do referido dispositivo, devem passar pelo mesmo rito para que possam ser denunciados. Mais ainda, defende que “no caso dos tratados de direitos humanos, em face da matéria vinculada à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), *toda denúncia deve ser apreciada pelo Congresso Nacional*” (2011, p. 16). Além disso, segundo o autor, a denúncia deve passar pela análise da proibição de retrocesso prevista no art. 60, § 4º, da CF/88, devendo os poderes Legislativo e Executivo “levar também em consideração a impossibilidade de diminuir a proteção já outorgada aos indivíduos, graças à incorporação dos citados tratados ao bloco de constitucionalidade” (2011, p. 16).

No que se refere à denúncia, pensamos que, independentemente da possibilidade de se denunciar um tratado de direitos humanos, os direitos por ele consagrados continuam a

compor o bloco de constitucionalidade e continuam a ser direitos fundamentais atípicos, em face da proibição de retrocesso instituída pelo art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Contudo, parece-nos que o constituinte não exigiu procedimento democrático para que se denunciasse um tratado de direitos humanos, o que, a nosso ver, é um erro grave e que precisa ser corrigido o quanto antes para que se fortaleça ainda mais a proteção dos direitos humanos. Especificamente em relação aos tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, da CF/88, em razão do silêncio constitucional, acredita-se que a referida norma deva ser interpretada no sentido de se exigir o mesmo quórum para que se realize a sua denúncia, ao menos até que o Poder Constituinte Reformador regule a matéria.

Considerações finais

A *cláusula de abertura* a novos direitos fundamentais está presente no constitucionalismo brasileiro desde a primeira Constituição republicana, contudo foi com a Constituição de 1988 que ganhou destaque, em face da prevalência da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Mais ainda, foi no âmbito do atual constitucionalismo pátrio que a referida cláusula ganhou seus contornos mais amplos, abrindo a Constituição à recepção de *direitos fundamentais atípicos* advindos de diversas fontes, inclusive de fontes internacionais.

Positivada no § 2º, do art. 5º da CF/88, nossa atual cláusula de abertura identifica três fontes das quais podem advir *direitos fundamentais atípicos*: a) *regime constitucional*, que pode ser compreendido *lato sensu* (sistema constitucional) e *stricto sensu* (sistema de direitos e garantias constitucionais); b) *princípios constitucionais*, compreendidos como sendo os princípios fundamentais do Título I da Constituição, especialmente o *princípio da dignidade da pessoa humana*, considerado matriz de todos os direitos fundamentais, ao menos em alguma medida; e c) *tratados internacionais de direitos humanos* dos quais o Brasil seja signatário.

Das três fontes estabelecidas pelo § 2º, do art. 5º, da CF/88, é possível apontar quatro possibilidades constitucionais de construção e identificação de *direitos fundamentais atípicos*, de modo a identificar quatro espécies desses direitos: a) *direitos fundamentais não enumerados* (direitos e garantias fundamentais positivados expressamente na Constituição, mas fora do Título II); b) *direitos fundamentais implícitos* (direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente na Constituição, mas implicitamente nela contidos); c) *direitos fundamentais atípicos stricto sensu* (direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e

dos princípios adotados pela Constituição); d) *direitos humanos fundamentais* (direitos e garantias fundamentais advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte). Além disso, uma doutrina minoritária aponta uma quinta possibilidade de construção e identificação de novos direitos fundamentais: e) *direitos fundamentais extravagantes* (direitos e garantias fundamentais advindos exclusivamente da legislação infraconstitucional, possibilidade com a qual não concordamos).

Especificamente sobre os tratados internacionais de direitos humanos, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal possui três fases claras no que se refere à hierarquia atribuída a estes documentos. A primeira fase que vai até o ano de 1977 é marcada pela atribuição de um status especial aos tratados internacionais, independentemente de versarem sobre direitos humanos, conferindo-lhes *hierarquia superior à legislação ordinária*. A partir de 1977, com o julgamento do RE 80.004, o STF posiciona-se pela *paridade hierárquica entre a legislação interna e os tratados internacionais*, inclusive os tratados de direitos humanos. Essa posição é mantida mesmo com o advento da Constituição de 1988, contrariando expressamente o § 2º, do art. 5º, de nossa Carta Maior, como se verifica no julgamento do HC 72.131, de 1995, *leading case* em que o Supremo manteve a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde 1992. Por fim, com o advento do § 3º, do art. 5º, pela EC 45/2004 (introduzido com o intuito de reforçar a natureza constitucional dos direitos humanos positivados em tratados internacionais), o Supremo reviu seu posicionamento, ao julgar, em 2008, conjuntamente, o RE 466.343 e o RE 349.703, que também versavam sobre a prisão civil do depositário infiel, conferindo *dupla hierarquia* aos tratados de direitos humanos: *hierarquia constitucional* àqueles que passarem pelo procedimento previsto no referido § 3º e *hierarquia supralegal* aos que não passarem por tal procedimento.

Jurisprudencial e doutrinariamente, pode-se dizer que no Brasil, existem quatro correntes principais acerca do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos: a) doutrina que advoga pelo status *supraconstitucional* desses tratados; b) posicionamento que lhes atribui status *constitucional*; c) vertente que lhes confere o status de *lei ordinária*; e d) corrente que atribui status *supralegal* a esses documentos internacionais.

A Constituição brasileira de 1988, evidentemente, adotou a corrente que confere *hierarquia constitucional* aos tratados de direitos humanos, como se percebe da redação expressa do § 2º, de seu art. 5º, que abre o Texto Maior a direitos fundamentais atípicos advindos de tratados internacionais de direitos humanos, passando esses documentos a compor o bloco de constitucionalidade.

A inserção do § 3º, do art. 5º, da CF/88, em que pese o nobre intuito de Constituinte Reformador de reafirmar o caráter constitucional dos direitos humanos internacionais e corrigir a errônea interpretação de nossa Corte Suprema, só fez confundir a interpretação dos direitos humanos fundamentais, abrindo margem à equivocada interpretação de que haveria dois graus hierárquicos distintos em relação a esses tratados: *hierarquia constitucional* para os tratados que passarem pelo procedimento do aludido dispositivo e *hierarquia supralegal* para os que não passarem pelo referido procedimento. Posição constitucionalmente incorreta, vez que o § 2º é claro em conferir hierarquia constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, compondo assim a Constituição Material, independentemente de eles submeterem-se a um procedimento formal de constitucionalização.

Assim, no caso específico do *depositário infiel* pode-se afirmar que, em razão do Brasil ser signatário da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, desde o ano de 1992, e, em razão dos direitos humanos por ela assegurados comporem o bloco de constitucionalidade brasileiro por exigência expressa do § 2º, do art. 5º, de nossa Constituição, existe um *direito humano fundamental de não ser submetido à prisão civil, salvo pelo inadimplemento de obrigação alimentícia*, conforme redação do art. 7º, 7, do referido tratado.

No que se refere ao *regime jurídico* dos direitos humanos fundamentais, isto é, dos direitos fundamentais atípicos advindos de tratados internacionais de direitos humanos, pode-se afirmar que ele é o mesmo dos direitos fundamentais típicos, inclusive no que se refere à *aplicabilidade imediata*, o que leva a concluir que os referidos tratados dispensam o Decreto de Promulgação, aplicando-se, imediatamente na ordem jurídica interna, após sua ratificação.

Quanto à denúncia, pode-se dizer que, independentemente da possibilidade de se denunciar um tratado de direitos humanos, os direitos por ele consagrados continuam a compor o bloco de constitucionalidade e continuam a ser direitos fundamentais atípicos, em face da proibição de retrocesso instituída pelo art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Adverte-se também que a denúncia desses tratados padece da ausência de um procedimento especial, que deveria existir em razão do princípio democrático e da íntima relação desses tratados com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Especificamente em relação aos tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, da CF/88, em razão do silêncio constitucional, acredita-se que a referida norma deva ser interpretada no sentido de se exigir o mesmo quórum para que se realize a sua denúncia, ao menos até que o Poder Constituinte Reformador regulamente a matéria.

Por fim, reitera-se que a Constituição de 1988 elevou os tratados internacionais de direitos humanos à hierarquia constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade

material. Essa é a interpretação correta da cláusula de abertura insculpida no § 2º, de seu art. 5º, essa é a interpretação que atende aos fins e ao sistema adotado pela Constituição, em especial ao sistema de direitos e garantias fundamentais nela positivado. Mais ainda, essa é a interpretação que atende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e ao princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), dentre outros aos quais a República Federativa do Brasil se comprometeu a seguir e a guiar-se em todas as suas ações, em âmbito nacional e internacional, protegendo e promovendo o ser humano, fim maior do Estado.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de Direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARNETT, Randy E. **The Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment**. Fairfax: Fairfax, 1991. v.1.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Alexandre Walmott; ROMEU, Luciana Campanelli; ROCHA, Altamirando Pereira da. Análise da Jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional: alterações com o advento da EC 45/2004. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, Ano 2, vol. 3, p. 55-76, jul/dez, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direitos e garantias individuais no plano internacional. In: **Assembleia Nacional Constituinte, Atas das Comissões**. vol. I, n. 66 (supl.). Brasília, 27.05.1987.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1997. p. 3-48.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A cláusula de Expansão do Artigo 5º, Parágrafo 2º da Constituição de 1988. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 7, p. 223-260, jan/jun, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Derechos Humanos – doctrina, casos y materiales**: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os Direitos Fundamentais Atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

KUKINA, Sérgio Luíz. O princípio do duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 109, p. 97-112, jan/mar, 2003.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri, SP: Manole, 2004.

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In; TORRES, Ricardo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2012. v.4.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Coimbra: Coimbra, 2005, v.1.

MONTEALEGRE, Hernan. Posición que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos em relación con la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional, posible conflicto entre incompatibles. In: **Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Uruguay: Comisión Internacional de Juristas – Colegio de Abogados del Uruguay, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos:** un ensayo de fundamentación. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13.ed. São Paulo, 2012.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal:** Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.** Rio de Janeiro: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9.ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes: interpretação jusfundamental “pro homine”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 212, 1998. p. 89-94.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001 – Lei 10.358, de 27.12.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.