

1 Introdução

As formas pelas quais se relacionam o direito internacional e o direito interno de cada Estado integrante da sociedade internacional e, mais especificamente, o modo pelo qual são internalizadas as normas internacionais aos sistemas internos destes Estados, é um problema que há décadas vem sendo debatido pela doutrina e pela jurisprudência internacional sem que se tenha alcançado uma solução definitiva. A existência de dois tipos distintos de relações jurídicas, aquela formada entre Estados no plano internacional e aquela que caracteriza o comércio humano, seja entre particulares, seja entre estes e os Estados, assim como o funcionamento das duas ordens jurídicas destinadas a regular tais relações, uma operando no plano da comunidade internacional e outra no âmbito interno dos diversos Estados que a compõem, têm intrigado juristas em todo o mundo. Diversas teorias surgiram para explicar a forma pela qual essas ordens se relacionam, seus efeitos e o escopo de sua aplicação, sem que tenha se chegado a um consenso sobre a melhor técnica de regulação do relacionamento entre o direito internacional e os direitos internos.

Após duas guerras mundiais, a necessidade de assegurar uma ordem internacional apta a proteger e promover os seres humanos, acrescentou um novo vértice ao problema, passando a exigir a análise das relações entre os indivíduos e os Estados integrante da sociedade internacional, aqueles postos no mesmo plano hierárquico destes, e não mais como súditos de uma entidade estatal dotada de poderes absolutos. Para regular essa proteção, uma nova ordem de direitos foi criada, ou melhor, reconhecida e positivada, bebendo das fontes clássicas do direito natural, as normas internacionais de direitos humanos passaram a ganhar uma proeminência cada vez maior, influenciando o ordenamento internacional e, por conseguinte, os ordenamentos internos dos Estados nacionais. Simultaneamente ao final da guerra fria, veio a redemocratização da maior parte

da América Latina, o que implicou na adoção de novas constituições, compatíveis com os ideais Republicanos que passaram a dominar a política no continente.

As novas cartas sul-americanas, refletindo os preceitos de direitos humanos já consagrados internacionalmente, inclusive como reação às constantes violações aos direitos humanos na América Latina durante os regimes de exceção, adotaram como normas fundamentais dos Estados latinos, um regime de proteção e promoção individual e social até então nunca visto no continente. O problema da internalização do direito internacional, em especial, das normas internacionais de direitos humanos ganhou novo relevo, haja vista a necessidade de conciliar a proteção universal dos seres humanos, permitindo a harmonização da proteção internacional do indivíduo com o respeito aos princípios da soberania popular e da supremacia da constituição fundamentais para o conceito de Estado de Direito Democrático.

Com tal intuito, parte significativa das novas constituições, em semelhança com o que se verificou com as leis fundamentais dos Estados europeus do pós-guerra, expressamente previram normas destinadas a viabilizar a integração entre as normas de direito internacional e direito interno. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, contém, em seu artigo 5º, § 2º, determinação pela qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte. Com a consagração do princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, por força do artigo 1º, III, da Carta de 1988, bem como que por dispor o § 1º, do artigo 5º da Constituição da República que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, foi possível a diversos autores defender que a vigência interna dos tratados internacionais de direitos humanos independeria de qualquer ato de internalização, sendo certo que, para estes mesmos autores, estes dispositivos têm a qualidade de norma constitucional. Para tanto, bastaria sua ratificação no plano internacional. Ambas as conclusões, todavia, são desautorizadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quer anterior a promulgação da Carta de 1988, quer a firmada com o advento da nova Lei Fundamental. O presente trabalho visa colaborar com essa discussão, bem como sugerir modos pelo qual se possa assegurar a eficácia das normas internacionais de direitos humanos dentro do Estado brasileiro.

A presente dissertação é estruturada em torno de quatro tópicos ou temas centrais, que são divididos, por sua vez, em seis capítulos, sendo o primeiro a introdução e o último a conclusão. O primeiro consiste em demonstrar a importância da proteção aos direitos humanos, explicando-os e distinguindo-os formalmente dos direitos fundamentais, bem como estes são legitimados pelo valor “dignidade humana”. Para tanto, o presente trabalho pretende demonstrar como a deturpação do positivismo jurídico, inicialmente instrumento de consagração dos direitos humanos, acabou por significar na rejeição do conteúdo moral do direito, dando azo a uma série de arbitrariedades e violações aos direitos individuais e porque isso determinou a necessidade de que, acabada a segunda guerra mundial, fosse resgatado o conteúdo axiológico dos ordenamentos jurídicos positivistas. Esse resgate somente pode ser concretizado a partir da compreensão de que os direitos fundamentais, entendidos como sendo os direitos humanos consagrados pelas constituições de cada Estado, se servem de um modelo de regras, princípios e valores para se tornarem operacionais.

O segundo tema objeto da presente dissertação consiste na análise do papel dos tratados internacionais dentro das fontes de direito internacional, informando a forma pelo qual são celebrados e quais os efeitos que sua conclusão gera, tanto no plano internacional quanto no plano interno. As competências do Congresso Nacional e da Presidência da República no procedimento de celebração de tratados são abordadas, bem como são analisadas as relações entre o direito internacional e o direito interno, principalmente no que toca a internalização dos tratados internacionais. Neste tópico, a posição do Supremo Tribunal Federal é contraposta à doutrina que busca inovar na técnica pela qual são incorporados os tratados internacionais de direitos humanos, equiparando-os a normas fundamentais de hierarquia constitucional.

O terceiro, e principal, tópico cuida da defesa da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela técnica dualista, posição que é fundamentada na necessidade de se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunção com o princípio democrático. A necessidade de promulgação e publicação dos tratados internacionais, bem como o seu *status* formal de lei ordinária, uma vez incorporados é sustentado com base, não só no princípio da supremacia da Constituição, mas, também, no princípio democrático e na autodeterminação individual. A importância da observância ao devido

processo legislativo constitucional decorre não só da dificuldade da identificação de normas universalmente aceitas de direitos humanos como, também, do fato de que, existem tratados internacionais que, formalmente, não têm por escopo a proteção dos direitos humanos, mas que, após um atento escrutínio, revelam essa força. Tais características, ao contrário de dar azo a uma demora injustificada na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, impõe, como se tentará demonstrar a sua imediata promulgação, na forma prevista pelo artigo 65, §7º, da Constituição. A possibilidade de que, apesar de seu status formal de norma infraconstitucional, as normas internacionais incorporadas possam ser consideradas como normas fundamentais fora do catálogo, também é objeto de exame.

O último tópico abordado cuida da tutela judicial conferida pela Constituição brasileira à internalização dos tratados internacionais, sustentando não só a possibilidade de responsabilização do Estado por omissão em legislar, como a de que sejam utilizados o mandado de injunção e de segurança como instrumentos destinados a conferir eficácia aos tratados internacionais de direitos humanos.