

6 Conclusão

A doutrina dualista, seja radical, seja moderada, ainda vige como sendo a técnica mais apropriada a um regime democrático para a internalização das normas internacionais, mesmo que se esteja a tratar de tratados destinados á proteção de direitos humanos. O dualismo é doutrina preponderante mesmo nos países europeus, não existindo na Constituição da República qualquer norma apta a excepcionar a forma de internalização desses tratados das utilizadas para as demais convenções internacionais. O dualismo, na verdade, é a única técnica que permite um controle democrático do procedimento de internalização, permitindo uma conciliação da soberania popular com o respeito às normas internacionais de direitos humanos. Nos casos dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a prática constitucional internacional demonstra que estes somente merecem status constitucional quando a constituição do Estado signatário assim o determine.

A dificuldade em se identificar um conjunto mínimo de valores aceitos como fundamentais por toda a sociedade internacional é uma tarefa, no mínimo, laboriosa, tidas por muitos como de improvável sucesso. Todavia, uma vez feita uma opção política por determinados valores, opção que se encontra materializada na Constituição da República Federativa do Brasil, se impõe que todas as normas editadas a partir da promulgação da Carta seja com elas compatíveis, tanto **formalmente**, como materialmente, sob pena de sua invalidez. Essa assertiva se aplica inclusive às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Impõe-se reconhecer que o processo legislativo democrático aparece como o único meio apto de conferir legitimação à legislação estatal e a toda a atividade exercida pelos agentes do Estado. Assim, as normas convencionais de direitos humanos ao serem internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro o são sob a hierarquia de legislação ordinária. Todavia, nada impede que seja reconhecido o caráter de norma fundamental de referidos dispositivos, o que dependerá da

interpretação do conteúdo dos preceitos incorporados. Solução semelhante é apontada pela doutrina alemã em casos determinados, *verbis*:

Ao lado da Lei Fundamental, a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais* europeia, de 4.11.1950 (BGBl II S. 686), normaliza direitos fundamentais que, conforme o artigo II da Lei sobre a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 7.8.1952 (BGBl II S. 685), são aplicáveis intra-estatalmente como direito (federal). Como a convenção não é “regra geral de Direito Internacional Público” ela não tem parte na primazia dessas regras (artigo 25, frase 2, da Lei Fundamental); ela vale com a força de uma lei federal ordinária...

Essa diferença da força de validade formal, todavia, nada modifica no significado material dos direitos da convenção, que sob o signo do desenvolvimento dos direitos fundamentais atual, que conduz além do âmbito nacional, exclui um isolamento recíproco de direitos fundamentais nacionais e europeus...

... Os direitos fundamentais da convenção coincidem em seu conteúdo, em grande medida, como aquele dos direitos fundamentais da Lei Fundamental.... Eles prevalecem sobre todos os preceitos jurídicos do direito estadual...¹

O fato de formalmente as normas internacionais terem *status* de legislação infraconstitucional, dada a natureza axiológica da Carta de 1988, não impede, caso o exame de seu conteúdo assim permite concluir, de serem consideradas como normas de direitos fundamentais, fora do catálogo, gozando da mesma proteção conferida às demais cláusulas pétreas. Não se pode deixar de se ter em mente que, se o Poder Constituinte Derivado assim o desejar, o caráter de norma fundamental dos tratados de direitos humanos internalizados poderão merecer status de norma constitucional formal, desde que isso reste consignado de forma expressa na Constituição. A fim de reforçar o argumento ora expandido, se afigura vantajoso trazer à colação a redação dada parágrafo 22 do artigo 75 da Constituição da Argentina por reforma realizada em agosto de 1994:

...
Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la

¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp.226 e 227.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: **en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.²

Disso se extrai que, para espancar qualquer dúvida sobre o caráter de norma constitucional ou supra legal das normas de direito internacional de proteção aos direitos humanos, a Constituição Brasileira deve ser modificada para conter norma expressa neste sentido, mudança esta que está em curso no Senado Federal com a aprovação, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do acréscimo de um parágrafo terceiro ao art. 5º da Lei Maior.

O rito de internalização dos tratados internacionais adotado por força da Constituição de 1988 obriga, uma vez que estes sejam ratificados pelo Brasil e em vigor, a sua promulgação no mesmo prazo conferido pela Constituição da República para a promulgação da legislação ordinária. Caso a promulgação e a publicação dos tratados ratificados não se dê dentro de quinze dias a partir da vigência internacional do tratado que o Brasil faz parte, cabe ao Presidente, ou ao Vice-Presidente, do Senado fazer promulgá-los, do mesmo modo como ocorre com a legislação ordinária.

O direito ao devido processo legislativo, antes de uma prerrogativa parlamentar, é um direito constitucionalmente consagrado ao povo, enquanto titular do poder estatal, devendo este contar com instrumentos destinados a garantir a sua observância pelo Congresso Nacional. A Constituição da República confere ao indivíduo, não só o direito de exigir reparação da União Federal pelos danos advindos de sua omissão em internar a norma internacional como, também, prevê dois instrumentos aptos a dar eficácia aos dispositivos convencionais de direitos humanos, o mandado de injunção e o mandado de segurança, que podem ser utilizados, quer para conferir uma normatização provisória apta a permitir o

² <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Argentina/argen94.html>

exercício de um direito fundamental previsto na Carta de 1988 e regulado pela norma convencional, quer para que seja expedida ordem destinada a obrigar a sua internalização. É possível, assim, conciliar a supremacia da Constituição com a necessidade de se conferir aos instrumentos internacionais de direitos humanos a maior eficácia possível.