Os direitos humanos no Brasil: Uma breve análise comparativa

The human rights in the Brazil: One soon comparative analysis

Los derechos humanos en el Brasil: Un análisis pronto comparativo

Os tratados internacionais de direitos humanos, quando transformados em norma jurídica no âmbito interno dos Estados, ocupam posição de maior ou menor relevância em suas hierarquias normativas. No Brasil, ordinariamente, são recebidos com eficácia de lei ordinária. Na Espanha, México, Argentina, Uruguai, Estados Unidos e em vários outros países, o direito internacional de direitos humanos tem eficácia de norma constitucional, é ao menos superior às leis federais. Em tal sentido, o presente trabalho busca demonstrar, de forma comparada, que, mesmo com o advento da Emenda Constitucional número 45 de 2004, o direito internacional de direitos humanos não recebe do Brasil tratamento compatível com a sua importância humana e universal.

The international treated of human rights, when transformed into rule of law in the internal scope of the States, they occupy position of greater or minor relevance in its normative hierarchies. In Brazil, ordinary, they are received with effectiveness of usual law. In Spain, Mexico, Argentina, Uruguay, United States and in several other countries, the international law of human rights have effectiveness of constitutional rules, are the superior the least to the federal laws. In such direction, the present work search to demonstrate, of compared form, that, same with the advent of the Constitutional Emendation 2004 number 45, the international law of human rights does not receive from Brazil compatible treatment with its importance universal and human.

Los tratados internacionales de derechos humanos, cuando transformados en regla jurídica no ámbito interno de los Estados, ocupan posición de mayor o más pequeña relevancia en su jerarquía normativa. En el Brasil, ordinariamente, son recibidos con eficacia de ley ordinaria. En la España, México, Argentina, Uruguay, Estados Unidos e en varios otros países, o derecho internacional de derechos humanos ten eficacia de norma constitucional, es al menos superior hay leyes federales. En tal sentido, o presente trabajo busca demostrar, de forma comparada, que, mismo con el advenimiento de la Enmienda Constitucional número 45 de 2004, el derecho internacional de los derechos humanos no recibe del Brasil tratamiento compatible con su importancia humana y universal.

Palavras-chave: direitos humanos, internacional, acordos, tratados

Autor:

Jorge Pedro Nery

Mestrando. Especialista. Professor de Direito na Universidade Estácio de Sá. Advogado. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Ex-professor da UERJ. Ex-professor da Escola Superior de Advocacia.

E-mail: pedronery@terra.com.br

Introdução

Este artigo é resultante de um introdutório trabalho de pesquisa em que se buscou, a partir da leitura de obras de conceituados juristas que brindaram o mundo jurídico com seus ensinamentos, demonstrar, de forma resumida como os direitos humanos, reconhecidos existentes pela sociedade internacional, passam a ter eficácia de lei no âmbito do direito interno dos Estados. Neste sentido, despretensioso trabalho, desenvolvido com base no Direito Comparado, tendo por fundamento, tema que vem provocando o interesse do autor desde a oportunidade em que cursou a disciplina Processo Constitucional, ministrada em curso de Mestrado pelo professor José Alfredo de Oliveira Baracho, ocasião em que conheceu as obras de Héctor Fix-Zamudio, Antonio la Pergola, Jorge Carpizo, Manuel Beccera Ramírez, César Landa, etc., autores da Espanha, México, Argentina e Uruguai, que, assim como Antônio Augusto Cançado Trindade, dedicam-se ao estudo dos direitos humanos.

O tema central do presente artigo, a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, que, quando transformados em lei no Brasil, ocupam a posição hierárquica de lei ordinária. Por outro lado, no México, na Espanha, na Argentina etc., após devidamente internalizados os acordos internacionais ocupam posição de superioridade em relação às leis da federação, podendo, em se tratando de direitos humanos, modificarem a Constituição.

Internalização do Direito Internacional

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 49 inciso I e artigo 84 inciso VIII, sobre a competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais e ao Congresso Nacional exercer o controle dos atos internacionais daquela autoridade. Significa dizer que, ordinariamente, antes do Presidente da República manifestar o comprometimento do Brasil em relação a algum acordo internacional, o Congresso deverá atuar de forma fiscalizadora, autorizando o comprometimento, se assim entender. Após a autorização é que, persistindo o interesse, poderá o Presidente manifestar o seu comprometimento e a eficácia interna do acordo internacional por intermédio de decreto, fazendo publicar no Diário da União. Com isso, o tratado passa a ter eficácia de norma jurídica no âmbito do direito interno do Brasil.

Do processo de internalização do Direito Internacional, surge a questão de se buscar saber qual posição essas normas de origem no direito internacional ocupam na hierarquia normativa do direito

pátrio. É certo que os diversos Estados que compõem a sociedade internacional posicionam-se de forma distinta e cada um busca dar maior ou menor importância ao direito de origem no Direito Internacional. Esse processo em que cada Estado busca recepcionar o Direito Internacional como norma de hierarquia supraconstitucional, constitucional, norma jurídica de hierarquia ordinária ou superior, adotado por este ou aquele Estado, tem origens nas teses monistas e dualistas, principais teorias sobre a hierarquia e internalização do Direito Internacional. A esse respeito, o professor Celso Mello oferece a seguinte questão: "...havendo um conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual delas deverá prevalecer?"¹.

Entendem os dualistas pela existência de duas ordens jurídicas: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. São normas jurídicas autônomas e independentes, não havendo entre elas qualquer subordinação. A esse respeito, leciona César Landa²:

Con base en el principio de la soberanía jurídica de los Estados, para la doctrina dualista existen dos ámbitos o espacios propios del derecho y la jurisdicción: una internacional y otro nacional. En efecto, según el dualismo, el derecho internacional es la norma que regula a las relaciones entre los Estados soberanos; mientras que la ley nacional se aplica al interior del Estado y regula las relaciones jurídicas de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno. De acuerdo con esta tesis, los tratados no primarían sobre las leyes, sino tan sólo serían una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad jurídica vinculante. En efecto, las tesis dualistas responden a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano, que asumió el viejo principio de que no podían darse relaciones sobre similar materia entre el derecho internacional y el derecho interno, porque los hechos que normaban ambos derechos eran distintos.

Acrescenta Celso Mello, com a doutrina de Heinrich Triepel: "para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua transformação em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico"³. Diz o autor que "é isto uma consequência da completa independência entre as duas ordens jurídicas, o que significa dizer também que não existe possibilidade de conflitos entre elas"⁴.

Em oposição aos dualistas, os monistas, entenderam pela existência de única norma jurídica. Na expressão de Kelsen⁵, o direito internacional seria a grande norma, a norma que subordina e valida o direito interno dos Estados. Não é outro o entendimento do professor César Landa:

(...) esta doutrina es la antítesis de los postulados jurídicos de la existencia de la soberanía de los Estados y reduce la vigencia de la ley nacional en función del tratado internacional⁶.

Diz o citado Kelsen⁷, ao comentar sobre a superioridade do Direito Internacional que:

¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque, Curso de direito internacional público; 1º volume; 14ª edição; ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2002; p. 113.

² LANDA, César; La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de derechos humanos; in Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional; Coordinado por SILVA, Ricardo Mendes; Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 2002; p. 321.

³ MELLO, op., cit., p. 114.

⁴ MELLO, op., cit. p. 114.

⁵ KELSEN, Hans; Teoria pura do direito; tradução de João Baptista Machado; Martins Fontes; São Paulo; 2000, p. 239.

⁶ LANDA, César, op. cit., p. 322.

⁷ KELSEN, op., cit., p., 239.

(...) o direito internacional, não como parte integrante da ordem jurídica estadual, mas como única ordem jurídica soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais delimitando-as, umas em face das outras, nos respectivos domínios de validade, quando se trata, não do primado da ordem jurídica estadual, mas do primado da ordem jurídica internacional. Esta contém, de fato, uma norma que representa o fundamento de vigência das ordens jurídicas estaduais. Por isso, o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito Internacional positivo.

Autores da atualidade vêm revendo os conceitos de soberania. Nesse sentido, quer parecer que uma compreensão clássica desse conceito não sobreviveria em um mundo sócio-cultural globalizado. Não é outro o entendimento de André Lipp Pinto Basto Lupi, para quem, a "soberania não pode implicar ausência absoluta de subordinação". Ora, o Estado não é um fim em si mesmo e sua existência se justifica por seu objetivo, e seu objetivo é o homem. O Estado existe resultante do somatório das vontades do grupo politicamente organizado e em favor dos diversos interesses os quais, os indivíduos, as minorias, a sociedade, enfim, não consegue realizar sem a diligência do Estado. Em tal sentido, é o parágrafo do artigo 1º da Constituição Federal. Ocorre que na busca de ver realizados aqueles fins pelos quais surgiu o Estado, e a percepção de que o Estado não é suficiente para sozinho realizar a organização da sociedade e promover a paz universal, surgiram as organizações sem fronteira, estas, possibilitando melhor proteção do indivíduo, ao passo que universalizaram o homem.

Estado algum está obrigado a pactuar, no entanto, quando um Estado se compromete para com seus iguais, utilizando-se do poder de dispor ou não dispor, no soberano exercício de sua liberdade, a esse Estado impõem-se limitações e o dever de não romper unilateralmente com o pacto. Romper, unilateralmente, com um acordo internacional constitui-se em uma ilegalidade que há de sujeitar o infrator às consequências desse ato, em vista de que a unilateralidade poderá impor danos ao outro lado da relação. O Direito Internacional resulta de pactos e inexistente poder superior aos Estados, senão aqueles decorrentes de tratados internacionais pelos quais se comprometeu. Logo, o Direito Internacional, ao contrário do que lecionam defensores da soberania absoluta, reafirma a soberania dos Estados, tanto que é o próprio ordenamento jurídico interno que regula quem pode representar o Estado em uma negociação internacional e acreditar esse indivíduo, a ponto de que o comprometimento desse indivíduo é competente para impor deveres aos Estados. Ora, a sociedade internacional regula, essencialmente, as relações entre os Estados, visando a almejada paz mundial e o respeito aos indivíduos, necessário, portanto, existam limites aos Estados para a perseguição desses objetivos.

O Brasil reconhece a existência da ordem jurídica internacional já que participa da celebração de acordos internacionais e se sujeita às decisões das cortes Internacionais, o que se verifica das Resoluções da Organização Mundial do Comércio – OMC, Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e Organização das Nações Unidas – ONU. Além disso, para que os tratados internacionais tenham eficácia de norma jurídica no âmbito do direito interno brasileiro, é necessário o desenvolvimento de atividades próprias do Poder Legislativo, com a aprovação do acordo pelo Congresso Nacional, a ratificação e decreto de aprovação pelo Presidente da República e a publicação no Diário da União, o que faz compreender, tome o Brasil, posição dualista. De outra parte, a jurisprudência do Supremo Tri-

bunal Federal, em sua grande maioria, tem entendido pela qualidade ordinária das normas de origem internacional, caracterizando-se que no Brasil, ordinariamente, adota-se um dualismo moderado, com primazia do direito interno.

Ocorre que nem todas as normas jurídicas internacionais, transformadas em normas jurídicas no direito interno do Brasil, foram internalizadas como normas ordinárias, e na Constituição Federal de 1988 verificam-se diversos dispositivos que tiveram origens no Direito Internacional como alguns daqueles sobre direitos individuais e coletivos.

Histórico dos Direitos Humanos

Ainda que alguns daqueles clássicos direitos universais do homem como direito à vida, direito de ir e vir, liberdade de expressão etc., tenham se incorporado ao Direito Constitucional, não vêm merecendo os direitos humanos, no Brasil, tratamento compatível com a sua importância.

Bobbio⁸ leciona que somente após a Segunda Guerra Mundial é que os direitos humanos saíram da esfera restrita do direito interno dos Estados e passaram a interessar à sociedade internacional e Spielman⁹, sustentando tese de Cançado Trindade, defende como marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948. Héctor Fix-Zamudio, em artigo intitulado de *Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica*¹⁰, leciona que os direitos humanos nos ordenamentos jurídicos Latinoamericano se desenvolveram de maneira considerável nos últimos anos, e que os direitos clássicos individuais expressos na "Asamblea Nacional Francesa en 1789" foram os primeiros documentos jurídicos tutores dos direitos fundamentais. A esse respeito, a criação ou o desenvolvimento de uma sociedade internacional veio oferecer os melhores instrumentos de defesa e difusão dos direitos humanos, já que são direitos históricos, como é o caso da Magna Carta de 1215, imposta ao Monarca da Inglaterra, João-Sem-Terra, Carta essa que já estabelecia o princípio da subordinação do Estado em relação à Lei, a independência das funções legislativas e jurisdicionais, o respeito à propriedade privada e etc. A lei de garantias das liberdades dos súditos, denominada de Lei de Habeas-Corpus de 1679¹¹ e a Declaração de Direitos (Bill of Rights) de 1689.

Os Direitos Humanos no Brasil

No Paraguai, Argentina, México, Espanha e em alguns outros Estados da América, Europa, África e etc., os acordos internacionais sobre Direitos Humanos têm importância e validade de norma jurídica supraconstitucional. Por outro lado, em Estados como o Brasil, os direitos humanos não vêm merecendo tratamento compatível e os tratados internacionais sobre direitos humanos são, ordinariamente, internalizados como normas ordinárias, passíveis de conflitos temporais e de especialidade.

A fragilidade dos Direitos Humanos em nossos dias verifica-se com a edição do Decreto-Lei 911 de 1º de outubro de

1969, o qual, em seu artigo 4º, faculta ao credor converter a cautelar de busca e apreensão em ação de depósito e, na forma do que preceitua o artigo 901 e seguintes do Código de Processo Civil, poderá ser decretada pena de prisão por até um (1) ano do depositário infiel.

Em oposição a esse dispositivo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, leciona em seu artigo 7º, parágrafo 7º que "ninguém deve ser detido por dívidas". Excetuando-se os casos de inadimplemento de obrigações de caráter alimentar. Ocorre que, se o Pacto de San José da Costa Rica foi transformado em norma jurídica no nosso ordenamento jurídico em 1992, utilizando-se do critério da temporariedade, o Pacto revogou o Decreto 911. No entanto, a jurisprudência brasileira não se posicionou com esse entendimento, desprestigiando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no sentido de entender pela aplicação da sanção¹² ao depositário infiel¹³, segundo entendimentos expressos naqueles julgados que se fundam na Constituição Federal de 1988, onde leciona em seu artigo 5º, inciso LXVII, que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

De forma oposta ao entendimento jurisprudencial, a doutrina vem dando maior importância aos direitos humanos, já que o Estado não é um fim em si mesmo e existe para buscar soluções em benefício do homem, seja individualmente ou em coletividade e o Direito, instrumento de justiça, não deve ser interpretado de forma afastada desses objetivos. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, compilado por Celso Mello, leciona que "os direitos humanos se caracterizam por serem preexistentes à ordem positiva, imprescritível, inalienável, dotado de eficácia *erga omnes*, absolutos e auto-aplicáveis¹⁴". Não é outro o entendimento do próprio Celso Mello, lecionando com a definição de direitos humanos expressa em 1947 por Charles Malik, Relator da Comissão de Direitos Humanos da ONU:

A expressão Direitos do Homem refere-se obviamente ao homem, e com direitos só se pode designar aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidental, que não surge e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertence ao homem como tal¹⁵.

⁸ BOBBIO, Norberto, A era dos direitos, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 49.

⁹ SPIELMAN, Carlos André, A constitucionalização do direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, p. 133.

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor; Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica, in "VALADÉS, Diego Y RIVAS, Rodrigo Gutiérrez; Derechos humanos; Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III; Universidad Nacional Autónoma de México; 2001; p. 3.

¹¹ COMPARATO, op., cit., p. 85.

¹² Utilizamos a expressão pena porque a submissão ao cárcere se constitui em limitação da liberdade do corpo e o afastamento das atividades normais cotidianas. Efetivamente se trata de uma dor, de um sofrimento, logo, de uma pena.

¹³ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Especial de São Paulo nº 345345, em 25 de fevereiro de 2003, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário de Justiça em 11 de abril de 2003, entendeu pela prisão civil de depositário infiel segundo disposição do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, vencido em ação de depósito, que não entregou o bem objeto de alienação fiduciária em garantia, segundo jurisprudência reafirmada pelo Plenário do STF, mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica. No Recurso Especial 344585 do Rio Grande do Sul, onde funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, publicado no Diário de Justiça de 13 de setembro de 2002, entendeu-se por firmado o entendimento do STF no sentido de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária em garantia, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Na mesma orientação, os RE 331159/MG; RE 299627/MG; Ext 794 do Paraguai; RE 253071/GO; RE 253071/GO; RHC 80035/SC; RE 206482/SP.

¹⁴ MELLO, op., cit., p. 785.

¹⁵ Loc.cit.

O Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, Protocolo de San Salvador, adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em San Salvador em 17 de novembro de 1988, aprovado no Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo nº 56 de 19 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999, estabelece em seu artigo 2º o dever dos Estados no sentido de adotar medidas legislativas para tornar efetivos os direitos previstos no protocolo.

A esse respeito, diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm penalizado Estados soberanos¹⁶.

"Caso Durand y Ugarte vs. Perú"

"CIDH. Caso Durand y Ugarte. Excepciones preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C, Núm. 50."

"Derecho a la vida. Derecho a la libertad personal. Protección judicial. Suspensión de garantías judiciales. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno."

"los hechos ocurridos a partir del 14 de febrero de 1986, cuando Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera fueron detenidos bajo la sospecha de su participación en actos terroristas y trasladados al Penal San Juan Bautista (El Frontón). En junio de 1986 se produjo el debelamiento de un motín en ese centro penitenciario y, desde esa fecha, los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera se encuentran desaparecidos, a pesar de que el Tribunal Correccional de Lima ordenó su libertad."

(...)

"Por tanto, La Corte,"

"por unanimidad"

"1. declara que el Estado violó, en perjuicio de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"por seis votos contra uno,"

"2. declara que no se ha comprobado que el Estado violó, en perjuicio de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"Disiente el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo."

"por unanimidad,"

"3. declara que el Estado violó, en perjuicio de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, el artículo 7.1 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"por unanimidad"

"4. declara que el Estado violó, en perjuicio de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"por unanimidad"

"5. declara que el Estado violó, en perjuicio de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, así como de sus familiares, los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"por unanimidad"

"6. declara que el Estado ha incumplido las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los de-

rechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores en la presente sentencia."

"por unanimidad"

"7. decide que el Estado está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables."

"por unanimidad"

"8. decide que el Estado debe reparar los daños causados por las violaciones".

"por unanimidad"

"9. decide abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias".

No caso, "*La Última Tentación de Cristo*"¹⁷, envolvendo "*Olmeda Bustos e otros*" em face do Chile, tinha-se por objetivo a liberdade de pensamento, e de expressão, liberdade de consciência e de religião, obrigação de reparar, os direitos e deveres e de adaptar disposições do Direito Interno. Assim como o caso "*Las palmeras*"¹⁸ em face da Colômbia, não foram diferentes as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não foi diferente a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, relativamente ao caso da Penitenciária Urso Branco, oportunidade em que o Brasil sucumbiu à seguinte decisão:

"1. Requerer ao Estado que adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontra em poder dos internos.

2. Requerer ao Estado que investigue os acontecimentos que motivam a adoção destas medidas provisórias com o objetivo de identificar aos responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes.

3. Requerer ao Estado que, dentro do prazo de 15 dias contando a partir da notificação da presente Resolução, informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas que tenha adotado em cumprimento da mesma e apresente uma lista completa de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a dito relatório dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.

4. Requerer ao Estado que continue informando à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e que apresente listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco, de maneira que se identifiquem as que sejam postas em liberdade e as que ingressem a dito centro penal; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro do prazo de dois meses a partir de seu recebimento."

Os Direitos Humanos no Direito Comparado

No Brasil, a Emenda Constitucional número 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, incluiu um terceiro parágrafo ao artigo 5º, passando dar aos Direitos Humanos decorrentes de acordos internacionais, força de norma Constitucional se aprovados, "em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", se aproximando das Constituições de alguns Estados, no que se

¹⁶ RAMÍREZ, Sergio García, coordenador; La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 71; primera edición; 2001; página 484.

¹⁷ Ibid., página 753.

¹⁸ Ibid., página 742.

refere à proteção constitucional dos Direitos Humanos, originários dos tratados internacionais. Tal dispositivo, não se pode dizer, "data vênua" possa resultar numa melhor proteção aos direitos humanos e repete, em parte, o que preceitua o artigo 60, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988. Ora, nas oportunidades em que, no Brasil, se pretendeu dar a um tratado internacional protetor de algum dos direitos universais do homem, força de norma constitucional, fez-se aprovar dispositivos Constitucionais contendo os objetivos e comandos da norma de direitos fundamentais. A esse respeito, as normas de proteção de alguns dos direitos universais do homem, incertos na Constituição brasileira de 1988, não surgiram na referida Constituição senão, por uma das formas de internalização do Direito Internacional. Diferente do Brasil, a Constituição da Guatemala estabelece no artigo 46, o princípio geral de que, em matéria de Direitos Humanos, os tratados e convenções internacionais têm preferência sobre o Direito interno: "*Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno*". Em Honduras, o artigo 18 da Constituição Federal consagra a superioridade dos acordos internacionais sobre as normas internas em caso de conflitos: "*En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero*" e o artigo 17 da mesma Constituição prevê a aprovação desse tratado internacional pelos mesmos procedimentos utilizados para a reforma da Constituição antes de ser ratificado.

A Constituição da Argentina, resultante da reforma de 1994, em seu artigo 75, inciso XXII, estabelece que os tratados internacionais sejam superiores às leis do Estado, defendendo ainda, a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos como superiores à Constituição se aprovados por 2/3 dos votos da totalidade dos membros de cada uma das Câmaras e relaciona aqueles acordos de Direitos Humanos aos quais da eficácia constitucional:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra a mujer; la Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

A República da Venezuela, em sua Constituição de 1999, no artigo 23, recepciona os tratados de direitos humanos por ela ratificados como norma de valor constitucional; o mesmo ocorre com a Constituição da Costa Rica, princípio esculpido no artigo 25 da Constituição da Alemanha. O mesmo não ocorre com as Constituições da Espanha, artigo 96.1, e da França, artigo 54, onde o Direito Internacional é tido por superior ao Direito interno.

A internalização do Direito Internacional no direito hondurenho não se limita aos Direitos Humanos, e a sua Constituição estabelece no artigo 17 que quando um tratado internacional afete uma "*...disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado...*" Essa mesma fórmula está prevista no artigo 57 da Constituição do Peru de 1993, onde se permite a reforma da Constituição por meio de acordos internacionais. Na Espanha, por

outro lado, para aprovação de um tratado internacional contrário à Constituição, é necessária prévia revisão da Constituição:

Artículo 95: 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

O citado parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo resultante da Emenda Constitucional nº. 45, quer parecer tenha pretendido passar a tratar os Direitos Humanos com a importância que lhe é dada na sociedade internacional e na grande maioria dos Estados. No entanto, muito dependerá de como a jurisprudência de nossas Cortes venha a se posicionar, já que, ainda que tenham sido os acordos internacionais de Direitos Humanos elevados à hierarquia e força constitucional, se "aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", o que, faz surgir, e é o que faz parecer, tenham surgido duas categorias hierárquicas de direitos humanos originários do Direito Internacional. É que, na expressão do citado dispositivo constitucional, a aprovação do acordo internacional de direitos humanos pela forma que vinha sendo praticado antes da referida reforma não foi revogada, já que, a partícula "se aprovado" não impõe uma condição, não revogando assim, a forma primitiva.

Considerações finais

Reconhece o autor do artigo não ser um pesquisador ou doutrinador com a cultura jurídica e as qualidades necessárias para traçar posicionamento em relação àqueles institutos. No entanto, o fato de ser pessoa de direitos e deveres na ordem jurídica, posiciona-se como advogado que também é, e nessa qualidade, prima pelo melhor direito. Acredita e persegue. Em tal sentido, espera poder contribuir.

Desde o surgimento das mais rudimentares formas de organização social, mereceram a atenção determinados direitos que se voltaram à proteção do indivíduo, direitos esses, que receberam denominações mais variadas como direitos universais, direitos humanos e etc. Esses direitos, ao longo da existência humana, vêm sofrendo transformações e evoluções junto à sociedade. Na sociedade internacional encontraram maiores facilidades para se desenvolver, retornando aos Estados sob forma de tratados internacionais os quais, após processo de internalização passaram a integrar seu ordenamento jurídico. De tal forma, os direitos humanos, em seu processo de internalização, mereceram de alguns Estados, a qualidade de norma de Direito Constitucional. Ocorre que no Brasil, até o advento da Emenda Constitucional número 45 de 31 de dezembro de 2004, os acordos internacionais de direitos humanos, devidamente internalizados podiam perder sua eficácia por força de edição de norma ordinária, já que tais direitos, a despeito da sua importância, eram, ordinariamente, internalizados com tal hierarquia. Com a referida emenda, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a poder tramitar junto ao Congresso Nacional como emenda constitucional, o que já é um avanço. Melhor seria, ocorresse como nos Estados Unidos, México, Argentina, Espanha, etc.

Referências bibliográficas

- ARAGÓN, Manuel; *Constitución, democracia y control*; Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- BOBBIO, Norberto; *A era dos direitos*; 11ª edição; Editora Campus; tradução de Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro; 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder; *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª edição; ed. Saraiva, 2004.
- DALLARI, Pedro; *Constituição e Relações Exteriores*; ed. Saraiva, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; *Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica*, in "VALADÉS, Diego Y RIVAS, Rodrigo Gutiérrez; *Derechos humanos*; Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III; Universidad Nacional Autónoma de México; 2001.
- FRAIDENRAIJ, Susana y SILVA, Ricardo Méndez; *Elementos de derecho internacional humanitario*; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2001.
- GARCÍA VILLEGAS, Olga Sánchez Cordero de; *La constitución y los tratados internacionales – Un interpretación judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los tratados en la legislación nacional*; Cuadernos jurídicos 8; Suprema Corte de Justicia de la Nación – Argentina; 1999.
- GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo; *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 1985.
- HUSEK, Carlos Roberto; *Elementos de Direito Internacional Público*; ed. Malheiros; Brasil, 1995.
- KELSEN, Hans; *Teoria Pura do Direito*; Tradução de João Baptista Machado; ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- LADÉS, Diego e RIVAS, Rodrigo Gutiérrez; *Derechos humanos*, Memoria Del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, tomo III; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Doctrina Jurídica, num 64; primera edición; México; 2001.
- LANDA ARROYO, César; *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*; Pontificia Universidad Católica del Perú; Perú, 1999.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto; *Soberania e Direito Internacional Público in Soberania: antigos e novos paradigmas*; Rio de Janeiro; Livraria Freitas Bastos; 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque; *Curso de Direito Internacional Público*; 1º volume; 14ª edição; ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2002.
- MONTEIRO REIS, Márcio; *Mercosul, União Européia e Constituição – A Integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais*; ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2001.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos; *Costume Internacional – Gênese do Direito Internacional*; ed. Renovar; Rio de Janeiro; 2002.
- PERGOLA, Antonio la; *Constitución del Estado y normas internacionales*; Universidad Nacional Autónoma de México; Traductores: José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; México, 1985.
- QUADRA, Héctor; *La Proyección Internacional de los Derechos Humanos*; Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 1970.
- RAMIREZ, Manoel Bebera; *Deixo internacional Público*; Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 1991.
- REIS, Márcio Monteiro; *Mercosul, União Européia e Constituição – A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais*; ed. Renovar; Rio de Janeiro; 2001.
- ROBLEDO, Antonio Gomes; *El ius cogens internacional, Estudio histórico-crítico*; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2003.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando; *Manual de direito internacional público*; ed. Saraiva; São Paulo; 2002.

SILVA, Ricardo Mendes; *Derecho internacional de los derechos humanos*; *Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de investigaciones jurídicas, Série doutrina jurídica, num. 98; México, 2002.

_____, Coordenador, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 2002.

SPIELMAN, Carlos André; *A constitucionalização do direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003.

VALLE, Agustín Basave Fernández del; *Filosofía del derecho internacional*; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2001.

Artigo enviado em 12/05/2005, aceito em 15/11/2007.