O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DOS ÓRGÃOS JUDICANTES NO BRASIL – APLICAÇÃO E EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NO DIREITO INTERNACIONAL*

Roberto Vieira de Almeida Rezende**

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relações entre direito internacional e direito interno; 1.1 O dualismo; 1.2 O monismo; 1.3 A supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos; 2 A Constituição brasileira e os tratados internacionais – Monismo, dualismo e/ou supranacionalidade imediata?; 2.1 A posição do tratado no direito interno – A visão conservadora da jurisprudência; 2.2 O papel do poder judiciário na efetivação dos direitos humanos; 3 Os instrumentos processuais disponíveis para a defesa dos direitos humanos reconhecidos na órbita internacional; 3.1 O processo comum; 3.2 A ação civil pública; 3.3 Os remédios constitucionais; 3.3.1 O mandado de segurança; 3.3.2 O *habeas corpus*; 3.3.3 O *habeas data*; 3.3.4 O mandado de injunção; 3.3.5 As ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade; 3.3.6 A ação de inconstitucionalidade por omissão; 4 Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Constitui tema de grande relevância na atualidade a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Afinal, embora a humanidade tenha assistido, durante o século XX, sobretudo a partir do final do segundo conflito mundial, à intensa proliferação de instrumentos e declarações internacionais dessa índole, se verifica que a efetivação dos direitos nestes consagrados ainda é pequena. Portanto, é importantíssimo que se busquem meios para dar plena efetividade aos direitos e garantias previstos em normas

* Resumo de conferência proferida pelo autor na 2ª Reunião Técnica da Organização Internacional do Trabalho para América Latina sobre o tema da Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho nos Países do Mercosul em Buenos Aires, Argentina, em 21.08.2003.

** *Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de Santos. Juiz Assistente de Coordenação da Escola da Magistratura do Trabalho da 2ª Região. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.*

internacionais de direitos humanos, facilitando sua concretização que, afinal, vai de encontro ao anseio de progresso da humanidade.[1]

O Brasil é signatário de diversos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, como a Declaração Universal de 1948 (ONU), a Convenção Americana de Direitos Humanos e a própria Declaração Sociolaboral do Mercosul.

O Texto Constitucional brasileiro não é todo claro a respeito do ingresso e da efetividade dessas normas dentro do ordenamento jurídico nacional. Tampouco há preceito constitucional expresso que elucide qual o grau de hierarquia das normas internacionais gerais dentro do direito interno, o que tem levado a doutrina e os tribunais brasileiros a opiniões dissonantes e, muitas vezes, divorciadas do tratamento diferenciado dado às normas internacionais de direitos humanos, consideradas como especiais pela ordem constitucional.

Portanto, qualquer estudo sobre a questão da aplicação dos direitos humanos previstos em instrumentos internacionais no Brasil deve passar em revista às teorias clássicas do direito internacional sobre os sistemas de ingresso para, em um segundo momento, contrapô-las à teoria da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos.

Feitas estas considerações de índole teórica, será importante verificar quais os postulados teóricos adotados pela Constituição brasileira. Ou seja, será preciso perquirir se a norma constitucional adotou a teoria monista ou a teoria dualista, o primado do direito internacional sobre o direito interno ou vice-versa e, ainda, se houve acolhimento da doutrina da supranacionalidade operativa dos direitos humanos.

Virá então o momento de analisar criticamente as posições conservadoras firmadas sobre a matéria na maioria dos tribunais brasileiros, buscando obter subsídios para propor uma mudança dessa linha interpretativa, a fim de garantir maior efetividade aos direitos humanos. Neste passo, far-se-á uma breve análise do papel do Poder Judiciário na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, importa ainda analisar quais os meios judiciais disponíveis no Direito brasileiro para a exigibilidade dos direitos previstos em instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, focando-os de forma mais acentuada na jurisdição trabalhista.

1 RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

É clássica na doutrina internacionalista a discussão acerca das formas de ingresso do direito internacional no direito nacional. Diante da ausência de uma

1 Sobre a proliferação de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a necessidade de se encontrar meios de torná-los efetivos, remete-se o leitor à seguinte obra: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

norma clara na Constituição Federal sobre a questão, há grande celeuma quanto à adoção do monismo ou do dualismo jurídicos. E, com relação aos direitos humanos, inclui-se ainda no debate a consagração – ou não – de sua supranacionalidade operativa imediata.

Desta feita, imprescindível rever os conceitos das teorias monista e dualista, bem como analisar a supranacionalidade dos direitos humanos a fim de que se definam quais são as principais teses sobre a matéria e quais suas respectivas conseqüências para a defesa judicial de tais direitos.

Cumpre lembrar que não mais se discute, na doutrina internacionalista, acerca da força vinculante dos tratados. Estes obrigam tanto os Estados pactantes quanto seus súditos. O que alimenta o debate é saber qual o exato momento em que um tratado se torna exigível na órbita interna dos Estados. Ademais, discute-se sobre a força vinculante das declarações de direitos para os Estados que as subscrevem e, em caso positivo, qual e em que momento se dá sua operatividade dentro da ordem jurídica interna.[2]

Portanto, é forçoso estudar as teses dualista e monista, bem como a teoria da supranacionalidade operativa dos direitos, para obter subsídios para futuramente se discutir o tratamento do direito internacional dos direitos humanos na ordem constitucional brasileira.

1.1 O dualismo

A doutrina dualista ou paralelista considera o direito internacional e direito interno como dois sistemas jurídicos igualmente válidos, mas distintos, independentes e separados.[3]

A conseqüência lógica da tese dualista é que são necessárias formalidades para que uma norma de direito internacional passe a integrar o acervo das normas estatais. Nas palavras de João Grandino Rodas: "É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional".[4]

Assim, as normas internacionais provêm da vontade comum dos Estados e apenas pela atuação dessa vontade podem ser revogadas ou modificadas. As normas internas decorrem da vontade de um só Estado, podendo ser tocadas pela atuação deste, independentemente de suas obrigações com os demais Estados. Por seu turno,

---

2 GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre direitos humanos. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 710, ano 83, p. 21-31, dez. 1994.

3 BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público*: o Estado em direito das gentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 135.

4 RODAS, João Grandino. Tratados internacionais: conflitos com normas internas. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 74, p. 491-498, 1982.

as normas de direito internacional somente produzem efeitos dentro da ordem jurídica estatal mediante a observância de ritos de forma que, uma vez cumpridos, transformam a norma internacional em norma interna e estatal.[5]

A norma internacional, para valer dentro do Estado, precisa transmudar-se em norma nacional, observando as fórmulas geralmente estabelecidas na lei interna.

A teoria dualista assenta, pois, suas bases na concepção tradicional da soberania estatal. O Estado exerce o poder dentro dos limites de seu território sem intromissão do direito internacional, porque isso resulta de sua própria soberania. A submissão do Estado às normas internacionais sem maiores formalidades implicaria o reconhecimento de uma brecha em sua soberania.

1.2 O monismo

Para a teoria monista, direito internacional e direito nacional compõem uma realidade única. Há assim uma unidade entre ambos, de modo que atuam como um bloco ímpar de normas jurídicas, integradas em um vasto sistema normativo.[6]

Basta a ratificação de um tratado pelo Estado para que suas normas sejam imediatamente incorporadas ao direito nacional. O direito internacional integra o direito interno, sem a necessidade de um ato formal do legislador, ou seja, não é necessária a confecção de uma lei interna especial a dar vigor ao tratado no ordenamento jurídico interno.

O monismo pode ter inspiração jusnaturalista, logicista ou historicista.

Para a primeira corrente de pensamento, a unidade do direito internacional e do direito interno decorre de um elemento de identidade metajurídico. A fixação desse elemento determina o surgimento de diversas vertentes, a saber: o monismo teológico a fixa na criação divina; o monismo subjetivista na consciência de massa dos indivíduos; o monismo axiológico nos ideais de busca prioritária dos valores da Justiça; o monismo sociológico nos imperativos de vida social como fenômeno natural humano.[7]

O monismo logicista abraça o postulado de que a unidade do direito nacional e do direito internacional decorre da unicidade do fenômeno jurídico: o sistema normativo é um todo único. Não se pode admitir, portanto, a existência de dois ou mais sistemas normativos válidos que não se reportem a um fundamento comum: uma ordem jurídica superior. Tendo em vista que não há ordem superior à ordem jurídica internacional e à ordem jurídica interna, resta evidente que ambas compõem uma mesma realidade.[8]

---

5 BOSON, Gerson de Britto Mello. Op. cit., p. 137.

6 Idem.

7 Ibidem.

8 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 362.

Já o monismo historicista afirma que o direito interno e o direito internacional são o produto de uma mesma realidade historicamente apreendida. Sendo o direito parte da evolução histórica, as duas formas de manifestação deste são resultado de um mesmo processo e integram, na verdade, um mesmo ambiente.[9]

Embora as teorias monistas concebam o direito internacional e direito interno como um todo, variam as opiniões de seus adeptos quanto às relações entre ambos. Ou seja, divergem quanto à primazia do direito internacional sobre o direito interno.

Há quem defenda o primado do direito interno sobre o direito internacional, argumentando que este retira sua força obrigatória daquele. De outra parte, há quem advogue a prevalência do direito internacional sobre o direito interno. E, por fim, há aqueles que admitem a coexistência de incompatibilidades entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico internacional, sem que essas lhes retirem a unidade.

1.3 A supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos

Para que seja possível compreender o fenômeno da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos, é indispensável a análise de suas origens: a indivisibilidade e a complementaridade dos direitos humanos, a internacionalização desses direitos e a substituição do constitucionalismo organizacional pelo constitucionalismo material.

A afirmação histórica dos direitos humanos passou por diversas fases.

Na primeira delas, as revoluções burguesas na Europa e a independência das colônias inglesas na América simbolizaram a ruptura com o sistema absolutista-colonialista e consagraram as idéias liberais. O Estado, antes senhor de todas as coisas, tornou-se então um mero garantidor das relações entre particulares. Para que aquele não descumprisse ou extrapolasse seu novo papel, estes deveriam ser protegidos contra intromissões estatais indesejadas.

Sendo assim, no final do século XVIII consagraram-se constitucionalmente as liberdades públicas, servindo o direito constitucional como forma de disciplinar as relações entre o Estado e seus súditos, garantindo a estes o direito de resistir às ações arbitrárias ou abusivas dos governantes.

Os direitos humanos correspondem, neste primeiro momento, ao ideal dos pensadores do Estado moderno, segundo o qual é indispensável criar um espaço de atuação dos particulares, juridicamente protegido por meio da positivação de liberdades públicas, a fim de se facilitar a implantação do sistema capitalista com a livre circulação de bens e riquezas.

---

9 GUÉTZÉVITCH, Mirkine. *Modernas tendências del derecho constitucional*. Madri: Réus, 1934, p. 53. Apud BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público*: o Estado em direito das gentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140-1.

O liberalismo desenfreado teve, contudo, fortes impactos na área social. A Europa vivenciou, a partir do final do século XIX, grandes crises sociais. Como produto desse momento, há o surgimento dos movimentos sociais de massa e das doutrinas socialistas. No início do século XX, o mundo assistiu à vitória das idéias marxistas na Rússia e sua progressiva expansão entre os movimentos sindicais na Europa e na América.

O temor da difusão do socialismo real levou o capitalismo a rever as bases do Estado liberal, de tal sorte que foi admitida certa dose de intervencionismo estatal com o intuito de se promover condições mínimas de igualdade entre os indivíduos e apaziguar os ânimos no seio da sociedade.

O substrato mais importante destas concessões foi a elevação de garantias de cunho socioeconômico ao *standard* jurídico de direito fundamental do ser humano. Surgem, assim, os direitos sociais que vislumbram o poder do indivíduo de cobrar do Estado prestações positivas no sentido de garantir-lhe um patamar mínimo de igualdade aos demais membros da sociedade e de permitir-lhe avançar na melhoria das suas condições sociais. Decorrem, pois, da vida do homem em sociedade.

A Segunda Guerra Mundial alertou a humanidade sobre a necessidade de se promover a integração e o respeito entre os diversos povos do planeta, mormente diante das atrocidades cometidas pelas políticas racistas do nazifascismo. Ademais, com a superação das dificuldades econômicas do pós-guerra, os países da Europa Ocidental passaram a integrar o grupo de países de capitalismo avançado. Ao lado destes, observa-se a formação de um grande contingente de países periféricos, em que as condições de vida de grande parte da população não atingem os limites mínimos da dignidade humana. Por essa razão, o mundo assiste ao aparecimento de uma nova categoria de direitos humanos: os direitos de solidariedade. Sua função é garantir a convivência solidária entre os povos, promover a ajuda humanitária e a consolidação da paz universal.

Esta compartimentação dos direitos humanos em diversas fases ou gerações, embora tenha tido o mérito de auxiliar a compreensão de sua afirmação histórica, por vezes, conduziu os estudiosos a encará-los como realidades estanques.[10]

Uma correta interpretação da evolução histórica dos direitos humanos impõe o reconhecimento de sua indivisibilidade e de sua complementaridade. A liberdade individual não se realiza efetivamente sem a consagração da igualdade. A segunda geração de direitos humanos representa, assim, uma complementação necessária aos direitos de liberdade. Estas duas realidades se somam. Para concretizá-las ainda mais, a humanidade evolui para os direitos de solidariedade. Sem a igualdade de oportunidades sociais a liberdade dos indivíduos de nada vale. Por seu turno, sem o progresso da humanidade como um todo, não há efetiva igualdade.[11]

---

10 BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos*: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1.

11 BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 464-5.

São estas as razões que permitem afirmar que, "na realidade histórica, as ditas *gerações de direitos* não são senão um crescendo contínuo no implemento das condições de realização de todo o ser humano em todos os indivíduos humanos". E mais: "No fundo, não há gerações senão na percepção didática dos momentos e picos da evolução, mas na realidade dessa evolução houve, como está e continuará havendo, uma geração contínua de direitos humanos, em que os direitos do indivíduo se tornam e se tornarão sempre mais direitos de todos os indivíduos, sempre mais difusos por toda a humanidade, pela força cada vez maior de sua comunidade".[12]

Ademais, imperativo assinalar que o fim último dos direitos humanos é o homem e este não pode ser dividido em sua essência, segundo as relações que mantém com o Estado, com os demais indivíduos e com o povo do qual faz parte em relação aos demais povos. Se o ser humano é indivisível e destinatário único dos direitos humanos, estes também não podem ser dissociados, operando em um bloco sempre complementar e auto-referencial.[13]

Da própria evolução histórica dos direitos humanos resulta o princípio da complementaridade; princípio esse que foi reconhecido pela Conferência Mundial de Direitos de Humanos de 1993. Sendo assim, os direitos humanos são universais e interagem entre si, complementando-se e recriando-se constantemente.[14]

Ao lado da complementaridade e indivisibilidade dos direitos humanos, a partir da segunda metade do século XX, é incontestável sua internacionalização. Esta pode e deve ser vista como um fato cultural, filosófico, político e jurídico de formação de um consenso generalizado em torno dos direitos humanos.[15]

De outra parte, tanto as declarações como pactos, tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos reclamam uma valoração como símbolos da quebra do positivismo voluntarista. Sendo assim, as declarações de direitos demonstram que o fundamento último destes não está na vontade estatal ou nas fontes jurídicas estatais.[16]

Disto resultam duas conclusões. Primeiramente, torna-se possível afirmar que a comunidade internacional organizada e o direito internacional assumiram os direitos humanos como um conteúdo primordial do bem comum internacional, de modo que o homem se converteu em um sujeito do direito internacional público e os Estados em responsáveis internacionais por suas políticas na matéria. Em segundo lugar, a normatividade dos direitos humanos já não é exclusividade dos Estados,

---

12 BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 465.

13 Sobre auto-referência nos sistemas jurídicos, remeta-se o leitor à seguinte obra: TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53-55.

15 BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 415.

16 BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit., p. 415-6.

mas também simultaneamente própria do direito internacional e de seus órgãos, o que força admitir uma dualidade de fontes.[17]

Por outro lado, quando da consagração dos princípios do ideário liberal, as constituições assumiram um papel preponderantemente formal, cuidando, ao lado do estabelecimento das liberdades públicas, da divisão de poderes e competências. Esta preocupação formal era condição do implemento das liberdades: delimitar o poder e suas prerrogativas para que os indivíduos pudessem contra ele resistir. Houve, então, uma valorização do chamado constitucionalismo organizacional, cuja característica primordial era delimitar a atuação dos governos e também dos órgãos judicantes.[18]

Esta tendência do constitucionalismo foi gradativamente substituída quando do reconhecimento dos direitos sociais, que visavam a garantir a igualdade de oportunidades entre os indivíduos socialmente desiguais. Embora as constituições ainda destinem parte de seu texto à separação de poderes e demarcação de competências, nota-se um enfoque mais detido nas suas características materiais. Não mais são as constituições apenas retratos da positivação de direitos de liberdade, senão destes e dos direitos de igualdade, sendo preciso estabelecer regras e princípios que operacionalizem a fruição de ambos. Eis o constitucionalismo material.

O reconhecimento da indivisibilidade e da complementaridade dos direitos humanos, aliado às necessidades de sua efetivação verificadas no campo do constitucionalismo material, importa o surgimento da teoria de sua supranacionalidade operativa imediata.

Considerando a natureza ontológica dos direitos humanos – e, muitas vezes, acolhendo até fundamentos jusnaturalistas –, parte da doutrina passou a sustentar que os direitos humanos reconhecidos na órbita internacional são de cumprimento obrigatório e imediato pelos Estados, independentemente de maiores formalidades, como conseqüência de sua participação na comunidade internacional.

Neste sentido, frisa Agustín Gordillo, ao estudar a supranacionalidade operativa imediata da Convenção América de Direitos Humanos no Direito argentino, que o preço de ser parte da comunidade internacional é reconhecer o respeito a suas normas mínimas de convivência e comportamento pelo menos no plano interno. Assim como uma pessoa de vida dissoluta não é aceita em sociedade, assim também ocorre com o Estado que se recusa a viver na austeridade e no autocontrole com permanente respeito aos direitos humanos. Deve o Estado assumir, por meio de seus cidadãos e de todos os seus poderes, a obrigação de rechaçar a validade de qualquer violação ou descumprimento interno dos direitos humanos.[19]

---

17 BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit., p. 416-7.

18 Não se pode esquecer que, na Europa, os órgãos do Poder Judiciário, durante o Absolutismo, atuavam em nome do monarca. Isso explica a preocupação das declarações de direitos e das primeiras constituições em separar e delimitar os poderes, inclusive as competências administrativas, legislativas e judiciais.

19 GORDILLO, Agustín et al. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. III-11.

Sendo assim, o direito internacional dos direitos humanos é direito imediatamente exigível, devendo ser respeitado por toda a comunidade internacional e cada um dos Estados que dela tomam parte.

A supranacionalidade operativa do direito internacional dos direitos humanos determina que este ingressa no ordenamento estatal automaticamente, sem necessidade de uma fonte interna que o incorpore. A partir de então, direito internacional e direito interno estão inseparavelmente jungidos, configurando um plexo unitário.[20]

Ademais, é princípio do direito internacional que os estados ajam de boa-fé em direito das gentes. Portanto, aceitando um tratado internacional, mormente em matéria tão importante quanto os direitos humanos, o Estado assume a obrigação de cumpri-lo, não podendo invocar, posteriormente, obstáculos constitucionais.[21]

Este é, inclusive, o mandamento do art. 27 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados do qual o Brasil é parte: um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de um tratado.

A Constituição portuguesa de 1976 foi uma das primeiras a acolher a tese da supranacionalidade operativa dos direitos humanos. Em seu art. 16, nº 1, reza que os direitos fundamentais consagrados não excluem quaisquer outros constantes das leis e regras de direito internacional. Este dispositivo é complementado pelo seguinte, que afirma que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sobre esta recepção da Declaração Universal pela Constituição portuguesa, escreve Jorge Miranda que "a função do art. 26, nº 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica estadual positiva, situa-se no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a constituição dos princípios e valores da declaração, como parte essencial da idéia de direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática".[22]

Assinala Antônio Augusto Cançado Trindade que o art. 25 da Constituição alemã, segundo o qual as normas gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal, sobrepondo-se às leis e constituindo fontes de direitos e obrigações para os habitantes do território federal, também pode ser interpretado

20 BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit., p. 418-9.

21 GORDILLO, Agustín et al. Op. cit., p. III-11.

22 MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição portuguesa: um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 199: I-VI, p. 1-20, 1995.

no sentido de que engloba os instrumentos consagrados no campo da proteção internacional dos direitos humanos.[23]

O retorno de diversos países latino-americanos à democracia, experimentado a partir da quarta parte do século XX, fez com que diversas constituições também adotassem disposições semelhantes às supracitadas. Dentre elas podem-se destacar a Constituição peruana de 1978 (art. 105), a guatemalteca de 1985 (art. 46), a nicaragüense de 1987 (art. 46) e a colombiana de 1991 (art. 93).[24]

Até o momento, o sistema americano de proteção aos direitos humanos ousou pouco. Ainda não se logrou a admissão da jurisdição internacional na matéria em todos os países signatários da Convenção Americana e do Pacto de São José da Costa Rica. Entretanto, paradoxalmente, avanços são previstos nesta área com as discussões que já se travam com relação à possibilidade de demanda direta do cidadão junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos quando esgotados os meios de defesa dentro da jurisdição estatal a que estiver submetida.

Atualmente, o regime de direitos humanos previstos na Convenção Européia representa a mais importante experiência prática referente à supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos.

O processo de evolução europeu, em matéria de direitos humanos, reconhece a vigência de uma ordem jurídica supranacional tanto na própria Convenção Européia como nos textos de direito comunitário.[25]

O sistema europeu reconhece, ainda, a existência de um tribunal supranacional, no qual há possibilidade de serem apresentadas demandas pelos próprios interessados. A autoridade, nas Comunidades Européias, da teoria da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos não pode ser questionada.

Cuida-se de estabelecer um *standard* mínimo e comum de liberdade em todo espaço europeu, acima tanto dos Estados quanto de seus regimes políticos, bem como de seus sistemas e tradições jurídicas.[26]

De todas essas concepções resta clara a reafirmação do postulado de supranacionalidade e operatividade imediata dos direitos humanos por seu próprio fundamento ontológico: a proteção do ser humano em todas as suas dimensões. É imperioso acrescer que, diante da teoria da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, a antiga – senão antiquada – discussão entre monistas e dualistas é uma celeuma estéril.[27]

---

23 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 84/86, p. 47-68, dez. 1992/maio 1993.

24 Idem.

25 GORDILLO, Agustín et al. Op. cit., p. III-12.

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madri: Civitas, 1983, p. 27.

27 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. I, 1997, p. 431-2.

2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS – MONISMO, DUALISMO E/OU SUPRANACIONALIDADE IMEDIATA?

Como bem lembra Mónica Pinto, tradicionalmente, o direito internacional reservou às legislações nacionais, em geral às normas constitucionais, a decisão sobre a forma de integração do direito internacional à ordem jurídica estatal.[28]

O Texto Constitucional brasileiro não é claro quanto ao critério de integração da norma internacional, uma vez que não há qualquer regra ou princípio explicitando a adoção de postulados monistas ou dualistas. Limita-se a Constituição a dar ao Presidente da República a competência para celebrar tratados internacionais em seu art. 84, inciso VIII, e a conferir ao Poder Legislativo o poder de aprovar o ato, na forma de seu art. 49, inciso I. Aprovado o tratado internacional, exige-se sua publicação, na forma de decreto legislativo, em idioma nacional, para que passe a integrar definitivamente o acervo normativo nacional.

Diante deste hiato constitucional, a doutrina tem-se dividido entre aqueles que apregoam a adoção da tese dualista e aqueles que advogam a aceitação da teoria monista pela Constituição da República. Esta discussão tem importantes conseqüências práticas, especialmente no que se refere ao primado do direito internacional sobre o direito interno.

Afirmam os primeiros que a Constituição brasileira demonstra uma tendência dualista ao exigir a formalidade de aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e sua publicação pela via do decreto legislativo. Nesta linha de pensamento, escreve Luiz Flávio Gomes que o direito constitucional brasileiro não se contenta com a simples ratificação do tratado, exigindo formalidades legais específicas para a positivação do texto internacional. Não deixa de lembrar o autor que não se exige, porém, lei formal que reproduza o tratado internacional. Assevera, assim, que a tendência é de um dualismo moderado e não extremado.[29]

Já Arnaldo Süssekind sustenta que a ausência de exigência de uma lei formal torna evidente que o Brasil adotou a tese monista, sendo suficiente a ratificação do tratado para que o texto de direito internacional passe a compor o direito interno. Aduz que a Constituição de 1988 adotou a teoria monista, em virtude da qual o tratado ratificado complementa, altera ou revoga o direito interno, desde que se cuide de norma auto-executável com plena vigência na órbita internacional. Lembra, ainda, com propriedade, que o Texto Constitucional prevê expressamente, em seu art. 105, inciso III, alínea *a*, o cabimento de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça das decisões judiciais que contrariem tratados internacionais ou lhes neguem vigência, o que reforça a idéia da desnecessidade de uma lei especial ou formal para a vigência dos tratados no ordenamento jurídico interno.[30]

---

28 PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Del Porto, 1997, p. 63.

29 GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 21-31.

30 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 68-9.

Esta posição parece ser a mais correta. Não se pode dizer que a Constituição brasileira tenha uma tendência dualista no tratamento dispensado aos tratados internacionais, porquanto não exige, para sua validade no ordenamento jurídico interno, da transformação de seu texto em lei em sentido formal, sendo suficiente sua publicação em idioma nacional na forma de decreto legislativo. A tendência é, pois, de um monismo moderado.

Disto resulta que a norma internacional, uma vez integrada ao direito interno, revoga as disposições que lhe forem contrárias. Ademais, mesmo nos casos em que a norma internacional não revogue o direito nacional, poderá ter ação informadora, complementando-o.

Sendo assim, há um primado do direito internacional sobre o direito interno que é o resultado da unidade do sistema jurídico admitida pela Constituição brasileira.[31]

Contudo, impõe-se assinalar que a adoção da teoria monista dirige-se aos tratados internacionais de caráter genérico, pois, diante do quanto previsto no seu art. 5°, §§ 1° e 2°, a Constituição Federal de 1988 deu guarida à teoria da supranaciolidade operativa imediata em matéria de direitos humanos.

A norma constitucional brasileira é explícita no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5°, § 2°).

Não bastasse a automática integração das normas de direitos fundamentais firmadas no âmbito internacional ao acervo do direito estatal brasileiro, estas passam a ter aplicação imediata (art. 5°, § 1°).

---

31 Entende-se assim equivocado o entendimento dos tribunais superiores brasileiros firmado em sentido diverso. Diversas passagens do texto constitucional permitem reconhecer uma primazia do direito internacional sobre o direito interno. Exemplo patente é norma constitucional que discorre sobre a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, *caput*), que assim reza: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, *abrangidos os entes de direito público externo* e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes das relações de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas" (grifou-se). Lembra Wagner D. Giglio (*Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30-6) que uma literal e peremptória análise do art. 114 da Constituição poderia levar o intérprete a crer que o Estado brasileiro deixou de cumprir, a partir da promulgação do texto, em 05.10.1988, o compromisso de respeitar a imunidade de jurisdição das missões e agentes diplomáticos ou mesmo de organismos internacionais. No entanto, o legislador constituinte apenas atribuiu competência para o juízo trabalhista apreciar se há ou não alguma exceção prevista em instrumento internacional que afaste a imunidade de jurisdição ou mesmo se há ou não renúncia a este direito por parte do Estado ou ente internacional acionado. Isto se deve ao fato de que o art. 114 da Constituição deve ser interpretado de acordo com as disposições da Convenção de Viena, colocada em vigor no Brasil pelo Decreto Legislativo n° 103, de 18.11.1964. Note-se, então, que a Constituição Federal de 05.10.1988, posterior à vigência da Convenção de Viena no Brasil (18.11.1964), a esta observou. Há primado das normas da citada convenção internacional sobre o direito interno, inclusive de índole constitucional. Demonstra-se, desta maneira, que o direito internacional tem preferência sobre o direito nacional no Brasil.

Uma interpretação sistemática da Constituição brasileira reforça ainda mais a idéia da adoção da teoria da supranacionalidade operativa dos direitos humanos oriundos de tratados internacionais. O § 2° do art. 5° supracitado diz que também são objeto de recolha pelo rol de direitos e garantias fundamentais aqueles decorrentes dos princípios consagrados pela própria Constituição. Entendendo-se que os princípios são norma jurídica, estes prescrevem, proíbem ou facultam condutas. O art. 4° do Texto Constitucional não deixa margem a dúvida, o Estado brasileiro, nas relações internacionais, rege-se pela observância de diversos princípios, dentre os quais se destaca o da prevalência dos direitos humanos.

Sendo a Constituição um todo harmônico, evidente está que os preceitos dos §§ 1° e 2° do seu art. 5° não são mera remissão à possibilidade de admissão de novas normas de direitos fundamentais, oriundas de tratados internacionais, mediante sua aprovação por meio de ratificação ou mesmo elaboração de emenda constitucional. Ao revés, há uma patente exceção em matéria de direitos humanos: não há necessidade de ratificação do tratado. Este integra o ordenamento jurídico interno com a simples assinatura do Presidente da República e passa a ser imediatamente exigível. Trata-se de uma total adesão à teoria da supranacionalidade operativa dos direitos humanos.

Sendo dispensável a ratificação da norma internacional de direitos humanos, torna-se também indiscutível que a expressão "tratados internacionais", utilizada pela prescrição constitucional, engloba não apenas os tratados em sentido formal, senão também outros instrumentos sobre a matéria como as declarações de direitos das quais o Brasil seja signatário.

Mister acrescentar ainda que o ingresso automático coloca as normas internacionais de direitos humanos em um patamar especial dentro do direito nacional. O texto do § 2° do art. 5° é claro no sentido de que estes direitos, uma vez integrados ao patrimônio jurídico interno, passam a fazer parte do núcleo duro da Constituição, não podendo sequer ser tocados por meio de emenda constitucional posterior.

Sobre esta matéria assinala Carol Proner que a Constituição de 1988 representa um marco jurídico de transição democrática de institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Sendo assim, a interpretação do seu art. 5°, § 2°, demonstra que o Texto Constitucional inclui no rol dos direitos constitucionais protegidos os direitos previstos em tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte. Constituem, pois, cláusula pétrea e não podem ser suprimidos nem mesmo por meio de emenda constitucional (art. 60, § 4°).[32]

Desta sorte, aderindo o Brasil a uma norma internacional de direitos humanos, esta ingressa no ordenamento jurídico interno como norma constitucional do mais alto grau, ampliando o rol de direitos e garantias fundamentais anteriormente previsto.

---

32 PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos*: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 157.

Aqueles que não admitem a tese da supranaciolidade operativa imediata dos direitos humanos lançam duas objeções básicas, sendo uma de índole material e outra de caráter formal, sempre calcadas em problemas relativos ao poder constituinte derivado.

Pela primeira, partindo-se da idéia consagrada pela doutrina alemã de que a Constituição, no sentido material, é fruto de um consenso entre os diversos grupos que compõem a sociedade civil, representados pelos legisladores constituintes originários no ato de sua confecção, seria um equívoco, senão um perigo, conferir a uma única pessoa – o Presidente da República – poderes constituintes derivados, especialmente para a fixação de cláusulas pétreas constitucionais.[33]

Pela segunda, esta concessão estaria em franco desalinho com o sistema de emendas constitucionais previsto inclusive para as cláusulas constitucionais não abarcadas pela proteção especial do art. 60, § 4°, inciso IV, da Constituição. Haveria, pois, desordem com a Constituição: em sentido formal, a adoção de cláusulas pétreas sem a observância do processo de emenda constitucional (art. 60, §§ 2° e 3°).

Estas contradições na adoção do sistema da supranaciolidade operativa imediata dos direitos humanos, entretanto, são apenas aparentes, não se sustentando diante de uma análise mais aprofundada da Constituição como um todo unívoco de forma e conteúdo.

Se, do ponto de vista material, a Constituição é fruto de um consenso, não é menos verdade que ela também representa os anseios dos cidadãos com relação a direitos e garantias fundamentais. Aliás, é pacífico na doutrina que as constituições modernas têm entre os fatores determinantes de seu surgimento a necessidade de positivação das garantias fundamentais dos cidadãos. Portanto, materialmente a Constituição também representa a tentativa de ampliação incessante das liberdades e garantias do cidadão. Sob este prisma, não há qualquer perigo em conferir ao Presidente da República poderes para ampliar o elenco de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previsto sem maiores formalidades. O art. 5°, § 2°, do Texto Constitucional de 1988 permite que, pela via da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, ingressem na ordem constitucional, com nível de cláusulas pétreas, apenas ampliações do rol de direitos e garantias fundamentais já existentes, não comportando alterações *in pejus*. Isto demonstra que o consenso informador do conteúdo constitucional originário foi no sentido de endossar o aumento das liberdades públicas, das garantias sociais, econômicas e culturais. Por conseqüência, seria absurda qualquer interpretação que conduzisse à exigência de um processo de emenda constitucional detalhado para que o cidadão tivesse um ganho de extensão nos seus direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, a primeira

33 Sobre a Constituição em sentido material e o papel dos direitos fundamentais: SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Allianza, 1982, p. 167-9.

objeção queda rechaçada, por um princípio básico de hermenêutica: nenhuma interpretação pode levar ao absurdo.[34]

Não é demais lembrar as lúcidas considerações de José Joaquim Gomes Canotilho que, escrevendo acerca da matéria na Constituição portuguesa, assim se manifestou: "O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente que ser incorporadas na Constituição pelo poder constituinte".[35]

De outra parte, não cabe conceber a Constituição senão como um sistema aberto de princípios e regras, apto a revelar direitos, inclusive não nele declarados, que lhe sejam complementares por estarem em consonância com sua ideologia, sua filosofia e seu espírito. Desta forma, uma Constituição pode resguardar, explícita ou implicitamente, direitos não incluídos no rol dos nela declarados expressamente.[36]

Por outro lado, adotando-se a teoria kelsiniana segundo a qual toda norma jurídica deve ser encarada com um esquema de interpretação, tem-se que a Constituição, no sentido formal, consiste em um regime de distribuição de competências autocoordenado. Portanto, o art. 5°, § 2°, da Constituição brasileira dispõe sobre uma modalidade específica de emenda constitucional que prevalece sobre a modalidade geral do seu art. 60, §§ 2° e 3°. Ademais, o art. 5°, § 2°, traria ainda uma proibição específica de denúncia de tratados de direitos humanos, pois, ao fazer de seu conteúdo cláusula pétrea constitucional, não deixaria espaço para que o Estado brasileiro renunciasse ao instrumento, quer na órbita interna como externa. Não há a propalada incompatibilidade entre o ingresso das normas de direitos humanos e o sistema de emenda constitucional.[37]

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5°, § 2°, abraçou completamente a teoria da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, prevendo sistema

---

34 A Constituição brasileira é rígida quanto aos procedimentos exigidos para alteração de suas disposições. Na forma do seu art. 60, a proposta de emenda constitucional pode ser feita pelo Presidente da República, por no mínimo dois terços dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado e, ainda, por mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação. Ademais, a proposta se sujeita a dois turnos de discussão e votação, somente sendo aprovada se lograr três quintos (3/5) dos votos nas duas casas que compõem o Congresso Nacional. Como se vê, cuida-se de processo político extremamente complexo, não sendo correto afirmar que seria indispensável subordinar o aumento das garantias do cidadão a essas formalidades.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 68.

36 BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit., p. 411-413.

37 Sobre a norma como esquema de interpretação: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 3-10. Sobre a impossibilidade de denúncia da norma internacional de direitos humanos, há raciocínio diverso, segundo o qual o tratado poderia ser denunciado, embora os direitos e garantias nele previstos permaneçam irremediavelmente incorporados no rol constitucional. Para um detalhamento desta posição, reporte-se o leitor ao seguinte estudo: GARCIA, Maria. Os tratados internacionais sobre direitos humanos e a constituição. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 20-21, caderno 1. p. 600-602, 2ª quinzena de out. 2001.

próprio e simplificado de emenda constitucional nessa matéria em benefício da ampliação constante da lista dos direitos e garantias fundamentais.

2.1 A posição do tratado no direito interno – a visão conservadora da jurisprudência

Lembra Alexandre de Almeida Cardoso que a ordem constitucional brasileira padece ainda da falta de um tratamento expresso sobre a hierarquia dos tratados em face de suas leis internas, ficando a solução desta questão nas mãos da jurisprudência.[38]

O Supremo Tribunal Federal, ao ser chamado a se pronunciar sobre questão, entendeu que o tratado (Convenção de Genebra) se incorpora ao Direito brasileiro no mesmo patamar da lei ordinária. Desta maneira, a lei interna posterior pode excluir a vigência do instrumento internacional, ainda que este não tenha sido formalmente denunciado pelo Brasil.[39]

Ademais, segundo essa concepção, o tratado internacional subordina-se à Constituição. Esta corrente de pensamento funda-se na idéia de que a preservação do Estado impõe que a autoridade de sua lei fundamental seja imperativa, ainda que isso signifique a prática de um ilícito internacional.[40]

A decisão acima comentada, contudo, não mereceu aplauso da doutrina. Muitas manifestações de internacionalistas de peso asseveraram que os fundamentos nela invocados para sustentar a posição de lei ordinária dos tratados internacionais na ordem hierárquica do direito interno foram, por vezes, diversos ou mesmo contraditórios. Por outro lado, tal decisão permite que o legislador interno revogue o tratado, mesmo quando não denunciado formalmente na órbita internacional, o que poderia causar sérios impactos na responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Ademais, abriu-se uma porta para que as decisões judiciais, calcadas no princípio hermenêutico clássico, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior, negue vigência a tratados não denunciados expressamente, colocando também o país em posição desconfortável perante a comunidade internacional.[41]

---

38 CARDOSO, Alexandre de Almeida. Os tratados existentes e as relações trabalhistas e previdenciárias. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (coord.). *Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998, p. 212.

39 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 80004/SE (Tribunal Pleno), Relator Ministro Cunha Peixoto. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Aval aposto à nota promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.10.1969. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília, v. 83, p. 809-848, mar. 1978.

40 REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 104.

41 MAGALHÃES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional. In: *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 61-66, p. 56-7, 1980.

De fato, o melhor entendimento é aquele que afirma que o Estado, ao obrigar-se internacionalmente, o faz como ente único, pois a divisão de poderes no plano interno não gera efeitos no plano internacional. Sendo assim, o Poder Judiciário, fazendo parte do Estado e agindo em seu nome, também se encontra obrigado a dar cumprimento aos tratados internacionais. Portanto, ao permitir que um tratado seja revogado no plano interno sem sua denúncia formal no plano externo, o Poder Judiciário estaria colocando o País em situação de ilícito internacional.[42]

Após o RE 80004, poucas decisões são encontradas nas quais os tribunais superiores brasileiros pronunciaram-se novamente sobre a matéria. Todavia, estes novos acórdãos não renovaram a ótica interpretativa dos tratados internacionais e tampouco apreciaram a questão relativa à adoção, pela Constituição da República, da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos. Registra-se divergência entre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio interpretativo a ser aplicado nos conflitos entre o tratado internacional e o direito interno, não havendo efetiva discussão quanto à hierarquia do tratado no direito interno ou mesmo em relação à recepção imediata dos tratados de direitos humanos em nível constitucional.[43]

Em julgamento proferido recentemente acerca da possibilidade da prisão civil de depositário infiel diante das previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, o Supremo Tribunal Federal reafirma que o tratado internacional subordina-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, qual uma lei ordinária. Autorizando o texto constitucional a prisão civil do depositário infiel, o tratado internacional não se aplica no que lhe for incompatível. Sendo assim, a lei especial prevalece sobre a geral no plano interno.[44]

Decidindo a mesma matéria, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, por ser lei ordinária, o tratado internacional tem o poder de revogar a lei interna anterior sobre a matéria. Ainda que a Constituição Federal permita a prisão civil do depositário infiel, a norma que lhe regulava no País, ou seja, o art. 1.287 do Código Civil de 1916, foi derrogada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem a mesma hierarquia no elenco das leis internas. Utiliza-se outra regra de solução de antinomia clássica: a lei posterior revoga a anterior.[45]

---

42 MAGALHÃES, José Carlos. Op. cit., p. 56-7.

43 As decisões de ambos os tribunais chegam à conclusão de que a norma internacional ingressa no direito interno no patamar de lei ordinária, pois há sujeição do tratado à Constituição. Essa idéia de subordinação das normas internacionais à lei fundamental decorre da interpretação do art. 102, inciso III, alínea *b*, da Constituição, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de tratados.

44 Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, *Habeas corpus* RHC 80035/SC, Relator Ministro Celso Mello, J. 21.11.2000. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=Depositário+Infiel&u=/netahtml/jurisp.html&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=BLANK&p=1&r=14&f=G&l=20>. Acesso em 14.08.2003.

45 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 149.518/GO, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, J. 05.05.1999. Disponível em: <http://

Contudo, seguindo-se esses critérios interpretativos e mantendo o tratado internacional, mormente quando versam sobre direitos humanos, no nível de lei ordinária, os tribunais superiores adotam posição conservadora, ignorando a adoção pela Constituição brasileira da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos.

Os critérios interpretativos sobre os quais se debruçam os dois tribunais acima citados não têm sustentação diante da supranacionalidade operativa imediata das normas de direitos humanos. Afinal, ingressando a norma internacional relativa a direitos fundamentais como norma constitucional de primeira grandeza, é evidente que derroga todas as disposições de direito nacional que lhe sejam contrárias. Ademais, surge impedimento para que se legisle em sentido contrário aos seus mandamentos e princípios: haveria inconstitucionalidade da norma inferior interna que contradissesse a norma internacional constitucionalizada.

Evidente que, não sendo o tratado de direitos humanos uma norma ordinária dentro do direito interno, não poderiam ser utilizados os critérios da *lex specialis derogat generali* e da *lex posterior derogat priori*. As decisões judiciais que apreciam questões que envolvem direitos fundamentais previstos em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é parte, socorrendo-se desses princípios hermenêuticos, não são sensíveis ao mandamento constitucional de supranacionalidade operativa dos direitos humanos e padecem, assim, do terrível equívoco de equiparar as garantias previstas naqueles instrumentos à lei ordinária.

Admitida a idéia da supranacionalidade operativa dos direitos humanos como parte da ordem constitucional brasileira, haveria uma inversão dos critérios interpretativos.

Cuidando-se de conflito entre regras constitucionais, a solução seria encontrada pela aplicação daquela mais benéfica ao indivíduo, destinatário último e principal de toda e qualquer proteção contida nas normas de direitos fundamentais.[46]

Havendo conflito entre as normas internacionais de direitos fundamentais e as normas inferiores, indispensável a avaliação da constitucionalidade destas diante daquelas pelos meios processuais disponíveis (item 3).

---

www.stj.gov.br/webstj/Default.asp?pag=InteiroTeor>. Acesso em 14.08.2003. Cumpre asseverar que, a seguir-se este critério interpretativo e mantendo-se o desprezo pela supranacionalidade operativa dos tratados e da norma de direitos humanos, se poderia sustentar que, com a promulgação do novo Código Civil, em 10.01.2002, que no seu art. 652 dispõe que é possível a prisão do depositário infiel, seja o depósito voluntário ou necessário, por prazo não excedente a um ano, houve revogação da Convenção Americana dos Direitos Humanos no que se refere às possibilidades de prisão civil.

46 Repudia-se, no particular, a famosa tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais, tendo em vista que – como já sustentei anteriormente – a Constituição afigura-se como um todo harmônico e autocoordenado, não comportando tergiversações entre suas regras. Sobre o problema da constitucionalidade de normas constitucionais, reporte-se o leitor à seguinte obra: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1156-8.

2.2 O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos humanos

Além das decisões supracitadas, uma pesquisa acerca da aplicação das normas internacionais de direitos humanos nas instâncias de segundo grau do País, tanto na esfera cível como trabalhista, revela que poucos são os avanços na jurisprudência nessa matéria.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, decidindo *habeas corpus* que atacava ordem de prisão civil oriunda de execução trabalhista, reafirmou o entendimento dos tribunais superiores de que a norma internacional (Convenção Americana de Direitos Humanos), mesmo versando sobre direitos humanos, tem hierarquia de lei ordinária e não de norma constitucional, desprezando a supranacionalidade operativa imediata prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição da República. A ementa do acórdão proferido não deixa dúvidas: "A Constituição Federal de 1988, votada por representantes do povo eleitos como assembléia constituinte, admite a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) e não pode ser derrogada por mero pacto internacional (Convenção de San José de Costa Rica, art. 7º, nº 7), que representa apenas a vontade política de alguns países, ingressando no regime jurídico nacional como lei comum após aprovação pelo Congresso, que *in casu* age apenas na condição de parlamento. Até porque aquele tratado recomenda que se vede a prisão civil derivada de descumprimento contratual ao afirmar que 'ninguém deve ser detido por dívida', e não pode estender-se para evitar nem as prisões cautelares penais previstas em lei específica (notadamente o Código de Processo Penal) nem tampouco a custódia de quem viola *munus* oriundo de decisão judicial, pois a mesma é permitida. Precedentes do STF e do STJ".[47]

Igual atitude é encontrada nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Em acórdão sobre a mesma matéria supracitada, o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região assim se manifestou: "A prisão civil do depositário infiel, por tempo não superior a um ano, está autorizada excepcionalmente no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, com vista a compelir o depositário infiel a cumprir sua obrigação, encontrando previsão também no Código Civil brasileiro, em seu art. 1.287, vez que a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal vem afirmando que a ratificação pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, não revogou a possibilidade de se decretar a prisão civil do depositário infiel".[48]

Outro não foi o posicionamento encontrado no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: "A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não suplantou o inciso LXVII da Constituição Federal, daí sendo possível a prisão por depósito infiel. Essa norma internacional passou a integrar o sistema jurídico brasileiro com

47 Brasil, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 1999.03.00.046911-1/SP, Relator Juiz Johonsom di Salvo, J. 08.05.2001. Disponível no Diário da Justiça da União de 15.06.2001, p. 1.253.

48 Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, *Habeas Corpus* nº 00439-2002-000-23-00, Relator Juiz Bruno Weiler, J. 10.12.2002. Disponível no Diário da Justiça de Mato Grosso em 29.01.2003.

status de norma ordinária; raciocínio diverso consagraria total subversão da rigidez constitucional, prevista no art. 60 e seus parágrafos da Carta Política".[49]

Não é de se estranhar que a postura do Poder Judiciário, face aos desafios lançados pela adoção da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, venha sendo alvo de críticas. Alerta Antônio Augusto Cançado Trindade que o art. 5°, § 2°, da Constituição brasileira vigente abriu um campo amplo e fértil para avanços na área da interpretação, aplicação e efetivação dos direitos humanos, mas parece ainda esquecido pelos agentes do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.[50]

Dentre as principais causas para a adoção dessas posturas costuma-se apontar o apego às tradições interpretativas e o excessivo volume de serviço que assola as cortes do País. A primeira causa apontada é, na verdade, a meu ver, uma decorrência da segunda.

O assoberbado cotidiano dos órgãos judicantes impede, muitas vezes, que os juízes detenham-se sobre questões que já estão pacificadas na jurisprudência dos tribunais superiores, mormente considerando a tentativa de firmar célere decisão a fim de dar vazão à imensa carga de trabalho existente. Trata-se de buscar a rápida solução dos litígios, uma vez que a morosidade tem sido um dos principais fatores de desprestígio do Poder Judiciário nos últimos anos.

Contudo, vale lembrar que nem sempre a Justiça célere é a mais adequada ou a melhor. Decisões que negam vigência à ordem constitucional, especialmente em matéria de direitos humanos, também podem trazer sérios prejuízos à imagem do Poder Judiciário.

É preciso que os órgãos judicantes não se conformem com a falta de infra-estrutura que os rodeia, mantendo-se em estado de luta permanente pela melhoria de suas condições de trabalho. Não devem os juízes resignar-se com a justiça possível, mas exigir condições de tornar real a justiça que se quer ter.

Afinal, o papel do Poder Judiciário, como intérprete constitucionalmente autorizado do Direito, é também de rever as posições sedimentadas na tradição jurídica nacional, expandindo os horizontes e admitindo novas teses, principalmente quando estas tendem a ampliar as liberdades e garantias dos cidadãos e evitando o engessamento das relações sociais.

No caso da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos, o Poder Judiciário brasileiro, ao rever suas posturas, teria a chance de dar um esplêndido salto rumo à concretização dos direitos humanos no âmbito interno, cumprindo sua obrigação de avalista primário dos direitos fundamentais.

---

49 Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Seção Especializada, *Habeas Corpus* nº 001582, Relator Juiz Designado José Pedro de Camargo R. de Souza, J. 11.02.2000. Disponível no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 11.02.2000.

50 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: *AJURIS* – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 25, n. 73, p. 379-419, jul. 1998.

Aliás, o papel de operar a proteção primária dos direitos humanos reconhecidos na órbita internacional tem sido tradicionalmente atribuído aos tribunais nacionais até mesmo nos instrumentos internacionais que dispõem sobre jurisdição internacional, donde se impõe aos juízes nacionais a obrigação de conhecer e interpretar as disposições pertinentes à proteção internacional dos direitos humanos.[51]

Apesar desse quadro, alguns juízes e tribunais, no entanto, parecem ter plena consciência do divisor de águas que pode representar o art. 5°, § 2°, da Constituição da República. Ainda que minoritárias e firmadas por maioria de votos, decisões há que invocam a tese inovadora da supranacionalidade operativa dos direitos humanos.

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi proferida decisão que reconhece a aplicação da norma constitucional supracitada: "O § 2°, do art. 5°, da CF dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o País seja parte. Por sua vez, no Pacto de San José da Costa Rica, dispôs-se: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar' (Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), art. 7°, item 7). Ilação inafastável a de que deixa de ser possível a prisão do depositário infiel".[52]

Mais significativo ainda o acórdão, prolatado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que fez a análise da mesma questão acima referida e cujo teor é o seguinte: "Os tratados de direitos humanos não apenas se incorporam automaticamente na ordem jurídica interna brasileira, por força do disposto no art. 5°, § 2°, da Constituição, como também aqui passam a valer com o *status* hierárquico de norma constitucional, e não de norma ordinária".[53]

Infelizmente, os tribunais trabalhistas brasileiros não registram qualquer decisão acolhendo a tese da supranacionalidade operativa imediata dos direitos humanos.

Aliás, no que tange à Justiça do Trabalho, cumpre notar que seu papel tem sido tímido mesmo no que se refere à aplicação das normas internacionais relativas ao Direito do Trabalho. Exemplo patente é a recente adoção da Convenção n° 132 da Organização Internacional do Trabalho que tem suscitado parcas discussões acerca das alterações que a norma internacional teria provocado no regime de férias dos trabalhadores brasileiros, mais notadamente nos casos de demissão voluntária do empregado com menos de um ano de casa e da dispensa por justa causa.

---

51 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação*... cit., p. 47-68.

52 Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 4ª Câmara Cível, *Habeas Corpus* n° 00.002173-3, Relator Desembargador Designado Pedro Manoel Abreu, J. 16.03.2000. Disponível no Diário da Justiça de Santa Catarina em 16.03.2000.

53 Brasil, Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, 3ª Câmara Cível, Apelação n° 0291539-1, Relator Juiz Duarte de Paula, Relator p/o Ac. Juiz Kildare Carvalho, J. 09.02.2000. Disponível no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 09.02.2000.

É preciso que o Judiciário Trabalhista assuma o papel de garante da aplicação das normas internacionais não apenas de índole trabalhista, mas também das normas internacionais de direitos humanos com sua força supranacional. Para tanto, é indispensável a coragem de romper com as tradições hermenêuticas enraizadas na cultura jurídica nacional de primazia do direito interno sobre o direito internacional. Mister superar as fórmulas que empurram as normas internacionais de direitos humanos para um *status* infraconstitucional, ousando uma nova exegese constitucional e promovendo a aplicação de tais garantias às relações de trabalho.

3 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DISPONÍVEIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS RECONHECIDOS NA ÓRBITA INTERNACIONAL

Já se disse que o papel do Poder Judiciário é de suma importância para a concretização dos direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais. Os tribunais nacionais têm função essencial na implementação das normas internacionais.

Essa finalidade da atuação judicante, entretanto, não poderia se cumprir se o Estado não a provesse de mecanismos processuais específicos para a defesa dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno. Eis a razão da preocupação que ora permeia o direito internacional dos direitos humanos: fomentar, nos Estados, o aprimoramento dos instrumentos processuais destinados à proteção e exigibilidade desses direitos.[54]

De fato, não há direito efetivo onde não há meios eficazes para sua tutela. Por eficácia dos meios de tutela há que se entender que a ordem jurídica deve colocar à disposição dos interessados os mais diversos instrumentos para a defesa de seus direitos. A eficácia depende ainda da consagração da simplicidade e da fungibilidade das formas dos meios processuais com a finalidade de facilitar sua compreensão e seu exercício pelos interessados.[55]

Primeiramente, é preciso não perder de vista que os direitos e garantias fundamentais, para serem exigidos judicialmente, devem ter como característica seu enunciado, no regramento internacional, como uma norma auto-executável. Isso significa dizer que têm que trazer um enunciado deôntico claro, não dependendo, para sua aplicação, de qualquer desenvolvimento legal complementar.[56]

Duas são as modalidades de instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico brasileiro: os remédios processuais comuns e os remédios processuais constitucionais. Os primeiros são os ritos processuais existentes dentro da legislação processual

54 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação*... cit., p. 47-68.

55 Rechaça-se, neste trabalho, a tendência tecnocrata de parte da doutrina processual brasileira, que redunda no fato de que os meios processuais deixam de ser vistos como meras fórmulas para concretização dos direitos materiais sobrepondo-se a estes.

56 A doutrina constitucionalista costuma opor às normas auto-executáveis as chamadas normas programáticas que requerem, para sua aplicação, a atuação complementar da lei.

e que podem servir de meios para exigibilidade ou proteção dos direitos humanos em casos particulares. Os segundos são medidas arroladas na própria Constituição e que têm papéis específicos na defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos.

3.1 O processo comum

Para que se compreenda a possibilidade de defesa dos direitos humanos consagrados a nível constitucional no Brasil pela aplicação da teoria da sua supranacionalidade operativa imediata, não se pode perder de vista que o País adota um sistema misto de controle de constitucionalidade. Esse pode se dar pela via concentrada, como nas ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como também pela via difusa.

O controle pela via concentrada será estudado oportunamente. Interessa, neste instante, perquirir os caminhos da via difusa de controle.

Segundo a regulamentação brasileira, pode qualquer interessado argüir a inconstitucionalidade de atos normativos, por intermédio do processo comum, a qualquer juízo ou tribunal que, por seu turno, tem o poder de suspender a aplicação da norma considerada inconstitucional no caso concreto sob sua jurisdição.[57]

Portanto, utilizando-se do processo comum, o interessado pode solicitar que o juízo ou tribunal competente impeça a aplicação de uma norma jurídica internamente elaborada, que venha a contrariar qualquer norma internacional de direitos humanos que, uma vez recepcionada pelo art. 5º, §§ 1º e 2º, do Texto Constitucional, passa a fazer parte de seu núcleo duro e reclama observância do legislador nacional no momento da elaboração de novas leis internas.

Tem-se também sustentado que o processo comum pode servir de meio para que sejam anulados os atos celebrados entre particulares em afronta às normas de direitos humanos que ingressam na Constituição brasileira como normas de direitos fundamentais.[58]

---

57 Este poder de apreciar a constitucionalidade dos atos normativos pelas instâncias inferiores, suspendendo-os se acolhida a argüição, como se verá a seguir, tem como fato restritivo a manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Anote-se, ainda, que estas parecem ser as únicas hipóteses de força vinculante das decisões judiciais superiores no direito processual brasileiro.

58 Sobre a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares, são interessantes os seguintes estudos: HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995; GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, v. 1, 1994; APARICIO, Joaquín. Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador. In: _____; BAYLOS GRAU, Antonio (orgs.). *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta, 1992; HÄBERLE, Peter. Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. In: LOPEZ PINA, Antonio. (org.). *La garantia constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, princípios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

Sem sombra de dúvida, as relações entre indivíduos, atuando como particulares no seio da sociedade, estão subordinadas aos mandamentos dos direitos humanos, pois, como já se aduziu anteriormente, as liberdades públicas dependem da observância dos direitos de igualdade. Portanto, pode o interessado, por intermédio do processo comum, requerer ao juiz ou tribunal o resguardo de seus direitos fundamentais constitucionais também nas relações privadas, inclusive solicitando medidas cautelares e tutelas antecipadas nos casos em que haja fundado receio de lesão irreparável pela demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva.

Haja vista o disposto no art. 798 do Código de Processo Civil há um poder geral de cautela, segundo o qual, havendo fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause prejuízos graves ou de difícil reparação ao direito da outra, pode o juiz ordenar todas as medidas que julgue necessárias para impedir que isso aconteça. Portanto, as medidas assecuratórias preventivas, no processo comum, também podem ser deferidas, *ex officio*, pelo juízo, evitando lesões extremamente prejudiciais. Em matéria de direitos fundamentais, mais se justifica a utilização do poder geral de cautela.

No campo da processualística do trabalho, ademais, a própria parte interessada detém o *jus postulandi*, podendo bater às portas do Judiciário sem a necessidade de se fazer representar por advogado. Esta medida é de extrema valia, pois possibilita o acesso à Justiça do Trabalho inclusive nos locais em que não há número de profissionais suficiente para atender a todos os interessados.[59]

O processo do trabalho é ainda marcado pela simplificação de suas formas, em total atenção à teoria segundo a qual os ritos processuais são meros instrumentos para a realização do direito material.

Resta evidente que a simples reclamação trabalhista pode ser meio eficaz para argüir a inconstitucionalidade de norma interna frente à norma de direitos humanos incorporada em virtude dos preceitos do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição da República, mormente considerando os instrumentos complementares de tutela antecipada e de cautela; instrumentos esses que podem ser inclusive determinados de ofício pelo juízo competente, quando necessário.

3.2 A ação civil pública

A ação civil pública foi consagrada como instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos, tendo por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. Muito se discute na jurisprudência e na doutrina a respeito

59 Revê o autor posicionamento anteriormente adotado sobre a questão do *jus postulandi* da parte no processo do trabalho (REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Assistência Judiciária Gratuita e *due process of law* – breve estudo da perspectivas de acesso ao poder judiciário trabalhista. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 10, p. 136-145, jan./mar. 2000).

da sua utilização para obtenção de provimento judicial declaratório de constitucionalidade de lei.[60]

Três são as opiniões: a primeira negativa, a segunda positiva e uma terceira intermediária. Todas se fundam na interpretação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, que assim regula os efeitos da sentença proferida em ação civil pública: "Fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator".

O repúdio ao uso deste instrumento como meio processual se assenta no fato de que, ao prolatar decisão de inconstitucionalidade em ação civil pública, o juízo de primeiro grau estaria exorbitando os limites de sua competência no controle difuso de constitucionalidade, pois a decisão não valeria apenas no caso concreto, senão *erga omnes*. Assinala-se, ainda, que essa possibilidade – de prolação de uma decisão *erga omnes* – não é dada nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal quando decide a constitucionalidade de atos normativos diante do caso concreto.[61]

A admissibilidade completa da ação civil pública como meio de obtenção de provimento declaratório de inconstitucionalidade afirma-se no fato de que a sentença tem validade *erga omnes* por determinação legal. Trata-se, pois, de hipótese legal que autoriza que a declaração de inconstitucionalidade feita pela via da exceção seja estendida, não havendo qualquer usurpação na competência do Supremo Tribunal Federal, que pode ainda assim apreciar a questão em sede de ação direta.

Por fim, a posição intermediária sustenta que a argüição de inconstitucionalidade é possível dentro da ação civil pública como declaração incidental, prejudicial, feita pela via da exceção, somente produzindo efeitos no caso concreto. Não se admite, assim, que a argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo seja o próprio mérito da ação civil pública. Em outras palavras, não se conforma a ação civil pública à argüição de inconstitucionalidade contra lei em tese, pois a decisão viria a suspender os seus efeitos *erga omnes*, acabando por invadir a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado de constitucionalidade.

Esta terceira tese parece ganhar espaço no Supremo Tribunal Federal e também se afigura a mais correta, pois consegue coadunar a modalidade processual em comento ao misto controle de constitucionalidade existente no Brasil.

Por outro lado, permite ainda que, quando direitos fundamentais de caráter difuso ou coletivo sejam feridos, entes como Ministério Público e órgãos de defesa específicos ingressem com a medida processual visando a sua imediata suspensão.

3.3 Os remédios constitucionais

A Constituição da República, a par de recepcionar os direitos humanos previstos na órbita internacional e alçá-los ao mais alto grau dentro da normativa

60 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 379-380.

61 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 381.

interna, prevê uma série de instrumentos para sua defesa. Esses instrumentos se diferem pela possibilidade de seu exercício diretamente pelos cidadãos ou pela intermediação de algum órgão coletivo na sua utilização judicial.

Dentre os primeiros, destacam-se o mandado de segurança, individual e coletivo, o mandado de injunção, o *habeas corpus* e o *habeas data*. O segundo grupo é formado pela ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

3.3.1 O mandado de segurança

O mandado de segurança tem previsão expressa entre os direitos e garantias fundamentais, consoante o preceito do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, que assim ordena: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Esta disposição é complementada pela seguinte (inciso LXX), que atribui legitimidade ativa para interposição da medida aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e ainda aos sindicatos, associações e entidades de classe, em funcionamento a pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Cuida-se do mandado coletivo.

A simples leitura dos dispositivos acima revela três aspectos essenciais do remédio processual em comento.

Ab initio, força admitir que o mandado de segurança presta-se à defesa de direitos líquidos e certos, não abarcando apenas os direitos constitucionalmente previstos. Sendo assim, embora o remédio tenha índole constitucional e dirija-se primordialmente à defesa dos direitos fundamentais previstos e recepcionados pela Constituição, esse fato não exclui a possibilidade de defesa de direitos previstos em lei ordinária e outros atos normativos que possam servir de meio operacional do exercício daqueles.

Em segundo lugar, a legitimidade ativa para o *writ* pode ser bipartida em individual e coletiva. O próprio interessado, individualmente considerado, pode ingressar com o mandado de segurança, bem assim como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, órgãos ou associações de classe e organizações sindicais na defesa do interesse coletivo na tutela de um direito líquido e certo.

Por último, denota-se que, no pólo passivo do mandado de segurança, figura ato ilegal, abusivo ou arbitrário de autoridade pública. Igualmente podem ser atacadas ações desse tipo praticadas por pessoas jurídicas particulares no exercício de função delegada pelo Poder Público.

Portanto, sempre que um direito líquido e certo, estampado em uma norma internacional de direitos humanos que tenha ingressado no ordenamento jurídico brasileiro pela fórmula do art. 5º, §§ 1º e 2º, do Texto Constitucional, estiver sendo

infringido pela atuação de autoridade pública ou de particular representante de pessoa jurídica no exercício de função pública, será possível buscar sua defesa por intermédio do mandado de segurança.

Aponte-se que, no âmbito trabalhista, a norma constitucional do mandado de segurança coletivo abriu espaço para as entidades sindicais. Sua utilização constitui importante meio de concretizar os direitos humanos previstos em normas internacionais na Constituição brasileira, mormente porque seu exercício não está preso ao trabalhador individualmente considerado que, temendo represálias patronais, poderia deixar que a lesão ao seu direito fundamental seguisse impune. Sendo assim, igualmente a possibilidade de substituição processual do trabalhador pelo sindicato no processo comum. A legitimidade ativa do sindicato para o mandado de segurança representa forte avanço na proteção dos direitos sociais. Infelizmente, na prática, sua utilização tem sido tímida talvez por que a leitura dos tribunais trabalhistas do inciso LXX tem sido no sentido de limitar as hipóteses de representação de interesses.

3.3.2 O habeas corpus

A história dos remédios processuais constitucionais brasileiros revela que o *habeas corpus* consiste no mais antigo deles, tendo sido utilizado no passado para a defesa de quaisquer direitos lesados ou ameaçados de lesão. Essa tendência é apontada, inclusive, por alguns autores como uma das origens do mandado de segurança.[62]

Como se sabe, a medida é clássica e tem por finalidade impedir avanços abusivos no direito de ir e vir dos indivíduos por parte dos órgãos estatais. É medida que se destina à defesa da liberdade em seu aspecto mais fundamental, pois.

Na defesa dos direitos humanos previstos em instrumentos internacionais o *habeas corpus* desempenha papel de suma importância, tendo sido movido perante os tribunais brasileiros em diversas oportunidades, nas mais distintas instâncias e jurisdições.

Haja vista a importância do bem jurídico que pretende defender – a liberdade –, se entende que qualquer pessoa pode impetrar o pedido de ordem de *habeas corpus* em benefício próprio ou de terceiro. Ademais, o pedido não comporta quaisquer formalidades, bastando que seja apresentado por escrito à autoridade competente.

No processo penal, a medida é largamente utilizada. No processo civil e trabalhista, seu alcance limita-se às duas hipóteses de prisão civil tradicionalmente consagradas no Direito brasileiro: o descumprimento de obrigação alimentar e o descumprimento das obrigações do depositário judicial.

A par da discussão a respeito da competência para determinar a ordem de *habeas corpus* contra ordem de prisão emanada de juízo trabalhista de primeiro

62 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 144.

grau, foi nessa sede que a Justiça do Trabalho mais discutiu questões relativas à aplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos no Brasil. Como já se assinalou, o debate jurisprudencial dizia respeito à revogação ou não das disposições internas referentes à prisão do depositário infiel pelo art. 7° da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo o Judiciário Trabalhista seguido a orientação dos tribunais superiores acerca da matéria e emprestado o patamar de lei ordinária à referida norma internacional.[63]

No entanto, esta posição conservadora da jurisprudência não afasta a possibilidade de defesa de direitos humanos oriundos de norma internacional recepcionados pela Constituição da República por meio da ordem de *habeas corpus*.

3.3.3 O *habeas data*

Segundo o Texto Constitucional (art. 5°, inciso LXXIII), o *habeas data* possui dupla função: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; retificar tais dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A ordem de *habeas data* dirige-se, pois, contra o Poder Público que tenham em seu poder informações a respeito da pessoa interessada, mas pode também ser impetrada em face de entidade particular que mantenha banco de dados de consulta pública como, por exemplo, os órgãos de proteção ao crédito.

O alcance do *habeas data*, embora restrito, também pode servir de poderoso auxílio na defesa dos direitos humanos internalizados pela norma do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição.

3.3.4 O mandado de injunção

Diz o art. 5°, inciso LXXI, da Lei Fundamental brasileira que o mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável ou dificulte o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A idéia básica do texto constitucional, no particular, foi evitar que uma propositada inércia do Poder Legislativo sirva de óbice para a efetivação dos direitos fundamentais de caráter programático. Portanto, seguindo a teoria concretista direta, concedeu a Constituição poderes aos órgãos judicantes, quando provocados, para determinar as medidas necessárias ao gozo desses direitos até que seja confeccionada a norma regulamentadora.

63 Discute-se, na jurisprudência, se a competência para conhecer e julgar o *habeas corpus* contra ordem de prisão emanada de juízes do trabalho pertence aos Tribunais Regionais do Trabalho ou Tribunais Regionais Federais, tendo em vista as disposições do art. 108, inciso I, alínea *d*, e do art. 114 da Constituição da República, mesmo após a edição da Súmula n° 225 do Superior Tribunal de Justiça que opina pela competência dos primeiros.

Esta opinião, contudo, não é pacífica. Entendem alguns que a Constituição consagra a separação e a independência dos poderes, de tal sorte que seria impossível reconhecer no mandado de injunção uma autorização para que o Poder Judiciário ditasse norma regulamentadora provisória. Para a tese anticoncretista, haveria uma quebra da ordem constitucional de separação dos poderes.

Porém esta objeção não sobrevive a três argumentos. Primeiro: a regulamentação é provisória e casuística, embora em algumas circunstâncias poderia ter efeitos *erga omnes*. Segundo: a Constituição afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída de apreciação pelo Poder Judiciário e a omissão legislativa, muitas vezes, pode representar uma forma de lesão. Terceiro: a própria Constituição reconhece poderes legiferantes casuísticos à Justiça do Trabalho em sede de dissídios coletivos (art. 114, § 2°), o que demonstra que, em casos específicos, são excepcionalmente necessárias estas atividades pelos órgãos judicantes.

Há uma posição intermediária entre os que sustentam a posição concretista direta e a anticoncretista. Cuida-se da tese concretista intermediária, segundo a qual o Judiciário, julgando procedente o mandado de injunção, deveria fixar prazo para que o Legislativo promova o desenvolvimento legal do direito fundamental discutido.

Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o mandado de injunção não autoriza os órgãos judicantes a suprirem, ainda que temporariamente, as omissões do Poder Legislativo, entendendo que a própria fixação de prazo para que este promova a regulamentação consiste em uma intromissão indesejada de um poder na esfera de competência de outro. Destarte, a função do instrumento seria reconhecer a existência do direito líquido e certo do impetrante e comunicar ao Poder Legislativo a simples necessidade de elaboração da norma. Tal posicionamento transforma o instituto em letra morta: a vitória, no mérito processual, conduz apenas à comunicação formal da necessidade de expedição da lei reguladora, o que não traz qualquer efeito prático. Urgente sua revisão.

Afinal, dentre os remédios constitucionais, o mandado de injunção, se visto sob a ótica concretista, poderá servir como poderoso auxílio para a efetivação dos direitos fundamentais trazidos à Constituição Federal por norma internacional e previstos em disposições meramente programáticas que, muitas vezes, não são regulamentadas em virtude da falta de interesse político.

3.3.5 As ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade

Primitivamente a Constituição da República previa apenas a ação direta de inconstitucionalidade. Ao lado desta, por intermédio da Emenda Constitucional n° 03/93, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade.

A primeira destina-se à decretação da inconstitucionalidade de uma lei; e a segunda, ao contrário, à afirmação de sua harmonia com a ordem constitucional.

Ambas fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade e juntamente com a ação de inconstitucionalidade por omissão são de competência

do Supremo Tribunal Federal, produzindo efeitos *erga omnes* e vinculando à sua decisão os demais órgãos judicantes do País.

O meio processual criado pela Emenda nº 03/93 constitui verdadeira aberração jurídica. Os atos normativos emanados de poder competente (Legislativo ou autoridades administrativas) gozam da presunção de que foram criados de boa-fé e, portanto, são constitucionais. Portanto, seria desnecessário prever um instrumento para que sua constitucionalidade fosse declarada. Sendo assim, parece ser pertinente a crítica de que a ação declaratória de constitucionalidade, em determinadas circunstâncias, poderá ser mal utilizada, servindo apenas para confirmação do ato normativo, e subtraindo-o do controle de constitucionalidade difuso.

Interessa particularmente notar que entre os legitimados para a interposição da ação direta de inconstitucionalidade figuram os sindicatos e entidades de classe de âmbito nacional, o que, no campo da defesa dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, configura um avanço, ainda que poucas sejam as entidades sindicais com a exigida área da abrangência.

3.3.6 A ação de inconstitucionalidade por omissão

Sói se confundir a ação de inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção e há até mesmo quem advogue a substituição deste por aquela. Os institutos são, todavia, distintos, possuindo a ação de inconstitucionalidade por omissão previsão no art. 103, § 2º, do Texto Constitucional.[64]

A ação de inconstitucionalidade por omissão é meio de garantir a efetividade de qualquer norma constitucional, tendo sua legitimidade ativa arrolada taxativamente no *caput* do art. 103 supracitado, qual a ação direta de inconstitucionalidade. Já o mandado de injunção pode ser ofertado por qualquer interessado e se destina a garantir direitos fundamentais dependentes de desenvolvimento legal.

Embora seu alcance seja limitado, pode a ação de inconstitucionalidade por omissão, sem dúvida, servir de meio para a supressão de lacunas legislativas que impeçam o gozo de direitos fundamentais, mesmo os trazidos para a ordem constitucional, na forma do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Política de 1988.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Classicamente, o direito internacional consagrava as teorias dualista e monista como formas de relacionamento entre este e o direito interno. Pela primeira, direito internacional e direito interno são realidades distintas, de sorte que necessária a aprovação de uma norma neste que garanta a vigência daquele no âmbito estatal.

---

64 BARROSO, Luiz Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 17, p. 34-8.

Pela segunda, ambos compõem uma única ordem jurídica, de modo que a norma internacional integra o ordenamento jurídico estatal sem maiores formalidades.

Atualmente, a doutrina internacionalista, atenta ao problema da efetivação dos direitos humanos, bem como à sua universalidade, indivisibilidade e complementaridade, tem buscado evoluir dos antigos postulados monistas e dualistas para a supranacionalidade operativa dos direitos humanos, segundo a qual as características desses impõem sua consagração automática como parte do direito interno, no mais alto grau hierárquico, com a aplicabilidade imediata quando previstos em instrumentos internacionais.

A supranacionalidade operativa torna envelhecida e desgastada – senão fere de morte – a polêmica entre monistas e dualistas em matéria de direitos humanos e atende aos reclamos de maior efetividade destes.

No Brasil, o texto constitucional não é claro quanto à adoção dos postulados monistas ou dualistas, tendo a doutrina se dividido entre as duas correntes. A melhor interpretação dos dispositivos constitucionais sobre a matéria, no entanto, é aquela que conduz ao acolhimento de um monismo moderado, porquanto não se exige a criação de lei interna formal para a vigência do tratado internacional, bastando sua aprovação pelo Congresso Nacional e a edição de decreto legislativo.

Esta adoção da teoria monista, contudo, dirige-se aos tratados em geral, não se aplicando às normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil tome parte. Afinal, a Constituição da República, no seu art. 5°, §§ 1° e 2°, deu guarida à tese da supranacionalidade operativa dos direitos humanos e ainda elevou esses direitos ao patamar de norma constitucional de primeira grandeza, mantendo-os protegidos pelo núcleo constitucional contra emendas constitucionais que tentem revogá-los (art. 60, § 4°, inciso IV).

A supranacionalidade operativa imediata do direito internacional dos direitos humanos não ofende à Constituição quer no seu aspecto material, quer no seu aspecto formal. O art. 5°, §§ 1° e 2°, permite a ampliação dos direitos fundamentais e não sua redução por essa via. Ademais, consagra fórmula simplificada de emenda constitucional em benefício dos cidadãos, visando ao constante incremento do rol de direitos e garantias fundamentais.

Ainda que não se aceite a aplicação da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, não há como negar que a ordem jurídica brasileira consagra o primado do direito internacional sobre o direito interno, mormente se adotada a posição que advoga a consagração da teoria monista pela norma constitucional brasileira (art. 84, VII, e art. 49, inciso I). Ademais, em matéria de direitos humanos, há que se seguir o princípio do respeito absoluto, insculpido no art. 4° da Constituição, que ordena a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do País.

Admitindo-se o ingresso da norma de direito internacional de direitos humanos pelo sistema do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição Federal, esta cobra força de direito fundamental e pode ser defendida através dos meios processuais disponíveis no Direito brasileiro.

A existência de um controle de constitucionalidade misto, que congloba para o controle concentrado e o controle difuso, possibilita sua defesa por meio do processo comum e dos remédios previstos na própria Constituição. Na reclamação trabalhista, o juiz poderá afastar a aplicação, no caso concreto, de normas que venham a ferir os direitos consagrados em instrumento internacional ingressado por força do art. 5°, §§ 1° e 2°, mediante reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Igual situação pode ocorrer na ação civil pública, que não deve ser admitida para argüição de inconstitucionalidade contra lei em tese, sob pena de ser usurpado o poder de controle concentrado reservado ao Supremo Tribunal Federal, haja vista o disposto no art. 16 de sua lei regulamentadora que confere efeitos *erga omnes* à sentença proferida nesse tipo de ação.

Os remédios constitucionais são dotados de especificidade. O mandado de segurança, individual ou coletivo, defende direito líquido e certo contra atos do Poder Público ou de quem esteja no exercício de suas funções. O *habeas corpus* dirige-se à defesa da liberdade e o *habeas data* dá acesso a informações constantes de bancos de dados a respeito do impetrante. Já o mandado de injunção é destinado a promover a regulamentação – ainda que provisória – para o exercício de direito fundamental dependente de desenvolvimento legal. As posições adotadas em relação aos efeitos do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem diminuído sua instrumentalidade.

As ações de inconstitucionalidade, constitucionalidade e inconstitucionalidade por omissão também podem servir de meio de defesa dos direitos fundamentais consagrados pela via do art. 5°, §§ 1° e 2°, da norma constitucional, embora seu alcance seja mais limitado, porquanto sua legitimação ativa é mais restrita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos:* paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 17, p. 34-8.

BAYLOS GRAU, Antonio (org.). *Autoridad y democracia en la empresa.* Madrid: Trotta, 1992.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos.* Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público*: o Estado em direito das gentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA, Maria. Os tratados internacionais sobre direitos humanos e a constituição. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 20-21, caderno 1, p. 600-602, 2ª quinzena de out. 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madri: Civitas, 1983.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, v. 1, 1994.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre direitos humanos. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 710, ano 83, p. 21-31, dez. 1994.

GORDILLO, Agustín et al. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOPEZ PINA, Antonio (org.). *La garantia constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991.

MAGALHÃES, José Carlos. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional. In: *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 61-66, p. 56-7, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição portuguesa: um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 199: I-VI, p. 1-20, 1995.

PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Del Porto, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, princípios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos*: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Assistência Judiciária Gratuita e *due process of law* – breve estudo da perspectiva de acesso ao Poder Judiciário trabalhista. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 10, p. 136-145, jan./mar. 2000.

SANTOS, Hermelino de Oliveira (coord.). *Constitucionalização do direito do trabalho no*

Mercosul. São Paulo: LTr, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Allianza, 1982.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. I, 1997, p. 431-2.

_____. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 84/86, p. 47-68, dez. 1992/maio 1993.

_____. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: *AJURIS* – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 25, n. 73, p. 379-419, jul. 1998.