

O status das normas internacionais no direito interno: um estudo comparado entre Brasil e Portugal

RESUMO: *O presente artigo pretende analisar o status atribuído às normas dos tratados internacionais recepcionados pelos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal e, em especial, o valor normativo conferido as normas de direito internacional dos direitos humanos. Por meio de um estudo comparado das tendências jurisprudenciais e doutrinárias na matéria, ao final buscar-se-á responder a indagação de que se nos ordenamentos estudados estão presentes os elementos formadores de um sistema constitucional que respeite as normas internacionais.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito; Constitucional; Internacional; Direitos Humanos*

ABSTRACT: *The present article aims to analyse the status attributed to the norms of international law received by the Brazilian and Portuguese legal systems, and, in special, the normative value conferred to the norms of international human rights law. By a comparative study of the tendencies of the jurisprudence and doctrine in the issue, at the end it will seek to answer the question of if in the juridicals orders studied are present the founding elements of a constitutional system that respect the international norms.*

KEYWORDS: *Law; Constitutional; International; Human Rights*

1. Introdução

A análise da Constituição deve ir além do estudo de sua essência e conteúdo nos seus aspectos políticos e jurídicos, pois para a sua real compreensão deve-se examinar a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder.

Dessa forma, a Constituição não se resume unicamente a seu texto, mas sim ao que os detentores e destinatários fazem com ele na prática.¹ Isso porque as Cortes Constitucionais podem modular de diversas maneiras os efeitos de suas sentenças, uma vez que os textos constitucionais lhes permitem adotar a modalidade de decisão que mais permita assegurar a garantia da sua integridade e da consecução de seus objetivos.

Assim, especificamente no que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), a aplicação da Constituição e dos instrumentos internacionais de proteção pelas cortes internas e internacionais faz nascer um novo texto constitucional, oriundo da interpretação das normas pelos magistrados. Tal prerrogativa significa que a Constituição não é unicamente a letra escrita de suas normas, mas sim um todo agregado de valores e princípios o qual os juízes fazem uma interpretação objetiva quando aplicam.² Nesse sentido, no que concerne na interpretação constitucional dos direitos humanos, deve-se utilizar uma interpretação dinâmica e progressiva que assuma as mudanças e transformações ocorridas ao longo dos tempos, e dessa maneira se obterá uma aplicação adequada dos direitos humanos. Essa interpretação evolutiva dará, ao mesmo tempo, permanência e durabilidade à Constituição.³

Nessa seara interpretativa, o objetivo da presente análise é comparar os sistemas de recepção de tratados – em geral e em direitos humanos – de Brasil e Portugal, de forma a salientar seus avanços e retrocessos de produção normativa e de interpretação constitucional-internacional. A escolha dos dois países se dá pela inegável influência lusitana no desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro, sendo que, nesse momento, é necessário comparar as formas de recepção e interpretação

1 LOEWENSTEIN. 1979, Pág 217

2 BIDART CAMPOS, 2005, Pág. 404

3 BIDART CAMPOS, 2005, Pág. 404

das normas internacionais em ambos os países, de forma a concluir, ao final, o nível de desenvolvimento normativo e jurisprudencial que se encontram os mesmos, baseados no paradigma da interpretação *pro homine*, estabelecido pelas cortes internacionais de direitos humanos, que vinculam em âmbito regional os dois países.⁴

2. A Recepção das normas internacionais no Brasil

As disposições da Constituição da República do Brasil de 1988 estabelecem claramente o intuito do país de se guiar pelos ideais da dignidade humana e valorização do indivíduo, como se pode aduzir dos artigos 1º, inciso III⁵; 4º, inciso II⁶; e 5º⁷. O Brasil passa, ademais, a se submeter à rede de proteção internacional aos Direitos Humanos e a proteger de forma complementar e suplementar os indivíduos sob sua jurisdição com a aprovação e ratificação de diversos instrumentos internacionais.⁸

4 Nesse sentido, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Portugal, por sua vez, é parte da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e aceita a competência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

5 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(Adiante CR/88). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

6 CR/88. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;

7 Em especial os §§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

8 Entre os tratados de direitos humanos ratificados após a Constituição de 1988 estão a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24

As normas internacionais são recepcionadas nos ordenamentos jurídicos internos por diretrizes estabelecidas nos seus respectivos textos constitucionais. Uma vez que a Constituição Brasileira de 1988 não possui em seu texto o comando expreso de qual o *status* os tratados internacionais possuem no ordenamento interno, coube a doutrina e a jurisprudência o firmar.

2.1. O Brasil e os tratados de direito internacional geral

Em matéria de tratados de direito internacional geral é pacífico que os tratados internacionais sobre matérias diversas dos direitos humanos possuem força de lei ordinária no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange a doutrina, pode-se citar REZEK (2005, Pág. 101), que se baseia na jurisprudência para fundamentar sua posição. Em sede jurisprudencial, a posição dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) (1996, Extradução 662) é a de os tratados ou convenções internacionais de matéria geral, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.

2.2. A controvérsia sobre tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos

No que tange aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, por sua vez, a doutrina nacional entende majoritariamente⁹ que os mesmos deveriam ser recepcionados com o status de norma constitucional. Assim se daria pelo fato

de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; entre outros,

9 Nesse sentido, ver as opiniões, inter alia, de Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes.

de que uma análise teleológica da Constituição de 1988 nos levaria a concluir que o legislador originário pretendeu conferir uma proteção privilegiada a esse ramo dos direitos ao elencá-los como um dos pilares da nação.¹⁰ Dois momentos se distinguem nessa matéria: o anterior a emenda constitucional 45 e o momento posterior à mesma. Ainda mais, é importante ressaltar a mudança de paradigma sobre o *status* dos tratados de direito internacional dos direitos humanos realizada pelo STF em dezembro de 2008, na histórica decisão do RE 466.343 (2008).

2.2.1. Posição do STF antes da Emenda Constitucional N° 45 de 2004

Anteriormente à emenda 45, a jurisprudência expressava uma opinião divergente do preceito de que as normas de direito internacional dos direitos humanos seriam equivalentes às normas constitucionais. Nesse contexto, dois acórdãos do STF são paradigmáticos em matéria de qualificação do *status* de tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos em nível interno. São eles o *Habeas Corpus* 72.131 (1995) e a *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* 1.480 (1997). Em ambas as decisões a Suprema Corte brasileira decidiu que (i) as normas de direito internacional dos direitos humanos advindas de convenções internacionais não prevaleceriam sobre a Constituição, tendo o *status* equiparado à legislação ordinária em nível interno, em uma relação de paridade normativa. Nesse sentido, (ii) os tratados que transgredissem formal ou materialmente o texto constitucional não teriam qualquer valor jurídico. O poder judiciário, por sua vez, (iii) teria a prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

10 CR/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana (Grifo nosso).

Tal posicionamento da Suprema Corte era claramente violatório dos princípios do Direito Internacional dos Tratados, por três razões. Primeiramente, *(i)* apenas a denúncia é instrumento eficaz para que um Estado deixe de se vincular a uma norma convencional. A única exceção possível a tal prerrogativa seria a superveniência de uma norma cogente de Direito Internacional, que segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é causa de nulidade do mesmo¹¹, exceção que não se aplica a qualquer um dos tratados em vigor no país atualmente.

Por outro lado, *(ii)* a afirmação de que careceriam de valor jurídico os tratados que possuísem diretrizes diversas das constitucionais não possui validade em direito internacional, apesar desse argumento ser constantemente utilizado pelos países, como afirmam DAILLIER e PELLET (2003, Pág. 282). O próprio Supremo Tribunal Federal (2000, Recurso ordinário em Habeas Corpus No 79.785-7) já estabeleceu que a Constituição Federal deveria prevalecer sobre as normas convencionais internacionais, afirmando que, no momento em que há conflito entre a norma interna e a norma internacional, a primeira deveria se sobressair. Essa posição não deve prevalecer por dois motivos, quais sejam: *(a)* quando um Estado contraria uma norma de um tratado está cometendo um ato ilícito perante a Comunidade Internacional¹², e *(b)* é um princípio geral

11 CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. (Adiante CONVENÇÃO DE VIENA) Art 64. Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

12 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS,. Art 2: Há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando sua conduta consiste em uma ação ou omissão que:(a) É atribuível ao Estado de acordo com o Direito Internacional; e(b) Constitui uma quebra de uma obrigação internacional do Estado. (tradução livre)

do Direito Internacional que as disposições de lei interna não podem prevalecer perante um tratado internacional¹³.

Na mesma linha de raciocínio, não seria possível, em último lugar, (iii) a realização do *controle de constitucionalidade* dos tratados pelos mesmos motivos acima apresentados. Isso porque um país ao se submeter ao texto de um tratado tem a obrigação de adequar seu ordenamento interno para a execução das disposições convencionadas, por ter se comprometido a respeitá-las na esfera internacional. Contudo, não era esse novamente o posicionamento do STF. O Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que a hierarquia da Constituição estaria ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados.¹⁴

2.2.2 Posição do STF após da Emenda Constitucional N° 45 de 2004

Após o advento da emenda constitucional 45/2004, o texto constitucional passou a manifestar expressamente que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.¹⁵

13 CONVENÇÃO DE VIENA. Art 27: Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

14 STF 2000, Recurso ordinário em Habeas Corpus No 79.785-7.

15 CR/88.Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem

Se antes da emenda constitucional 45 havia divergência acerca do *status* dos tratados de direito internacional dos direitos humanos, após dita emenda a questão não foi ainda definitivamente solucionada, como salienta RAMOS (2007, Pág. 32). O reconhecimento do *status* constitucional aos tratados de direitos humanos solucionaria em parte os problemas de definição e conflito de normas no que tange aos tratados que virão a serem celebrados pelo Brasil. Contudo, no que diz respeito aos tratados ratificados anteriormente à dita emenda, resta a dúvida quanto seu *status* e quanto à possibilidade de se contrariar um princípio constitucional por vias de um pretenso *standard* superior das normas de direitos humanos.

REZEK (2005, Pág. 103) acredita que como não houve no texto da emenda quaisquer referências aos tratados de direitos humanos anteriores, concluídos por processo simples, o legislador quis elevar os mesmos à categoria dos tratados de nível constitucional. Nessa seara, CANÇADO TRINDADE (2006) criticou dita emenda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por entender que a mesma dificulta a incorporação das normas de direitos humanos em nível constitucional, uma vez que o processo ordinário de recepção de tratados existente anteriormente a emenda já garantiria o *status* constitucional a ditas normas.¹⁶

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (Adiante CORTE IDH) (2006, § 30).

2.2.3. STF e a histórica decisão sobre o *status* dos tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos

Com a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do *status* das normas provenientes dos tratados de Direitos Humanos (2008, RE 466.343.-SP), que agora possuiriam um status *supralegal* no ordenamento jurídico brasileiro, encerra-se o antigo debate e abre-se espaço para a integração do Brasil no âmbito internacional, por concretizar o paradigma constitucional-internacionalista no qual se devem amparar os estados democráticos de direito.

Dessa forma, surge uma nova pirâmide jurídica no nosso país: no patamar inferior está a legislação infraconstitucional, na posição intermediária estão os tratados de direitos humanos (aprovados sem o quorum qualificado do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal) e no topo está a Constituição. Apesar de tal conformação não representar fielmente as obrigações internacionais assumidas pelo país, representa um grande avanço na evolução jurisprudencial nacional.

Pelo novo *status* conferido às normas de direitos humanos conclui-se que toda lei deverá possuir uma dupla compatibilidade, qual seja, com a Constituição e com os tratados de direito internacional dos direitos humanos. Esses últimos sistemas, por sua vez, deverão compartilhar fundamentos e bases comuns, de modo a realizarem um sistema de reenvio (ou realimentação), que conforme BIDART CAMPOS (1998, Pag 451) é um esquema no qual o direito interno deverá aplicar o sistema internacional de proteção quando este for mais favorável ao indivíduo. Assim, o DIDH subordina o direito interno em matéria de direitos humanos porque o obriga a fazer efetivo o *mínimo* que consagra em suas normas. Contudo, reenvia à mesma fonte interna

quando esta é mais generosa e maximizadora da proteção ao indivíduo, o que dá um testemunho claro da forma que funciona a hierarquia do DIDH e o direito interno: o Estado tem deveres de ação e de omissão para com o direito internacional, que é um piso, e não como um teto a ser respeitado.¹⁷

Nesse sentido, o DIDH é um direito mínimo e subsidiário, sendo que o direito interno opera em tudo o quanto amplia, acresce e melhora o sistema de direitos proveniente do direito internacional, o que é simples aplicação da realimentação em matéria de direitos humanos que deve dar-se em matéria de direito internacional dos direitos humanos e direito interno.

3 – A recepção das normas internacionais em Portugal

No que tange a análise da recepção e interpretação de tratados internacionais por Portugal, optou-se por realizar um estudo mais detalhado de forma a informar ao público em geral sobre o sistema alienígena, pouco estudado no Brasil.

3.1. As relações entre os três ordenamentos jurídicos superiores

Com o intuito de analisar a força jurídica das normas de direito internacional e os possíveis conflitos resultantes de sua aplicação em conjunto com o direito interno em Portugal, é necessário esclarecer as relações existentes entre a Constituição e a legislação infraconstitucional com o direito internacional (geral e convencional).

17 BIDART CAMPOS. 1998, 451

3.1.1. A Constituição e o ordenamento interno e sua relação com o direito internacional

A Constituição é o valor-base de uma Nação e abarca os princípios e normas que deverão nortear as relações jurídicas de um certo agrupamento de indivíduos, em toda a sua complexidade. Por sua vez, as normas de direito internacional (DI) são aquelas que em uma perspectiva geral guiam as relações entre Estados e as relações entre o Estado e os indivíduos sob sua jurisdição. Em uma perspectiva estrita, o DI engloba as normas específicas que condicionam as ações de um país quando ele expressa seu consentimento em se obrigar por aquelas ou quando o Estado está obrigado a cumpri-las em razão do direito consuetudinário ou mesmo das regras de *jus cogens*.

3.1.1.1. Normas de direito internacional geral e a Constituição

A Constituição da República Portuguesa (CRP) aborda a relação entre o direito interno e o direito internacional público em seu artigo 8º¹⁸, não sendo clara a respeito da hierarquia dessas normas em relação ao direito interno. A respeito da relação entre a Constituição e o direito internacional geral ou consuetudinário, tem-se que por um lado o número 1 do citado artigo estabelece que as normas do direito internacional geral são parte do direito português - não necessitando da incorporação formal no ordenamento jurídico para vincular o país; por outro lado não especifica qual a posição das mesmas no ordenamento.

A abordagem mais aceita é a de que as normas de direito

18 CRP. Artigo 277.º(Inconstitucionalidade por acção) 1. São inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

internacional geral possuem *status supraconstitucional* no ordenamento jurídico, uma vez que as mesmas constituem um limite ao próprio poder constituinte e à Constituição, como afirmam CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, Pág. 260), tendo em vista que normas contrárias ao direito internacional consuetudinário não possuiriam a legitimidade necessária para serem incorporadas em um texto constitucional que se baseie no estado democrático de direito. Corrobora essa tese JONATAS MACHADO (2004, Pág. 156-7) no que tange as normas de direito internacional que também possuem *status de jus cogens*, mas não em relação ao restante das normas de DI comum, que para o autor teriam *status* constitucional.

Para alguns, o posicionamento de que as normas de direito internacional geral têm valor supraconstitucional, contudo, entraria em contradição com a norma constitucional¹⁹ que estabelece a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de *todas* as normas que contrariem a Constituição – o que incluiria as normas de direito internacional geral - sendo que a Constituição não permitiria por em dúvida a supremacia *incondicional e ilimitada* de seu texto sobre o direito internacional comum, conforme o entendimento de CAMPOS e CAMPOS (2007, Pág. 41). Parece ser mais coerente, entretanto, a corrente que defende a vocação universalista da Constituição de forma que não poderia ser concebível a declaração de inconstitucionalidade dessas normas, pois o texto máximo do país deveria se adaptar aos princípios reguladores do Direito Internacional.

19 CRP. Artigo 277.º (Inconstitucionalidade por acção) 1. São inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

3.1.1.2 Normas de direito internacional geral e as normas internas infraconstitucionais

No que tange à relação das normas de direito internacional geral com as normas internas de valor infraconstitucional, por sua vez, é entendimento pacífico que o artigo 8º aponta implicitamente para a supremacia das normas internacionais diante das normas internas anteriores ou posteriores.²⁰

No que diz respeito à relação entre o direito internacional convencional e a Constituição, o número 2 do artigo 8º expressa que o direito convencional será recepcionado no ordenamento português após a sua publicação oficial e enquanto vincular internacionalmente o Estado. A Constituição aderiu a tese da *recepção automática condicionada*²¹ desse tipo de normas, mas novamente não esclareceu sua posição no ordenamento jurídico. Contudo, a solução parece ser simples uma vez que, no que se refere à relação entre a Constituição e as normas convencionais, a supremacia constitucional é incontestável por duas razões: por um lado, pela clara definição de inconstitucionalidade; e por outro, pelo *poder-dever* dos tribunais em geral julgarem inconstitucional e recusar a aplicação das normas contrárias à Constituição.²²

Se a questão é menos controversa em relação a interação das normas constitucionais e o direito convencional, por outro lado a doutrina possui um claro dissenso a respeito da relação entre as normas convencionais e as normas infraconstitucionais. Por um lado se entende que as normas convencionais são equivalentes às normas inferiores à Constituição; e por outro, que possuiriam status *supralegal*,²³ embora infraconstitucional. A

20 CANOTILHO e VITAL MOREIRA. 2007, Pág. 259

21 CANOTILHO. 2003. Pág. 821

22 CAMPOS e CAMPOS. 2007, Pág. 401

23 CAMPOS e CAMPOS. 2007, Pág. 399

última tese é a mais aceita pela doutrina²⁴ e deve prevalecer por dois motivos, quais sejam: (a) quando um Estado contraria uma norma de um tratado está cometendo um ato ilícito perante a Sociedade Internacional, e (b) é um princípio geral do Direito Internacional consuetudinário que as disposições de lei interna não podem prevalecer perante um tratado internacional. É nesse sentido que parece apontar implicitamente a Constituição Portuguesa²⁵ e a jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁶

É importante salientar que como forma de não invalidar em nível interno normas válidas no âmbito externo, o artigo 277 (2)²⁷ estabelece que violações de regras não fundamentais que digam respeito à competência, forma ou procedimento na celebração ou aprovação de tratados não devem impedir sua vigência em nível interno.²⁸ Tal regra é compatível com o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante citada como Convenção de Viena), que estipula em seu artigo 47²⁹ que a impossibilidade de um representante de um Estado manifestar o consentimento do mesmo em

24 MARTINS. 2004, Pág 439

25 Especial ênfase deve ser dada a segunda parte do artigo 8º, que estipula que as convenções são válidas em nível interno enquanto vigorarem internacionalmente, o que conseqüentemente trás a impossibilidade de um ato legislativo interno posterior possa suspender, alterar ou revogar a convenção. MACHADO (2004. Pág.177/178)

26 MACHADO. 2004, Pág. 178

27 CRP. Artigo 277.º (Inconstitucionalidade por acção) (...). 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

28 CANOTILHO e VITAL MOREIRA. 1993, Pág. 999

29 CONVENÇÃO DE VIENA. Artigo 47. Restrições Específicas ao Poder de Manifestar o Consentimento de um Estado. Se o poder conferido a um representante de manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um determinado tratado tiver sido objeto de restrição específica, o fato de o representante não respeitar a restrição não pode ser invocado como invalidando o consentimento expresso, a não ser que a restrição tenha sido notificada aos outros Estados negociadores antes da manifestação do consentimento.

um tratado, se não for pública, não é causa da invalidação do consentimento concedido. A norma constitucional portuguesa demonstra, assim, apoio da tese de presunção de validade e eficácia dos tratados internacionais.

3.1.1.3. Constituição e normas infraconstitucionais e as normas de *jus cogens*

Na discussão a respeito da relação entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional com as normas de direito internacional consuetudinárias e convencionais surge mais um ponto de discussão, qual seja, o das normas de *jus cogens*. De acordo com a Convenção de Viena, a definição de uma norma como *jus cogens* significa que a mesma é aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza³⁰. A relevância da definição de uma norma como *jus cogens* é no sentido de que a sua violação representa uma quebra agravada de um dever geral de grande importância reconhecido pela sociedade internacional.

Se um Estado se baseia nos princípios e normas do direito internacional para guiar seus atos e normas, conseqüentemente deve aceitar a vigência e imperatividade das normas de *jus cogens*, que representariam, inclusive, um limite ao poder constituinte dos Estados³¹.

30 CONVENÇÃO DE VIENA. Art 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

31 KADELBACH. 1999, Pág. 66-7

Nesse sentido, a conformação dos Estados com os preceitos de DI, por meio da aceitação do *jus cogens* e a abertura do Direito Internacional contemporâneo a valores superiores e fundamentais aproximam a Sociedade Internacional cada vez mais a um direito internacional verdadeiramente universal.³²

O número 3 do artigo 8º da Constituição Portuguesa estabelece que as normas emitidas pelos órgãos competentes de quaisquer organizações internacionais que Portugal seja parte vigoram na ordem interna, com a condição que a competência de tais órgãos seja criada pelos tratados constitutivos dos mesmos. Isso significa que, independentemente de quaisquer atos de recepção interna, as normas dos órgãos de cunho legislativo dos organismos internacionais dos quais Portugal seja parte vigoram em seu ordenamento jurídico. A questão que se levanta novamente é a de saber qual o *status* que tais normas possuem no ordenamento jurídico interno e qual sua relação com a Constituição. Não sendo a disposição do número 3 expressamente referente ao Direito Comunitário, que possui princípios específicos, surge a dúvida quanto às hipotéticas normas advindas de organizações internacionais das quais Portugal seja parte.

Por exemplo, caso surja um protocolo à Carta das Nações Unidas que estabeleça um órgão legislativo internacional em matéria especializada e Portugal aceite sua competência, o problema que se coloca é se as normas de tal órgão prevaleceriam sobre as normas de direito interno. JONATAS MACHADO (2004, Pág. 167) ressalta que a imprecisão do artigo 8º (3) deve ser contornada por meio de uma interpretação corretiva, que garanta força normativa na ordem interna dos atos de natureza jurisdicional e administrativo praticados pelos órgãos compe-

32 CORTE IDH. (2004. § 44).

tentes das organizações internacionais; sublinhando que melhor seria, contudo, que se realizasse uma reforma trazendo uma nova redação ao artigo.

2. Controle jurisdicional da interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional

Por meio da conjugação do princípio do Estado de direito com o princípio da soberania estatal é possível ao Tribunal Constitucional Português (TCP) realizar a análise da constitucionalidade dos tratados internacionais, uma vez que o Estado português só pode se obrigar no âmbito internacional nas matérias e na forma permitidas pelo texto constitucional. Nesse sentido, o regime das fontes condiciona, portanto, a jurisprudência constitucional e é, por sua vez, condicionado por esta.

O dispositivo legal que possibilita a análise de constitucionalidade do direito internacional é o artigo 277º (1), em conformidade com os procedimentos estabelecidos nos artigos 278º (1), 280º (3) e 281º (2) da Constituição da República Portuguesa. Cabe ressaltar que o direito internacional que está subordinado à análise de constitucionalidade se limita ao direito internacional convencional, uma vez que o direito internacional geral ou consuetudinário é incorporado automaticamente na constituição com hierarquia superior, como descrito anteriormente. Nesse aspecto, é necessário frisar que a supremacia da Constituição em relação às convenções internacionais não impede, no caso concreto, que as convenções possuam regras que, por sua natureza (de *jus cogens* ou direito internacional geral), sejam equivalentes ou superiores às regras constitucionais.³³

Se por um lado é possível afirmar a supremacia da Constitui-

33 MACHADO; 2004, Pag 174

ção em relação ao direito internacional convencional, por outro lado, os tratados internacionais possuem supremacia em relação à legislação infraconstitucional. De tal fato se desdobra a presunção de constitucionalidade dos tratados internacionais ratificados pelo Estado, como se pode aduzir pela obrigatoriedade do Ministério Público submeter um recurso para o Tribunal Constitucional em caso de recusa da aplicação de convenções internacionais fundamentadas em sua inconstitucionalidade.³⁴

Entretanto, essa presunção não é absoluta, visto que não é em todos os casos que as normas de uma convenção prevalecem sobre as normas de direito interno, pela própria lógica da possibilidade de controle de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional pode compatibilizar sua decisão sobre esse conflito de normas com a solução mais adequada, pela própria norma do artigo 70º (1) (i)³⁵ da lei do TCP, que diz respeito à possibilidade de analisar as questões jurídico-internacionais ou jurídico-constitucionais implicadas na recusa de aplicação normativa, determinando se a disposição de direito internacional convencional está em vigor e vincula o Estado e se deve prevalecer sobre a norma legal interna.³⁶

34 CRP. Artigo 280.º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade) 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; (...)2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; (...) 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público. (...)

35 LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS Lei 28/82, de 15 de Novembro. Artigo 70º. (Decisões de que pode recorrer-se). 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: i) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a que questão pelo Tribunal Constitucional.

36 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Ac. n.º 598/2004. Processo n.º 685/03. 2.ª Secção. Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues.

Importante salientar que o vício que atinge uma norma interna contrária ao direito internacional não é o de inconstitucionalidade, mas sim uma espécie de ilegalidade. Isso porque há apenas a violação da norma constitucional que estabelece a preferência normativa, não havendo a violação direta da Constituição, mas uma modalidade específica de contrariedade, designada por CANOTILHO e MOREIRA (2007, Pág. 262) como violação de *leis dotadas de supremacia sobre outras leis*.

3. O problema da aplicação das normas de Direitos Humanos

Diante da análise das possíveis formas de solução de conflitos de aplicação das normas de direito constitucional e internacional no direito português, surge uma questão a ser levantada. No que diz respeito às normas de direitos humanos, sejam elas integrantes de quaisquer desses sistemas, o problema que se coloca é o de qual o método de aplicação deve ser utilizado: se àqueles métodos supracitados de ponderação entre os ordenamentos ou se a regra da interpretação *pro homine*.

Nesse sentido, o princípio *pro homine* (também conhecido como princípio da norma mais favorável ao indivíduo) diz respeito ao fato de que diante de um conflito acerca da aplicação de normas referentes aos Direitos Humanos, deve prevalecer aquela norma que garanta a maior proteção para o indivíduo.³⁷ Seria, portanto, irrelevante a discussão sobre a hierarquia das normas em questão ou da sua preferência de aplicação, pois a preocupação deveria se centrar prioritariamente no *conteúdo* das mesmas ³⁸. A norma que materialmente garantisse maior proteção deveria prevalecer, independentemente de seu status no ordenamento jurídico.

37 BIDART CAMPOS. 1998, Pág. 460

38 GOMES, 2006

Como base legal para a sustentação da existência do determinado princípio, pode-se citar o artigo 16(1)³⁹ da Constituição da República Portuguesa, que ao tratar do âmbito e sentido dos direitos fundamentais estabelece que *os direitos constantes na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional*. Esse artigo constitui uma cláusula aberta e aponta para um conceito material dos direitos humanos, uma vez que estipula que não só os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados são aplicáveis aos indivíduos, mas também aqueles direitos provenientes de leis e normas do direito internacional⁴⁰, podendo-se concluir, portanto, que há direitos fundamentais além daqueles previstos na Constituição.⁴¹ Apesar de autorizar a aplicação de direitos fundamentais diversos dos constitucionalmente consagrados, o artigo não se refere expressamente à preferência de aplicação da norma mais benéfica. Por outro lado, o critério da primazia da norma mais favorável é consagrado em vários tratados de direitos humanos e contribui para minimizar ou reduzir as possibilidades de conflito entre os instrumentos legais. Pode-se citar, *inter alia*, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴² e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴³.

39 CRP. Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

40 MIRANDA. 2003, Pág 139

41 CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA. Artigo 53. Nível de proteção. Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

42 CANÇADO TRINDADE. 1992, Págs. 317-8

43 PETERS. 2006, Pág, 586

Seguindo essa linha de raciocínio, não haveria mais a pretensão de primazia do direito internacional ou do direito constitucional, uma vez que esses sistemas devem interagir em benefício dos seus destinatários. Isso porque, num caso concreto, o que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, aplicando-se a norma que melhor proteja a vítima de uma violação de direitos humanos.⁴⁴ De tais disposições pode-se concluir que não pode o Estado atuar, em qualquer de suas esferas, de forma a prejudicar o gozo dos direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição, devido ao fato do conceito de soberania estar passando por importantes modificações, e o respeito à soberania ser agora conectado diretamente ao respeito pelos direitos humanos.⁴⁵ Dessa forma, como estipula GOMES (2006), caso a norma internacional garanta uma maior proteção ao indivíduo pouco importaria se trata-se de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, pois impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados.

4 – A interação entre as normas internacionais e sua recepção nos ordenamentos jurídicos internos

Após expostos sucintamente os paradigmas interpretativos dos sistemas de recepção das normas internacionais em Brasil e Portugal, cumpre realizar algumas considerações sobre seus resultados. De um lado, tem-se que ambos os textos constitucionais não esclarecem expressamente o *status* conferido às normas internacionais, sejam elas de direito internacional geral ou de direitos humanos. Disso resulta que resta a doutrina e a jurisprudência analisarem a Constituição, sendo que, nos dois

44 CANÇADO TRINDADE. 1992, Págs. 317-8

45 PETERS. 2006, Pág. 586

sistemas, uma interpretação sistemática leva indubitavelmente à conformação de que as normas internacionais possuem certa primazia em relação às normas de direito interno.

Tal se dá pelo próprio postulado de que os Estados, quando inseridos na Comunidade Internacional, devem respeitar as suas normas para que sejam reconhecidos enquanto entidade idônea e legítima. O conceito clássico de soberania encontra-se, desse modo, superado por uma idéia de que as normas internacionais comuns aos Estados democráticos devem ser respeitadas sob qualquer situação. A forma mais clara de se verificar a necessidade de cumprimento de ditas normas é no que concerne ao direito internacional dos direitos humanos, que possui uma legislação internacional que em grande parte deve obrigatoriamente ser cumprida pelos Estados, seja por seu caráter de *jus cogens*, seja por sua necessária ligação com a consecução de um estado de direito democrático e livre.

Quando uma Constituição estabelece que os direitos e liberdades reconhecidos no seu texto devem ser interpretados em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, como fazem as Constituições brasileira e portuguesa, ela está aceitando o sistema de fonte dupla (ou realimentação) dos direitos humanos, que, como exposto anteriormente, possibilita que os sistemas interno e internacional realizem uma comunicação recíproca de forma a garantir que a norma (interna ou internacional) que materialmente forneça uma maior proteção ao indivíduo seja aplicada de forma preferente, independentemente de esquemas clássicos de hierarquia.

BIDART CAMPOS (1998, Pág. 461) entende que esse princípio está implícito em todas as constituições democráticas, mesmo as que não o anunciem explicitamente, uma vez que faz parte de seu cerne o respeito às normas internacionais. O

autor ainda afirma que a interpretação constitucional remete – em uma boa proporção, à captação e compreensão de um *sistema axiológico* que seja comum ao direito constitucional e ao direito internacional dos direitos humanos, no qual se admita a existência de direitos implícitos. Cita ainda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH, 1999) no sentido de que a ordem pública deve compreender um conglomerado de condições que assegure o funcionamento normal e harmônico das instituições, com base em um sistema coerente de princípios e valores que se integrem conforme as justas exigências de uma sociedade democrática.

Dessa maneira, a interpretação das normas de direitos humanos deveria seguir uma dupla perspectiva, sempre visando uma maior proteção ao indivíduo. Em primeiro lugar, (i) diante da possibilidade de aplicação de mais de uma norma em um caso que envolva a proteção aos direitos humanos, dever-se-ia aplicar aquela que protegesse mais extensivamente o direito em questão, ou o restringisse menos. Por outra perspectiva, (ii) no caso da interpretação de uma norma, dever-se-ia utilizar os princípios da interpretação evolutiva das normas de direitos humanos, que dita que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Portanto, no que concerne na interpretação constitucional dos direitos humanos deve-se utilizar uma interpretação dinâmica e progressiva que assuma as mudanças transformações ocorridas ao longo do tempo, e dessa maneira se obterá uma aplicação adequada dos direitos humanos.

Conclui-se que a jurisprudência e doutrina brasileira e lusitana caminham conforme o estabelecido pelos tribunais internacionais de direitos humanos, verdadeiros detentores da prerrogativa de interpretação das obrigações decorrentes da adesão aos

tratados internacionais. Apesar de ser necessário consolidar os novos paradigmas de recepção das normas internacionais e ultrapassar o preconceito de que essas violariam a soberania dos Estados, a perspectiva é de constante valorização do ser humano e da normativa internacional pelos juízes desses países, como se comprova pelo entendimento que vem sendo realizado pelos seus tribunais constitucionais. Aproxima-se, assim, do estado democrático de direito constitucional internacionalista, que valoriza a pessoa humana pela aplicação *pro homine* e possibilita a plena fruição das garantias de proteção ao indivíduo, historicamente conquistadas.

Referências

BIDART CAMPOS, Bidart Germán. *Jerarquía y Prelacion de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos*. In: Liber Amicorum Hector Fix Zamudio. Secretaria de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, segunda reimpresión.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. Publicação no DOU em 05/10/1988, P. 1

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (*Adiante STF*) Extradução 662. Perú. (Ext 662, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28.11.1996)

BRASIL. STF *Recurso ordinário em Habeas Corpus N° 79.785-7*. Rio de Janeiro. (HC 79.785-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29.03.2000)

BRASIL. STF. *Habeas Corpus 72.131*. Rio de Janeiro (HC 72.131, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 23.11.1995)

BRASIL. **STF**. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.480*. Distrito Federal (ADI-MC 1.480, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 04.09.1997)

CAMPOS, João Mota de. CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 5ª Ed., Coimbra Editora. Coimbra: 2007

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª Ed, Coimbra Editora, Coimbra: 2007

Emenda Constitucional Nº 45. Publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004

GOMES, Luiz Flavio. *Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2934>. Acesso em: 27/5/2008

KADELBACH. “International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law”. *German Yearbook of International Law*, 66/67 (1999)

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, reimpressão de la 2a edición ampliada, Editorial Ariel, Barcelona, 1979

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra Editora. Coimbra: 2004

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de Direito Constitucional da União Européia*. Almedina. Coimbra: 2004

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª Ed. Tomo IV. Coimbra Editora. Coimbra. 2003

OEA. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **(Adiante CORTE IDH)** Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149

OEA. CORTE IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de Julio de 2004. Serie C, No 110. Voto Razonado Juez Cançado Trindade*

OEA. CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16

ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Entrada em vigor em 1976

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick, *Direito Internacional Público*. 2ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

PETERS, Anne. “*Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*”. **Leiden Journal of International Law**. Cambridge Press. Vol. 19, Number 3. 2006

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **(Adiante CRP)** Aprovada pelo Decreto do Presidente da República de 2 de Abril de 1976 [DD66/76]

PORTUGAL. LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Lei 28/82, de 15 de Novembro

RAMOS, André de Carvalho. *Análise crítica dos casos brasileiros*. Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional – 2007*. Anuário Brasileiro de Direito Internacional/ Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant. - v.1, n.2, 2007 - Belo Horizonte: CEDIN, 2007

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10^a ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2005

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992

