

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RUMO ÀS NOVAS RELAÇÕES ENTRE O
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS E O DIREITO INTERNO**

*Da exclusão à coexistência, da intransigência ao
diálogo das fontes*

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Porto Alegre – RS
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RUMO ÀS NOVAS RELAÇÕES ENTRE O
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS E O DIREITO INTERNO**

*Da exclusão à coexistência, da intransigência ao
diálogo das fontes*

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. CLAUDIA LIMA MARQUES

Porto Alegre – RS

2008

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

**RUMO ÀS NOVAS RELAÇÕES ENTRE O
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS E O DIREITO INTERNO**

*Da exclusão à coexistência, da intransigência ao
diálogo das fontes*

COMISSÃO JULGADORA

**TESE PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM DIREITO**

Presidente e Orientadora

2.º Examinador

3.º Examinador

4.º Examinador

5.º Examinador

Porto Alegre, de de 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

RESUMO:

As relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno têm se tornado, através dos tempos, cada vez mais complexas, em grande parte devido aos conflitos e antinomias que surgem entre as regras desses dois ordenamentos quando da aplicação, no plano do direito interno, de um tratado internacional de direitos humanos. A doutrina tradicional, acompanhada pela jurisprudência dos tribunais locais, tem resolvido o problema pela aplicação de critérios também tradicionais de solução de antinomias, quais sejam, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Apenas alguns poucos autores entendem que a aplicação desses critérios clássicos não mais satisfaz às necessidades que a ordem jurídica pós-moderna está a exigir, como a coordenação das regras de proteção a fim de alcançar-se o “melhor direito” no caso concreto. Este estudo defende este último ponto de vista, entendendo o Autor que a solução para as antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno deve ser alcançada buscando-se a coexistência das fontes de proteção, ao invés da exclusão de uma pela outra num sistema intransigente. Esta coexistência passa a ser possível quando se entende que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos “dialoga” com o direito interno, sempre no sentido de melhor proteger a pessoa humana sujeito de direitos. Propugna-se pela construção de um sistema que não “escolhe” uma regra em exclusão de outra, mas que as coordena e as une em prol da proteção do ser humano, em franca consagração ao princípio internacional *pro homine*.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Interno; conflito de normas; solução de antinomias; diálogo das fontes; princípio internacional *pro homine*.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Towards a new relationship between the international human rights law and the national law: from exclusion to coexistence, from intransigence to dialogue of sources*. Law PhD Thesis. Porto Alegre (RS): Federal University of Rio Grande do Sul/Law School, 2008.

ABSTRACT:

The relationship between international human rights law and national law has, over time, become ever more complex, in large measure due to the conflicts and antinomies that arise between the rules of these two systems regarding the application, in national law, of an international human rights treaty. The traditional doctrine, accompanied by the jurisprudence of local courts, has resolved the problem by the application of traditional criteria for solving antinomies, which are the hierarchical, the chronological and the specialization. Only a few authors understand that the application of these classical criteria no longer satisfies the necessities of the post-modern judicial order, such as the coordination of the protection rules in order to achieve the “best law” in a concrete case. This study defends this latter point of view, based on the principle that the antinomies between international human rights law and internal law should be solved through the coexistence of the protection sources, instead of excluding one by the other in an irreconcilable system. This coexistence becomes possible when one understands that the international system of protection for human rights “dialogues” with internal law, always in the sense of better protecting the human being who is the subject of rights. I argue for the construction of a system that does not “choose” one rule over another, but that coordinates and unites different rules in favor of the protection of the human being, in clear support of the international *pro homine* principle.

Keywords: International Human Rights Law; Internal Law; conflicting rules; solution of antinomies; dialogue of sources; international *pro homine* principle.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *En direction aux nouveaux rapports entre le droit international des droits de l'homme et le droit interne: de l'exclusion à la coexistence, de l'intransigeance au dialogue des sources*. Thèse de Doctorat en Droit. Porto Alegre (RS): Université Fédérale du Rio Grande do Sul/Faculté de Droit, 2008.

RÉSUMÉ:

Les rapports entre le droit international des droits de l'homme et le droit interne sont devenus, à travers le temps, chaque fois plus complexes, en grande mesure dû aux conflits et antinomies qui naissent entre les règles de ces deux ordonnements quand de l'application, dans le plan du droit interne, d'un traité international de droits de l'homme. La doctrine traditionnelle, accompagnée par la jurisprudence des tribunaux internes, ont résolu le problème par l'application de méthodes aussi traditionnelles de solution d'antinomies, qui sont, le hiérarchique, le chronologique et celui de la spécialité. Seulement quelque peu d'auteurs pensent que l'application de ces critères classiques ne suffisent plus aux besoins que l'ordre juridique pos-moderne exige, comme la coordination des règles de protection à fin de se trouver le "meilleur droit" dans le cas concret. Cette étude défend ce dernier point de vue, et l'auteur comprend que la solution pour les antinomies entre le droit international des droits de l'homme et le droit interne doit être atteint en cherchant la coexistence des sources de protection, plutôt de l'exclusion d'une pour l'autre dans un système intransigeant. Cette coexistence passe à être possible quand se comprend que le système international de protection des droits de l'homme "dialogue" avec le droit interne, toujours dans le sens de mieux protéger à la personne humaine sujet de droits. On propose la construction d'un système que non "choisit" une règle en exclusion de l'autre, mais que les coordonne et les unit en faveur de la protection du être humain, en consécration pleine au principe international *pro homine*.

Mots-clés: Droit International des Droits de l'Homme; Droit Interne; conflits de lois; solution des antinomies; dialogue des sources; principe international *pro homine*.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Título em alemão*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

RESUMO:

Valerio...

Palavras-chave:

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Cammino verso le nuove relazioni tra il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto interno: dalla esclusione alla coesistenza, dalla intransigenza al dialogo delle fonti*. Tesi di Dottorato in Diritto. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

RIASSUNTO:

Le relazioni tra il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto interno sono divenute, col passare del tempo, sempre più complesse, principalmente a causa dei conflitti e le antinomie che sorgono tra le regole di questi due ordinamenti, in particolare, con riferimento all'applicazione, nel piano del diritto interno, di un trattato internazionale sui diritti umani. La dottrina tradizionale, seguita dalla giurisprudenza dei tribunali locali, ha risolto il problema attraverso l'applicazione di criteri tradizionali di soluzione di antinomie, quali siano, attraverso il criterio gerarchico, quello cronologico e della specialità. Appena pochi autori intendono che l'applicazione di questi criteri classici non soddisfa più le necessità che l'ordine giuridico *post* moderno esige, come quella della coordinazione delle regole di protezione al fine di applicare il "miglior diritto" al caso concreto. Questo studio difende questo ultimo punto di vista, intendendo l'Autore che la soluzione per le antinomie tra il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto interno deve essere incontrata nella ricerca della coesistenza delle fonti di protezione, invece della esclusione di una per l'altra all'interno di un sistema intransigente. Questa coesistenza passa ad essere possibile quando si intende che il sistema internazionale di protezione dei diritti umani "dialoga" con il diritto interno, sempre nel senso di cercare la migliore protezione della persona umana, soggetto di diritti. Si difende la costruzione di un sistema che non "sceglie" una regola di esclusione per un'altra, ma che le coordina e le unisce a vantaggio della protezione dell'essere umano, consacrando il principio internazionale *pro homine*.

Parole-chiave: Diritto Internazionale dei Diritti Umani; Diritto interno; conflitto di norme; soluzione di antinomie; dialogo delle fonti; principio internazionale *pro homine*.

Este trabalho é dedicado

À Prof.^a Dra. CLAUDIA LIMA MARQUES,

*Professora Titular de Direito
Internacional Privado da Faculdade
de Direito da UFRGS,*

*Pelas aulas de ontem e de hoje, pela
seriedade e respeito para com a ciência do
Direito, pelas constantes palavras de
estímulo, pelo generoso acolhimento e,
sobretudo, por esta grande oportunidade.*

AGRADECIMENTOS

Não há tese doutoral que não seja produto de muitos diálogos. A constante busca de informações, as opiniões solicitadas e os auxílios recebidos para a sua elaboração são obra de um *conjunto*, o qual é sempre formado de vários *amigos*. É justo mencionar aqueles que com este trabalho colaboraram, fornecendo valiosos dados, documentos, referências bibliográficas, incentivos e críticas construtivas.

A Prof.^a Dra. Claudia Lima Marques acolheu-me em Porto Alegre e foi orientadora exemplar. Orientou todas as etapas da pesquisa e me fez acreditar que as soluções de antinomias no Direito pós-moderno – seguindo a trilha do seu mestre de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme – somente se realizam quando existe verdadeiro *diálogo* entre as suas fontes das mais heterônomas.

Devo também consignar minha gratidão aos amigos Waldir Alves e Andrea Mariguetto, pelas várias e várias horas que passamos juntos (a estudar e a discutir teses) durante os semestres letivos de conclusão dos créditos na UFRGS. Ao amigo/irmão Florisbal de Souza Del’Olmo, agradeço – dentre tantas e tantas coisas – pelas lições de humildade acadêmica que me transmitiu durante o tempo que passei em Porto Alegre. Da mesma forma, às funcionárias da Faculdade de Direito da UFRGS Denise Dias de Souza e Rosmari de Azevedo, sou grato pelo carinho e incentivo durante todos esses semestres passados no Sul do país.

Em Cuiabá – e, especialmente, na Universidade Federal de Mato Grosso – ganhei vários amigos, sendo justo agradecer-lhes (a apenas alguns deles, pois seria impossível listá-los todos) a acolhida tão generosa. Ao estimado Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray (então Diretor da Faculdade de Direito da UFMT) e à querida Beatrice Maria Pedroso da Silva (atual Diretora da mesma Faculdade), o meu muito obrigado e o meu mais profundo apreço. Aos também amigos Shelma Lombardi de Kato e Guiomar Teodoro Borges pelo agradável convívio no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. E ao acadêmico de Direito Wladimir Ormond Mattioli, o meu sincero agradecimento pela colaboração operacional constante.

Aos meus pais, Zita e Italo, sou mais do que agradecido terem sabido entender as (infinitas...) horas subtraídas do nosso convívio.

Sobretudo e por tudo, agradeço a Deus.

Valerio de Oliveira Mazzuoli

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	X
NOTA PRÉVIA	X
INTRODUÇÃO	X

CAPÍTULO I

AS ANTINOMIAS NO DIREITO EM GERAL E OS CRITÉRIOS HABITUAIS DE SOLUÇÃO	X
--	---

Seção I – O fenômeno antinômico como decorrência da abertura do sistema jurídico	X
---	---

§ 1º - As antinomias normativas no quadro do sistema jurídico	X
--	---

A – Conceito de antinomia jurídica.....	X
---	---

B – Condições de existência da incompatibilidade normativa.....	X
---	---

§ 2º - As antinomias possíveis entre o direito internacional e o direito interno	X
---	---

A – As antinomias de direito internacional-internacional.....	X
---	---

B – As antinomias de direito interno-internacional.....	X
---	---

Seção II – Os critérios clássicos de solução de antinomias e sua incompletude na pós-modernidade	X
---	---

§ 1º - Métodos para a solução dos conflitos de normas	X
--	---

A – Os critérios tradicionais de solução de antinomias e sua aplicação aos conflitos entre normas internas.....	X
---	---

B – Aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias nos conflitos entre tratados internacionais e leis internas.....	X
--	---

§ 2º - A ineficácia dos métodos tradicionais de solução de antinomias nos casos de conflitos de normas (internacionais e internas) de proteção de direitos humanos	X
---	---

A – Os tratados internacionais de direitos humanos e sua especial força normativa.....	X
--	---

B – A comunicação entre os direitos previstos em tratados e nas normas de direito interno: os “vasos comunicantes” entre o direito internacional e o direito interno.....	X
---	---

CAPÍTULO II

RESOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES.....	X
Seção I – Os diálogos possíveis entre as normas (internacionais e internas) de proteção dos direitos humanos.....	X
§ 1º – Os diálogos horizontais.....	X
A – Diálogo sistemático de complementaridade.....	X
B – Diálogo rogatório de integração.....	X
§ 2º – Os diálogos verticais.....	X
A – Diálogo de inserção.....	X
B – Diálogo de transigência.....	X
Seção II – A produção do direito e o duplo limite material vertical.....	X
§ 1º – O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade.....	X
A – A obediência aos direitos expressos na Constituição.....	X
B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição.....	X
§ 2º – O respeito aos tratados internacionais e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das leis.....	X
A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos.....	X
B – Os direitos previstos nos tratados comuns.....	X
SÍNTESE CONCLUSIVA	
O PRINCÍPIO INTERNACIONAL <i>PRO HOMINE</i>.....	X
BIBLIOGRAFIA.....	X

O que a pós-modernidade progressista nos coloca, diz ele, é a compreensão realmente dialética da confrontação e dos conflitos e não sua inteligência mecanicista (...).

(FREIRE, Paulo. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993, p. 15)

O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele acua nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão de ser na homologia dos experts, mas na paralogia dos inventores.

(LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. xvii)

*L'existence de plusieurs sources, caractéristique des systèmes juridiques actuels, nécessite la recherche de solution des conflits qui peuvent naître entre elles.
(...) A mon avis, une méthode qui tend à coordonner les sources est préférable à une solution hiérarchique.*

(JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 60-61)

NOTA PRÉVIA

Esta Tese tem por finalidade propor um diálogo com o pensamento de Erik Jayme e Claudia Lima Marques, no que concerne às soluções de antinomias – no caso deste estudo, entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno – no universo jurídico contemporâneo. O primeiro, responsável pela instigante expressão *diálogo das fontes*, foi quem lançou à luz a esperança de se resolver as antinomias no mundo pós-moderno pela *coordenação* das fontes do Direito, em contraposição à simples *exclusão* de uma fonte pela outra. A segunda, por sua vez, foi responsável por implementar, no âmbito do direito privado, a tese de Jayme no Brasil, tendo conseguido levá-la ao Supremo Tribunal Federal deste país por mais de uma oportunidade. Se o problema das antinomias no âmbito do direito privado é delicado, já se pode imaginar como seria no plano do direito público, notadamente quando em jogo *duas* ordens jurídicas: a internacional e a interna. O diálogo com estes dois juristas nos possibilitou desenvolver várias *teses* dentro deste trabalho, dentre elas a de que existem distintos tipos de diálogos entre a ordem internacional e a ordem interna (que chamamos de *horizontais* e de *verticais*, cada qual com seus desdobramentos), bem como a de que a produção normativa doméstica deve agora contar com um novo limite vertical material (os tratados de direitos humanos, que passam doravante a servir de paradigma de controle de constitucionalidade/convencionalidade). A principal idéia que se irá propor nas páginas que seguem é a de que as relações entre o direito internacional dos direitos humanos com o direito interno rumam a uma nova lógica na pós-modernidade, que vai da exclusão à coexistência das fontes do Direito, transformando um sistema (de solução de antinomias) até então intransigente em um sistema dialógico. Daí a idéia que se faz expressa no *título* e no *sub-título* deste trabalho. Mister ainda propor-se, como informação sobre o ambiente contextual onde se irá desenvolver este estudo, a leitura atenta das três epígrafes – a primeira de Paulo Freire, a segunda de Lyotard, e a terceira de Erik Jayme – impressas logo na página anterior.

INTRODUÇÃO

Um dos fatos seguramente mais marcantes do final do século XX foi a expansão do tema *direitos humanos* dentro da agenda internacional, seja ela dos Estados e seus respectivos Ministérios de Relações Exteriores, seja das organizações internacionais de caráter global ou regional. Os direitos humanos tornaram-se, para falar como Erik Jayme, o novo *leitmotiv* a conduzir a cultura jurídica contemporânea.¹ Em outras palavras, pode-se dizer que o tema dos direitos humanos, com todos os seus desdobramentos e conseqüências, passa a constituir-se numa *meta superior* a ser alcançada pela sociedade internacional em seu conjunto, não sendo poucos os autores que o colocam como questão de *ordre public* internacional direcionada “à consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção”.²⁻³

-
1. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 37. Segundo Jayme: “Le ‘leitmotiv’ qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle primordial des droits de l’homme, et je vais consacrer une attention toute particulière à leur influence dans notre propos. On peut d’ores e déjà constater le rapprochement, dû à l’importance des droits de l’homme, du droit international privé et du droit international public. A priori, on serait tenté de ne voir qu’une dualité entre ces deux matières internationales, le droit international public concernant seulement les Etats, le droit international privé s’attachant à régler les relations des personnes privées entre elles. Or, ce concept de deux sphères distinctes a été secoué par l’apparition des droits de l’homme, qui ont brisé les barrières entre les deux cercles du droit. Le droit international privé postmoderne est donc caractérisé par un retour à un certain monisme du droit international, au moins du point de vue de la théorie du droit, en ce sens que la personne humaine reste le centre du droit, un monisme qui se prête particulièrement bien à un cours à l’Académie de droit international de La Haye”. (Idem, *ibidem*). Frise-se que, neste estudo, Jayme parte da idéia de que, na pós-modernidade, “o direito é parte integrante da cultura” (cf. *Op. cit.*, p. 35). Para um estudo em paralelo sobre o mesmo tema, v. JAYME, Erik, Identité culturelle et droit international privé, in *Kultur, Tradition, eigenes Kulturbewußtsein und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Bericht über das dreißigste Gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg. 19. Juni - 1. Juli 1998, Heidelberg (1999), pp. 261-275.
 2. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.), *Desafios do direito internacional contemporâneo*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 213.
 3. Daí se entender que os “direitos humanos” (e também os “direitos fundamentais”) são verdadeiros *direitos*, e não simples “princípios” (v., neste último sentido, ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575). Entender os direitos (sejam os *humanos* – internacionais – ou os *fundamentais* – internos/constitucionais) como verdadeiros “direitos” significa aceitar a existência de “um âmbito material (*sachliche Reichweite*) para o qual são destinados, sobre o qual pretendem incidir. Existe uma ‘matéria’ com relação à qual se referem. É isto que assegura sua

Os direitos das pessoas não têm mais o texto constitucional como *única* base de sustentação,⁴ contando também agora (em verdade, desde o segundo pós-guerra) com um esteio no braço do direito internacional público chamado direito internacional dos direitos humanos. Esta dupla proteção dos direitos das pessoas (sejam *fundamentais* – constitucionais – ou *humanos* – internacionais) está a reforçar a interação (e o *diálogo*) que devem ter o sistema internacional e o direito interno, quando se trata de amparar (proteger) um direito assegurado e permitir que possa ele ser vindicado eficazmente, senão na órbita interna, ao menos no plano da jurisdição internacional.

Contudo, se é certo que o tema dos direitos humanos constitui a *meta* ou o *leitmotiv* da sociedade internacional e da cultura jurídica contemporâneas, não é menos certo que a sua implementação prática, pelos diversos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção, ainda carece de maior efetividade, notadamente no que tange às soluções das antinomias que decorrem das correntes incompatibilidades das ordens jurídicas internas com os mandamentos convencionais (tanto do sistema global como dos sistemas regionais) de que o Estado é parte.

É bom fique nítido que não obstante terem sido os direitos humanos produto das idéias do Iluminismo e do Jusnaturalismo desenvolvidos na Europa entre os séculos XVII e XVIII,⁵ foi somente a partir do século XX que se

‘certificabilidade’ de conteúdo (*inhaltliche Bestimmtheit*’). (BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005, p. 79).

4. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 27.
5. V. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1. Segundo Lewandowski: “A partir desses movimentos intelectuais, firmou-se a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado. Passou-se a entender, desde então, que tais direitos, dentre os quais se destacam o direito à vida e à liberdade, não podem ser, em hipótese alguma, vulnerados por governantes ou quaisquer indivíduos” (...). Com essas características, o Jusnaturalismo espalhou-se por toda a Europa e também pela América, a partir do século XVII, servindo de base doutrinária para as *declarações de direito* da centúria seguinte. Tais documentos, que representaram verdadeiros manifestos políticos das novas forças sociais emergentes, passaram a enunciar formal e solenemente os direitos fundamentais dos indivíduos. É curioso observar que a expressão *declaração* de direitos revela claramente o espírito que animava a edição desses diplomas: acreditava-se que os direitos individuais não

sedimentou a noção de que as soluções de controvérsias aparecidas no mundo pós-moderno⁶ só podem ser resolvidas colocando o *homem* em primeiro plano,⁷ momento a partir do qual tem início a crise do formalismo jurídico e o direito começa a retornar ao mundo dos *valores*.⁸ Tanto a modernidade quanto a pós-modernidade nos mostram que a base sobre a qual se assentam as soluções dos litígios é o discurso dos direitos: a modernidade, explica Claudia Lima Marques, tem sua base assentada “no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional)”; e a pós-modernidade “nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente^[9] aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo)”.¹⁰ Daí a conclusão de Michel Villey de que não há nada mais diferenciador, mais individual, mais básico e mais

constituíam uma criação do Estado, posto que existiam antes do advento deste, bastando, pois, para fazê-los respeitados, *declarar* expressamente a existência dos mesmos, depois de racionalmente deduzidos da natureza humana”. (Idem, pp. 1 e 11).

6. Atribui-se ao filósofo francês Jean-François Lyotard (1942-1998) a inovação de estender a concepção de “pós-moderno”, antes circunscrita à arquitetura realmente pós-moderna, a todo o mundo contemporâneo de *ser* e de *fazer*. V., por tudo, LYOTARD, Jean-François, *A condição pós-moderna*, 10ª ed., Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa, Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, 131p. Sobre a utilização do termo *pós-moderno* na literatura jurídica, v. JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 36, nestes termos: “L’on peut constater, pourtant, que le terme « postmoderne » est en train d’envahir presque tous les secteurs du droit. En Amérique latine, l’on parle, par exemple, du « contrat postmoderne » pour caractériser certains nouveaux types de contrats de service. Il se trouve même des auteurs qui ont utilisé ce terme pour décrire certains phénomènes juridiques, et l’on a pu parler, surtout aux Etats-Unis d’Amérique et en Espagne, du « droit international privé postmoderne ». Sobre o direito internacional privado nesse contexto pós-moderno, v. JAYME, Erik, *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 105-114.
7. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, cit., pp. 212-213.
8. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989, pp. 3-4.
9. Assim também CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, cit., p. 210, para quem o Direito Internacional dos Direitos humanos “regula as *relações entre desiguais*, para os fins de proteção (...)” [grifo nosso].
10. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 675.

equitativo que o reconhecimento atual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.¹¹

Essa *força expansiva* que os direitos humanos trouxeram ao cenário internacional pós-moderno (ou seja, ao cenário internacional do nosso tempo) teve como mola propulsora a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena de 1993, que agregou ao princípio¹² já conhecido da universalidade¹³ dos direitos humanos outros três – a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionariedade –, conforme se depreende do § 5º de sua Declaração e Programa de Ação. A influência da Conferência de Viena para o processo de asserção dos direitos humanos foi tão grande que os direitos humanos, destaca Lindgren Alves, “antes abordados – quando o eram – de forma marginal nos encontros dedicados a assuntos econômicos e sociais, tornaram-se uma espécie de fio condutor das demais discussões”, verificando-se então “uma verdadeira mutação em sua natureza, conferindo-lhes propriedades novas, suplementares às que lhes forma sempre consignadas”.¹⁴ Tal *mutação* na natureza dos direitos humanos, de que fala Lindgren Alves, foi consequência direta da nova mentalidade que começou a surgir no mundo pós-Segunda Guerra relativamente ao tema da proteção internacional de direitos, quando então se passou a entender que um *sistema* ou uma *arquitetura* internacional de proteção desses mesmos direitos se fazia necessária, a fim de evitar que atos bárbaros e desumanos, que ultrajaram a

-
11. VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1990, p. 13. Para um estudo histórico-comparativo da evolução dos direitos humanos, v. ISHAY, Micheline, *The history of human rights, from ancient times to the globalization era*, Berkeley: University of California Press, 2004. Sobre o tema, v. ainda GAUCHET, Marcel, *La révolution des droits de l'homme*, Paris: Gallimard, 1989; MOURGEON, Jacques, *Les droits de l'homme*, Paris: PUF, 2003; e MERON, Theodor, International law in the age of human rights: general course on public international law, in *Recueil des Cours*, vol. 301 (2003), pp. 9-489.
 12. Sobre a utilização do termo *princípio* no decorrer deste trabalho, v. Capítulo I, nota nº 9, *infra*.
 13. Sobre o tema, v. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, La universalidad de los derechos en la ‘L’ conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, in MANCHEGO, José F. Palomino & CARBONELL, José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 406-418.
 14. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p. 12.

consciência da humanidade outrora, viessem a se repetir no mundo e na sociedade internacional pós-moderna.¹⁵

Essa *barreira* às arbitrariedades estatais, arquitetada a partir de então pelas normas internacionais de proteção, tem importância tão elevada que passa a se constituir no cerne de toda problemática atual relativa ao estudo das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal. Daí o grande número de estudos surgidos no mundo (e também no Brasil) sobre o tema, mais dos internacionalistas que dos constitucionalistas, intentando criar mecanismos eficazes de salvaguardar as pessoas de inúmeras violações de direitos que diuturnamente ocorrem (por atos do Estado) diuturnamente em todos os lugares do mundo.¹⁶ Na atualidade, não faz sentido pretender *relegar ao segundo plano* a proteção internacional dos direitos humanos (como fazem alguns constitucionalistas) em detrimento da sua *proteção nacional*, sob o argumento de que “os casos de indivíduos que pedem a proteção de autoridades internacionais invocando normas de direito internacional são estatisticamente limitadíssimos

15. Ainda segundo Lindgren Alves: “De atributos inerentes a todas as pessoas pelo fato essencial de serem humanas e, nessa qualidade, positivados pelo Direito como razão de ser das sociedades modernas politicamente organizadas, os direitos e liberdades fundamentais transformaram-se também em instrumentos para a realização de outras metas. Em todos os demais temas globais, os objetivos definidos pelas grandes conferências passaram a incluir tais direitos como meios para sua consecução. Sem eles os fins perseguidos nas demais áreas, em especial na do desenvolvimento, ou se tornam inalcançáveis, ou perdem qualquer sentido construtivo”. (*A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., pp. 12-13).

16. Para uma análise dos mecanismos convencionais e não-convencionais (estes últimos, decorrentes de resoluções adotadas por órgãos próprios das Nações Unidas) de proteção dos direitos humanos, v. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, cit., pp. 139-175; LINDGREN ALVES, José Augusto, *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., pp. 242-269; e PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 210-219. Como leciona Lindgren Alves: “A diferença prática entre esses mecanismos convencionais e não-convencionais, ademais das naturezas distintas, reside nos respectivos escopos e formas de atuação. Os mecanismos convencionais monitoram a implementação pelos Estados-partes dos Pactos e Convenções das obrigações decorrentes de sua ratificação ou adesão aos instrumentos pertinentes, tendo por primeira atribuição o exame de relatórios elaborados pelos governos. Os mecanismos não-convencionais não recebem para exame relatórios governamentais. Agem por iniciativa própria, a partir das informações que obtêm de todas as fontes idôneas, sejam elas governamentais, não-governamentais ou individuais. São, portanto, muito mais desembaraçados e assertivos, embora seu fundamento ‘legal’ não passe de simples resoluções. E seu campo de observação abrange qualquer país, parte ou não dos tratados internacionais de direitos humanos, membro ou não da Organização das Nações Unidas”. (*A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 243).

(apesar de sua relevância política) se forem comparados com a massa de conflitos decididos em âmbito interno”. Também não parece ser válido o argumento de que aos “milhares de mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados cotidianamente no Brasil correspondem algumas dezenas de denúncias feitas anualmente contra o Brasil correspondem algumas dezenas de denúncias feitas anualmente contra o Brasil perante órgãos internacionais por violação de direitos humanos, sendo que a maioria dessas denúncias tem uma tramitação muito longa e *raramente leva a resultados satisfatórios para as vítimas*”. Por último, essa mesma doutrina argumenta que os direitos protegidos no plano internacional já são “reconhecidos pelo direito interno de *forma mais completa*”, bastando, para tanto, “comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito completo, sendo a incidência do direito internacional *limitada em pouquíssimos casos*, em franca desproporção ao interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira” [grifos nossos].¹⁷

Essa concepção que se tem sobre o papel da proteção internacional dos direitos humanos¹⁸ na ordem jurídica interna será objeto de nossas reflexões oportunamente. Apenas aqui, *en passant*, permitimo-nos dizemos que, se são limitadíssimas as ações contra o Brasil perante o sistema (interamericano) de direitos humanos, tal se dá mais por falta de conhecimento da sistemática processual internacional de proteção desses mesmos direitos (pois sabemos que o nosso país passou vários anos sem que a disciplina “Direito Internacional Público” fosse ministrada obrigatoriamente nas Faculdades) que por falta de vontade do nosso povo para tanto; mas afirmar que o acolhimento das denúncias individuais pelos órgãos internacionais “raramente leva a resultados satisfatórios para as vítimas” é uma contradição incrível, pois se houve *procedimento internacional* de responsabilização internacional do Estado, é porque este *não*

17. Todas estas assertivas são de DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, p. 42.

18. Sobre o tema, v. DUMAS, Jacques, La sauvegarde internationale des droits de l’homme, in *Recueil des Cours*, vol. 59 (1937-I), pp. 1-97; LAUTERPACHT, H., The international protection of human rights, in *Recueil des Cours*, vol. 70 (1947-I), pp. 1-108; GOLSONG, H., Implementation of international protection of human rights, in *Recueil des Cours*, vol. 110 (1963-III), pp. 1-151 ; e ZANGHI, Cláudio, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2006.

protegeu como deveria os direitos daquela vítima, pois se sabe (tome-se como exemplo a sistemática prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 46¹⁹) que apenas em último caso é que pode ser levado um assunto não resolvido no plano interno (portanto, *sem resposta* à vindicação da vítima) para a órbita internacional de proteção (então, esta última, ainda que eventualmente *insatisfatória*, já foi melhor que a inexistente proteção interna); e se existem mais ações *internas* que *internacionais* onde se vindica a proteção de um direito é porque o sistema internacional (como veremos no decorrer desta Tese) é sempre *subsidiário* das jurisdições nacionais; por fim, se existe no Brasil uma proteção realmente mais ampla (notadamente no art. 5º da Constituição de 1988) dos direitos fundamentais que a constante nos tratados internacionais relativos a essa matéria, é porque a redemocratização do Estado brasileiro (com o advento da Constituição de 1988) seguiu à risca as recomendações (feitas pelo menos quarenta anos antes, notadamente pela Declaração Universal de 1948²⁰) da sociedade internacional pós-Segunda Guerra (o que bem demonstra o eficaz *impacto interno* que têm o Direito Internacional do Direitos Humanos nos ordenamentos nacionais).²¹

Como é cediço, grande parte das normas internacionais têm hoje consagrado primazia à proteção do *ser humano*. Desde a Carta do Atlântico que o centro de gravidade do Direito Internacional Público deslocou-se das relações internacionais do Estado para o indivíduo. Para este último, como destaca exemplarmente Ilmar Penna Marinho, o Direito Internacional existe, “como só para este, inegavelmente, existem os demais ramos da Ciência Jurídica, que outra coisa não são que conjuntos de normas destinadas a assegurar e a disciplinar a

19. V. os nossos comentários a esse dispositivo em GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (Coleção Ciências Criminais, vol. 4), São Paulo: RT, 2008, pp. 225-229.

20. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, v. BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 25-47, no ensaio “Presente e futuro dos direitos do homem”.

21. Sobre o *impacto* do sistema internacional de proteção dos direitos humanos na ordem interna brasileira, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007, p. 717.

satisfação das necessidades, interesses e aspirações da pessoa humana, quando em convivência social com outras pessoas humanas”. E prossegue: “O próprio Estado não existe senão para o bem do indivíduo. Ele é obra do indivíduo que, ao estruturá-lo, acreditou ser esse o melhor meio de satisfação dos seus interesses, necessidades e inspirações. É, destarte, o Estado criação fictícia dos próprios indivíduos e sem eles não teria o menos sentido político. Seria um grande terreno baldio. Reduzir-se-ia, quando muito, a mero enunciado geográfico”.²² Da mesma forma, pode-se vislumbrar também – além da mudança do centro de gravidade do direito internacional do Estado aos indivíduos²³ – que o Estado Constitucional e Humanista de Direito passa a caracterizar-se pela *pluralidade* de fontes normativas, com a positivação não só legal senão também constitucional e internacional dos direitos e garantias fundamentais da pessoa.²⁴

A Conferência de Viena de 1993 expressou várias conquistas na seara dos direitos humanos internacionais, por meio da Declaração e Programa de Ação

-
22. MARINHO, Ilmar Penna. *Nova tendência do direito internacional: garantia supra-estatal para os direitos humanos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 13-14. Ainda segundo Marinho: “A idéia de que a pessoa humana é a razão e o fim de todo direito (interno e externo) editado pela vontade dos homens – escreve Charles de Visscher – aparece-nos intimamente ligada, no curso da história, ao desenvolvimento do direito das gentes. A estreita conexão entre os direitos do homem e o direito natural se revela no apoio que as doutrinas do direito natural, vivificadas pelo cristianismo, não cessaram de dar ao reconhecimento de certos direitos fundamentais do homem, direitos tidos por inalienáveis e imprescritíveis, protegidos por sua própria finalidade contra as ingerências do Estado. Reciprocamente, é na afirmação, é na tomada de consciência progressiva desses direitos que o direito natural buscou seus elementos essenciais, aqueles que lhe asseguram, através dos séculos, influência durável sobre as leis e as instituições internas, como sobre o direito das gentes”. (Idem, p. 14). V. também a lição de TELLES JUNIOR, Goffredo, *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, 6ª ed., rev., São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 428: “O Direito Natural é *Direito Quântico* porque é o Direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população. É o Direito que atende às inclinações genéticas de um povo ou de um agrupamento humano. É o Direito radicado num ‘*pool*’ genético. (...) Esse Direito é o que brota da ‘alma’ do povo, como se costuma dizer. É o Direito que exprime o ‘sentimento’ ou ‘estado de consciência’ de uma classe, de um segmento social ou de um agrupamento conjuntural estável. É o Direito que se inspira em convicções profundas e generalizadas. É o Direito que reflete a *índole* de uma coletividade”.
23. Também o direito internacional privado experimenta um retorno ao monismo do direito internacional, no sentido da teoria geral do direito, onde a pessoa humana passa a ocupar a posição central. Sobre o assunto, v. JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 37.
24. V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 15 e ss. Cf., também, JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 60-61.

respectiva, as quais já podem ser consideradas os novos paradigmas do Direito Internacional pós-moderno, merecendo destaque cinco pontos fundamentais: *a)* a reafirmação dos propósitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e de que a *universalidade* dos direitos humanos é imune a dúvidas; *b)* a complementação do princípio da universalidade com os princípios da indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade; *c)* o reconhecimento da superioridade da visão universalista em relação à visão relativista, entendendo-se que as particularidades nacionais e regionais, bem como os diversos contextos históricos e culturais de um país *devem ser levados em consideração*, mas *sem prejudicar a proteção dos direitos humanos*²⁵; *d)* a reiteração de que os conceitos de democracia e desenvolvimento devem andar juntos e se complementam mutuamente; e *e)* a reafirmação que o *desenvolvimento* é sim um direito, que tem como destinatário final o ser humano.²⁶

As tensões pelas quais passou a sociedade internacional desde o final da Segunda Guerra, na acomodação de anseios políticos novos e na quebra de antigos regimes que ainda se faziam em parte presentes – como o antigo “bloco comunista” etc. –, não estancou o movimento de asserção dos direitos humanos

25. Sobre o tema, v. EBERHARD, Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris: Éditions des Écrivains, 2002. Do mesmo autor, cf. Derechos humanos y dialogo intercultural, in GARCIA, Manuel Calvo (ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid: Instituto Internacional de Sociologia Juridica de Onati/Dykinson, 2002, pp. 255-289; e Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico, in *Direito e Democracia: revista de ciências jurídicas*, vol. 3, nº 2, Canoas: Ed. ULBRA, 2002, pp. 489-530. Sobre as implicações do *multiculturalismo* para a proteção dos direitos humanos, v. a síntese de TASSARA, Andrés Ollero, 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, nº 43, São Paulo: RT, abr./jun. 2003, pp. 60-61.

26. V. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 13. Para Lindgren Alves, para ter a Conferência de Viena alcançado o consenso necessário à sua legitimidade, ela não trabalhou sozinha: “Teve um importante estímulo na ilusão política, propiciada pelo fim da Guerra Fria, de que a autodissolução do ‘socialismo real’ abriria as portas a um mundo de respeito às liberdades e direitos fundamentais, bastante difundida na virada da década. Recebeu o respaldo consistente de uma movimentação planetária em torno dos direitos humanos, governamental e não-governamental, cujo único precedente assemelhado, geograficamente restrito ao Ocidente, ocorrera ao término da Segunda Guerra Mundial. Contou, sobretudo, com uma ampla base jurídica e semijurídica, construída desde 1945 pelas Nações Unidas e por determinadas organizações regionais, que erigiram os direitos humanos, pouco a pouco, um ramo novo no Direito Internacional, assim como uma intrincada arquitetura de instrumentos e mecanismos destinados a protegê-los”. (*A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., pp. 13-14).

ali iniciado, tendo esse mesmo movimento experimentado extraordinário avanço principalmente após o início da década de 90, com reflexos positivos nítidos inclusive no Brasil, que a partir desse momento impulsionou o processo de ratificação de inúmeros tratados de direitos humanos que haviam sido assinados anos atrás no período da ditadura militar nesse país.

Os tratados e instrumentos internacionais de proteção se desenvolveram, em suma, como *resposta* às arbitrariedades e violações de direitos humanos de diversos tipos.²⁷ Esse conjunto normativo forma hoje um *corpus juris* totalmente autônomo de proteção, dotado de especificidade e de princípios próprios, sendo contrário à lógica clássica do Direito Internacional feito pelos Estados em prol dos próprios Estados. A lógica dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos é diversa, na medida que visa à salvaguarda *das pessoas* e não das relações recíprocas entre Estados. Daí ser a integração dessa normativa protetiva diversa da inserção formal de instrumentos internacionais no âmbito doméstico. Se para estes últimos se têm exigido uma formalidade executiva subsequente à ratificação, que no Brasil consiste na expedição de um decreto presidencial de execução antes da publicação do seu texto na imprensa oficial, para aqueles (para os tratados de direitos humanos) não se exige mais que sua ratificação, que já é apta a internalizar – com efeitos *imediatos* – o tratado na órbita interna com efeitos vinculantes, no sentido de exigir diretamente do Estado que cumpra os direitos que ali se consagram e proteja as pessoas sujeitas à sua jurisdição de sua possível violação.²⁸

Contudo, não obstante este fato constatado, a integração de toda essa normativa internacional no Brasil nunca foi serena, tendo surgido problemas dos mais diversos relativamente à interpretação da Constituição em confronto com os

27. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., p. 215.

28. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos, in *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1996, pp. 20-21.

tratados internacionais de direitos humanos agora já ratificados pelo governo,²⁹ bem como problemas de ordem jurisprudencial deflagrados pela própria Suprema Corte, quando da aplicação prática desses mesmos instrumentos em casos concretos em questões perante ela. Falta ainda aos juristas e tribunais nacionais a correta compreensão dessa nova *arquitetura* internacional de proteção, que exige para a sua correta aplicação princípios e métodos *novos* de solução de conflitos. Em outras palavras, a formação de todo esse *sistema* internacional de proteção dos direitos humanos³⁰ veio exigir também novos princípios hermenêuticos e de resolução de controvérsias, em virtude da especialidade da matéria *direitos humanos* relativamente às demais normas dos ordenamentos interno e internacional, fato este que tem levado alguns jus-internacionalistas a propor novos métodos de solução de antinomias quando se trata de conflitos entre normas de Direito interno e de Direito Internacional dos Direitos Humanos.³¹

Os instrumentos internacionais de direitos humanos (convenções e declarações de direitos) adotados tanto pelo sistema das Nações Unidas quanto por sistemas regionais, modificaram profundamente o chamado *sistema westfaliano* das relações internacionais, ainda hoje presente em outros domínios. O nascimento desse sistema se deu ao cabo da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) com a conclusão dos Tratados de Paz de Westfália de 1648,³² que

29. Os textos originais dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro utilizados neste estudo, encontram-se em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Coletânea de direito internacional*, 6ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: RT, 2008, 1630p.

30. Sobre esse sistema, v. BUERGENTHAL, Thomas, GROS ESPIELL, Héctor, GROSSMAN, Claudio & MAIER, Harold G., *Manual de derecho internacional público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 95-125.

31. Aceitamos aqui o conceito de Direito Internacional dos Direitos Humanos formulado por Cançado Trindade: “Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global” (Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., pp. 210-211).

32. Nessa época Hugo Grotius, pai do Direito Natural e do Direito Internacional, já havia publicado os seus dois clássicos, *Mare Liberum* (1609) e *De Jure Belli ac Pacis* (1625), esta última obra inspirada na Guerra dos Trinta Anos.

representaram – na visão eurocêntrica das idéias políticas – o início da sociedade internacional moderna fundada em um *sistema de Estados* e a plena afirmação do postulado de igualdade jurídica (e soberana) entre as Nações.³³ Trata-se do antecedente mais remoto das modernas declarações de direitos, momento a partir do qual “tornou-se regra incluir nos tratados de paz, celebrados entre beligerantes de credos antagônicos, cláusulas que garantissem a liberdade de culto das minorias religiosas existentes nos territórios dominados pelos adversários”.³⁴

Sob a ótica *jurídica* foram duas as conseqüências da chamada *paz de Westfália*: a consolidação do direito à liberdade religiosa e a afirmação da doutrina da *soberania estatal*.³⁵ Esse sistema westfaliano, pregando a igualdade soberana entre as Nações e a reciprocidade entre os Estados no cumprimento de suas obrigações, experimentou sua maior modificação com a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde a normativa dali proveniente tem em vista a pessoa humana e os ostensivamente mais fracos, e não as meras relações recíprocas entre Estados, como era no sistema iniciado em 1648.³⁶ Compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos seres humanos não se esgota na atuação do Estado, menos ainda na falaciosa objeção da “competência nacional exclusiva”. Como leciona Cançado Trindade, esta última (equiparável ao

33. Cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. História e razão do paradigma vestefaliano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º año, Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 1447. Como destaca Franca Filho: “O caráter simbólico dos Tratados de Paz de Vestefália é inegável e pode ser aferido pelas inúmeras e multidisciplinares referências a um ‘modelo vestefaliano’ ou ‘pós-vestefaliano’ de Estado ou de relações internacionais. De tao importantes, as repercussões políticas, jurídicas, geográficas, religiosas e filosóficas dos Tratados de Paz de Vestefália induziram muitos teóricos do Estado e do Direito a falar em um ‘paradigma vestefaliano’ para designar um modelo, um parâmetro ou um padrão estatal que se tornou referencial e incontornável a partir do século XVII”. (Idem, p. 1448).

34. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 76.

35. Sobre o tema, v. SCHRÖDER, Meinhard (Ed.), *350 Jahre Westfälischer Friede: Verfassungsgeschichte, Staatskirchenrecht, Völkerrechtsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, 193p.

36. V. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., pp. 14-15. Cf., ainda, VASAK, Karel, Le droit international des droits de l’homme, in *Recueil des Cours*, vol. 140 (1974-IV), pp. 333-416. Para uma análise dos traços essenciais do direito internacional dos direitos humanos, v. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., pp. 210-128.

chamado “domínio reservado do Estado”) é entendida “como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, originalmente concebida, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados), e como expressão de um poder *interno*, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais”. E continua: “Nos dias de hoje, não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado ‘domínio reservado do Estado’, como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás”.³⁷

Inaugurado com a Carta das Nações Unidas de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o sistema internacional de proteção de direitos humanos é hoje um *corpus juris* autônomo e um dos mais importantes capítulos do Direito Internacional Público. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não existia como ramo autônomo do direito até a Segunda Guerra Mundial, tendo auferido esse *status* jurídico tão-somente após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas em 1945. O resultado, hoje, desse processo legiferante que teve início na metade do século XX é uma avalanche de tratados internacionais formadores de um verdadeiro *código* internacional de proteção dos direitos humanos, maior do que qualquer outro já conhecido no domínio do Direito Internacional Público.³⁸ Mas do clássico Direito das Gentes o sistema

37. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 4. No mesmo sentido, v. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, La universalidad de los derechos en la ‘L’ conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, cit., p. 406.

38. Como leciona Thomas Buergenthal no *Prólogo* à obra de Cançado Trindade: “O direito internacional dos direitos humanos não existia como um ramo distinto do direito internacional antes da segunda guerra mundial. Formou-se, para todos os propósitos práticos, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas. Expandiu-se e enriqueceu-se substantivamente pelos numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos adotados no âmbito das Nações Unidas e de suas agências especializadas, assim como das várias organizações intergovernamentais regionais hoje existentes. O resultado desse processo legiferante é um maciço código internacional de direitos humanos que, somente em volume, supera o de qualquer outro ramo do direito internacional. Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos ao reconhecer que os seres humanos têm direitos sob o direito

internacional de proteção dos direitos humanos se diferencia em vários pontos: primeiro, por trazer o Estado à responsabilidade para consigo mesmo, em caso de não-proteção dos direitos garantidos aos seus (ou outros) nacionais; segundo, porque erigiu o indivíduo à condição de *sujeito* de Direito Internacional, permitindo-lhe vindicar diretamente a proteção dos seus direitos violados, caso as instâncias internas se mostrarem inoperantes ou ineficazes relativamente à salvaguarda desses mesmos direitos reconhecidos por tratados³⁹; e em terceiro lugar, porque quebra os antigos dogmas da soberania absoluta dos Estados e das imunidades, à medida que vai se ingerindo em assuntos que até então eram de domínio reservado (*domaine réservé*) dos Estados, abandonando principalmente os axiomas westfalianos da igualdade entre os sujeitos e da reciprocidade entre as partes-contratantes (cujo descumprimento, em outros domínios, pode ser fator de nulidade e extinção da própria norma).⁴⁰ Nesse sentido, andou bem a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ao excluir das hipóteses de violação substancial de um tratado as disposições “sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário” (art. 60, § 5º).

O *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos também é, em tudo, diverso dos chamados tratados comuns, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos *dos Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* pertencentes aos seus Estados-partes. As obrigações contidas nos tratados internacionais de direitos humanos extrapolam os limites físicos sobre os quais se assenta a soberania estatal, para ir além das fronteiras estatais atingindo toda a sociedade internacional de maneira *erga omnes*,

internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações”. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos...*, cit., p. XXXI.

39. Para além de *direitos* os indivíduos também têm *responsabilidades* no plano internacional, podendo ser punidos por atos violadores do Direito Internacional. Sobre o assunto, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño, in *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, San José, Costa Rica: IIDH, enero/junio. 2004, pp. 203-229.

40. Cf. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., pp. 15-16; e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos...*, cit., pp. 11-12.

aproximando-se daquilo que Kant já desenvolvera no seu *Projeto de Paz Perpétua*: a violação de um direito em qualquer lugar e a qualquer pessoa se faz sentir em todos os lugares e a todas as pessoas.⁴¹ E esse fato constatado tem fundamentos diametralmente opostos ao do sistema westfaliano do Direito Internacional clássico, ainda baseado no sistema de soberania estatal e no princípio da não-intervenção em assuntos internos, tal como delineado pelo art. 2º, § 7º da Carta das Nações Unidas de 1945, “precioso em muitas áreas, mas problemático para a defesa dos indivíduos contra as arbitrariedades do poder”.⁴² É evidente, contudo, que o art. 2º, § 7º da Carta da ONU é hostil à proteção internacional dos direitos humanos e, relativamente a esse tema, não há de ser aplicado, uma vez que tais direitos não compõem o núcleo daquilo que se entende por *assunto essencialmente doméstico* dos Estados.⁴³

Por outro lado, falar em conceitos como o de *soberania e independência* também leva a desentendimentos, no que tange à significação do conteúdo dos direitos humanos.⁴⁴ Nesse sentido, já assinalara Pasquale Fiore que só se pode reconhecer aos Estados uma independência *limitada* pelas exigências da sociedade internacional, o que A. Pillet caracterizou como sendo uma situação de *interdependência* das nações, nestes termos: “L’indépendance de l’État n’existe pas, telle est la conséquence fatale de l’existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l’interdépendance”.⁴⁵ O mesmo ocorre com a noção de soberania, uma vez que,

41. V. KANT, Immanuel. *Projet de Paix Perpétuelle*. Trad. de J. J. Barrère e C. Roche. Paris: Nathan, 1991, pp. 26-29. Nesse mesmo sentido, v. LINDGREN ALVES, José Augusto, *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 16.

42. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 16.

43. Para um comentário da regra do art. 2º, § 7º da Carta da ONU, principalmente em relação à questão dos direitos humanos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 832-834.

44. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 15 e ss.

45. V. *Revue Générale*, 1898, pp. 77-86, citado por BOSON, Gerson de Britto Mello, *Curso de direito internacional público*, 1º vol., Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 178. Para Mirtô Fraga: “(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica

no cenário internacional, os Estados perdem a discricionariedade de, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier, o que demonstra existir um verdadeiro enfraquecimento dessa noção da não-ingerência internacional em assuntos internos prevista pelo citado dispositivo da Carta das Nações Unidas.⁴⁶ Se existe noção alheia à proteção internacional dos direitos humanos esta noção é a de soberania, vez que o seu fundamento é irreconciliável com a dinâmica internacional de proteção desses mesmos direitos, o que implica necessariamente na abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção do ser humano.⁴⁷ Nesse compasso é que o art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas *limitações de soberania* necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”.⁴⁸ Aliás, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias, em certa ocasião, declarou-se competente inclusive para julgar – em tema de direitos fundamentais –, os conflitos existentes entre o *direito*

internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela *encontra seus limites nos direitos individuais*, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional” [grifo nosso] (*O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 09).

46. Fábio Konder Camparato, ao comentar o § 2º do art. 5º da Carta de 1988, conjugando-o com o inc. II do art. 4º da mesma Carta (segundo o qual o Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”), afirma criticamente: “O sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos direitos humanos sobre quaisquer regras decorrentes da soberania internacional de nosso País, considerada esta como independência em relação a outros Estados e como poder, em última instância, para decidir sobre a organização de competências no plano interno. Tal significa, segundo a melhor exegese, que o Brasil reconhece a inaplicabilidade, para si, em matéria de direitos humanos, do princípio de não-ingerência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea 7). A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda a humanidade”. (A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto [Editor]. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 2ª ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH [et al.], 1996, p. 282).
47. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação ao livro de LINDGREN ALVES, José Augusto, *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. XVI. Sobre o assunto, v. ainda MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, nº 156, Brasília: Senado Federal, out./dez./2002, pp. 169-177.
48. Para um comentário dessa regra, v. GIUDICE, Federico del (*et all.*), *La Costituzione esplicata*, 5ª ed., Napoli: Simone, 2005, pp. 37-39.

comunitário europeu e o *direito constitucional* interno dos países membros, com o escopo de dar prevalência ao primeiro em detrimento do segundo (cf. Sentença de 9 de março de 1978, causa 106/1977).⁴⁹ No mesmo sentido, seguindo essa tendência do constitucionalismo pós-moderno, a Carta Política do Chile de 1980, reformada em 1997, estabelece, no seu art. 5, § 2º, que o exercício da soberania “reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, complementando que é dever “de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Como destaca Lindgren Alves, independentemente das posturas individualizadas de certos governos sobre o assunto, “o fato é que hoje os direitos humanos não são mais juridicamente confinados ao domínio reservado das jurisdições nacionais, sobre as quais a comunidade internacional, em princípio, não se poderia pronunciar”.⁵⁰ Tal consiste naquilo que se chama de superação da *doutrina exclusivista*, cujo exemplo mais citado em todos os estudos é o caso *Barcelona Traction*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 5 de fevereiro de 1970. O tecnicamente chamado *Caso da Companhia Barcelona Traction Light and Power LTDA* (Bélgica v. Espanha) nasceu de uma demanda de 19 de junho de 1962, onde o governo belga solicitou a reparação por danos causados a seus nacionais, acionistas da companhia canadense *Barcelona Traction*, cometidos por vários órgãos espanhóis em decorrência do pedido de falência da empresa na Espanha. O prejuízo teria advindo do resultado de vários atos contrários ao Direito Internacional cometidos em desfavor da companhia por órgãos do Estado espanhol.⁵¹ Afirmou a Corte neste caso que: “Uma distinção essencial deve ser estabelecida entre as obrigações dos Estados perante a comunidade internacional

49. V., a esse propósito, BARILE, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna: Il Mulino, 1984, pp. 445-446.

50. LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 17.

51. V. o resumo de todo o caso em BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*, Belo Horizonte: CEDIN, 2005, pp. 742-749.

em seu conjunto e aquelas que nascem com relação a outro Estado no quadro da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras concernem a todos os Estados. Dada a importância dos direitos em causa, pode-se considerar que todos os Estados têm interesse jurídico na proteção desses direitos: as obrigações de que se trata são obrigações *erga omnes*. Elas decorrem, por exemplo, no Direito Internacional Contemporâneo, da proscrição dos atos de agressão e do genocídio, como também dos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁵²

Pode-se dizer por outras palavras que, atualmente, os direitos humanos transcendem os limites físicos de divisão do Estado, ascendendo ao plano do direito internacional e recebendo proteção externa. Afasta-se, assim, a idéia de jurisdição doméstica absoluta, para dar lugar à complementaridade e ao “diálogo” – ainda que nem sempre tranquilo ou pacífico – entre as ordens interna e internacional.

Desde a segunda metade do século XX é que se vem percebendo as falências do sistema westfaliano do Direito Internacional relativamente ao trato com a proteção internacional dos direitos humanos. Os axiomas da *soberania* e da *autodeterminação* passam a não mais encontrar qualquer razão de ser se não limitados pelo princípio segundo o qual as normas definidoras dos direitos e liberdades fundamentais têm superioridade hierárquica sobre qualquer outro princípio informador do Direito Internacional clássico. Até porque – diz Lindgren Alves – a soberania moderna “é firmada politicamente como um atributo do povo – soberania popular no lugar da antiga soberania estatal – e assim consignada em muitas Constituições, inclusive a brasileira”.⁵³ De fato, a Constituição brasileira de 1988 desde o seu *Preâmbulo*, assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem

52. Texto colhido em LINDGREN ALVES, José Augusto, *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 17.

53. LINDGREN ALVES, José Augusto. *Idem*, p. 18.

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...). Já no seu primeiro artigo diz ser o Brasil um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, ao lado da *soberania* (inc. I), a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana* (incs. II e III, respectivamente).⁵⁴ A *soberania* na ordem constitucional atual é *popular*, deixando claro a Constituição que *todo o poder emana do povo* (art. 1º, parágrafo único). Ineditamente, a Constituição de 1988 elenca os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil (art. 3º), dentre os quais o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I); “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III); e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV). Trata-se também do primeiro texto constitucional brasileiro a elencar expressamente os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil deve se reger nas suas relações internacionais (art. 4º), merecendo especial destaque o princípio insculpido no inciso II da “prevalência dos direitos humanos”. Como se já não bastassem todos esses avanços, a Constituição brasileira de 1988 foi também a primeira a sistematizar os direitos sociais, que na ordem constitucional anterior restavam espalhados no capítulo da ordem econômica.⁵⁵

Tudo isto somado demonstra a preocupação da Constituição de 1988 em elevar o poder do povo ao *status* de soberano, limitativo das arbitrariedades estatais baseadas no antigo paradigma westfaliano. Tanto a ordem internacional, que sob os auspícios das Nações Unidas e das instituições regionais (a exemplo

54. Para um estudo aprofundado do conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana, v. SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, especialmente pp. 29-60.

55. A esse respeito, assim leciona Flávia Piovesan: “O Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade”. (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 33-34).

da OEA) tem concluído tratados de direitos humanos da maior relevância, bem como as ordens constitucionais contemporâneas, dentre as quais se destaca a ordem constitucional brasileira, têm comungado esforços para se chegar, cada vez mais, a um padrão mínimo de interação dos sistemas internacionais de proteção e de integração das normas internacionais deles provenientes nos respectivos ordenamentos jurídicos internos. Em outras palavras, a *arquitetura internacional dos direitos humanos* – para falar como Lindgren Alves – deve *dialogar* com os sistemas internos de proteção, a fim de melhor proteger a parte mais fraca em todo conflito e violação de direitos que envolvem Estados: o *ser humano*.

Essa simbiose de fatores múltiplos a (tentar...) proteger o ser humano provém das grandes mudanças experimentadas pela sociedade internacional no limiar do século XXI, notadamente do reconhecimento das normas de *jus cogens* em direito internacional, já anteriormente previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, mas somente em tempos recentes efetivamente *aplicadas* pelos fóros internacionais e internos. Assim, o que se percebe hoje não é a existência de apenas *uma*, mas de *várias* fontes a tentar proteger o *mesmo* sujeito de direitos. Essa pluralidade de fontes normativas faz surgir no direito internacional pós-moderno nova possibilidade de conflitos normativos,⁵⁶ fazendo com que o jurista volte a preocupar-se com o problema *coerência* no direito em geral e no direito internacional, em particular, uma vez que é consenso entre todos os operadores do direito que as antinomias são indesejáveis e impedem a efetiva realização da justiça.⁵⁷

Além do mais, é fato notório que a “civilização pós-moderna é caracterizada por um pluralismo de estilos e de valores antes não conhecidos”,⁵⁸

56. Sobre o tema, v. JAYME, Erik. Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Int. Privatrecht und Europarecht (1997), pp. 230-236.

57. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, nº 177, Brasília: Senado Federal, jan./mar./2008, pp. 129-130.

58. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 251.

fazendo emergir um *diálogo das diferenças*⁵⁹ entre vários povos e várias culturas⁶⁰ (e, porque não dizer, várias *normas jurídicas*) em tudo distintas uma das outras, carente de soluções também distintas das classicamente (até então) empregadas no mundo jurídico. Se é certo que os “diferentes” obtiveram consideráveis vitórias desde o final da Segunda Guerra,⁶¹ não é menos certo que os seus problemas ainda não terminaram, ainda mais quando se sabe que os *conflitos* surgidos entre essas “diferenças” ainda têm sido resolvidos de modo a não respeitá-las (ou, melhor diríamos, de modo a não compreender que a *diferença* exige métodos também *desiguais* de solução das antinomias). Ao menos os sistemas (global e regionais) de proteção dos direitos humanos têm feito a sua parte, podendo-se mesmo dizer que se a igualdade internacionalmente postulada – sobretudo pelas convenções da ONU – ainda não é real, ela ao menos “existe *de jure* em quase todos os países”.⁶²

Tudo isto está a demonstrar a clara existência daquilo que Ferrajoli entende como sendo a característica principal do Estado Constitucional [e, pode-se acrescentar, *Humanista*] de Direito: a *pluralidade de fontes normativas*.⁶³ Essa variedade de fontes hierarquicamente distintas no plano formal devem, segundo Erik Jayme, *dialogar* entre si, a fim de melhor proteger a pessoa humana, restando ao juiz a tarefa de *coordenar* essas fontes escutando o que elas dizem.⁶⁴

59. A expressão é de DUPUY, René-Jean, *La clôture du système international: la cité terrestre* (Grand Prix de Philosophie de l'Académie Française), Paris, PUF, 1989, p. 115.

60. Sobre o mundo histórico da cultura, v. TELLES JUNIOR, Goffredo, *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*, 2ª ed., rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 254-259. Sobre o tema, v. ainda EBERHARD, Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris: Éditions des Écrivains, 2002. Do mesmo autor, cf. *Derechos humanos y dialogo intercultural*, cit., pp. 255-289; e *Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico*, cit., pp. 489-530.

61. Cf. LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 12.

62. LINDGREN ALVES, José Augusto. *Idem*, *ibidem*.

63. V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 15 e ss.

64. Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259. Como destaca Luiz Flávio Gomes: “Aliás, hoje, somente a complexa (e correta) articulação de todas as suas distintas fontes normativas (normas constitucionais, internacionais e ordinárias) é que possibilita (a) alcançar a justa solução para os conflitos que envolvem os direitos humanos e (b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido

Esta Tese tem exatamente esta finalidade: contribuir para a solução dos problemas relativos à interpretação e aplicação de toda essa arquitetura internacional dos direitos humanos no Brasil, propondo um método novo de solução de antinomias baseado na dialética da coordenação e da transigência, rechaçando os critérios clássicos de solução de conflitos de leis (critérios da *hierarquia*, *anterioridade* e *especialidade*) quando se tratar de conflito envolvendo direitos humanos, seja em nível interno ou em nível internacional. Em outras palavras, esta Tese tem por missão demonstrar que as relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno rumam a uma nova direção em tempos pós-modernos, deixando de lado a exclusão e a intransigência para dar lugar ao *diálogo*. Os instrumentos internacionais que compõem essa arquitetura e que se trabalhará são de *hard law* e de *soft law*, passando dos tratados e convenções mais importantes e que sustentam o sistema até as declarações e programas de ação com viés mais político que jurídico, mas que não deixam de integrar a gramática dos direitos humanos.⁶⁵

O estudo seguirá uma linha seqüencial (*rote Linie*) que se inicia com a teoria geral dos conflitos de normas, passando pela distinção entre antinomias e conflito aparente de normas, para finalmente propor critérios novos de solução de antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o Direito brasileiro, baseados no que Erik Jayme chamou de *diálogo das fontes*.⁶⁶ Todo diálogo pressupõe uma reflexão conjunta, uma vontade de compartilhar conjuntamente teses nascidas dessa própria simbiose. No que tange às relações do direito internacional (notadamente na seara dos direitos humanos) com o direito interno a mesma situação se apresenta. Como se poderá verificar, as normas de

processo legal criminal”. (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 25).

65. Como leciona Lindgren Alves: “A linguagem – ou, como dia Paulo Sérgio Pinheiro, a gramática – dos direitos humanos constitui no mundo de hoje um discurso internacional autorizado. A eles podem e devem apelar, legitimamente, os indivíduos desprivilegiados e os grupos vulneráveis na busca de apoio para suas causas. Para isso existe a arquitetura aqui descrita, construída gradualmente, ao longo de cinco décadas, em meio às vicissitudes do ‘exercício do poder público’, na esfera das relações entre atores de peso astronomicamente desigual”. (*A arquitetura internacional dos direitos humanos*, cit., p. 22).

66. V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

direito internacional relativas à proteção dos direitos humanos “conversam” com as normas de direito interno, sempre no intuito de *melhor proteger* ou *melhor amparar* um direito garantido ou protegido pelos tratados ou pelo direito doméstico.

Se o método visionário de Jayme – v. o Capítulo II deste trabalho – já foi aplicado com sucesso entre nós para analisar as relações entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Código Civil de 2002,⁶⁷ a constitucionalidade da aplicação do CDC às relações bancárias⁶⁸ e, mais recentemente, para estudar as interfaces existentes entre os tratados da OMC e outras normas internacionais,⁶⁹ ainda não o foi para intentar solucionar os conflitos entre tratados de direitos humanos e normas de Direito interno, sendo este o objetivo principal deste estudo. Assim, percebe-se que são três as possibilidades de estudo sobre o tema: *a) os diálogos entre normas de direito interno; b) os diálogos entre normas de direito internacional; e c) os diálogos entre norma internacional e norma de direito interno.* Tendo já outros autores se ocupado dos dois primeiros casos, resta a um novo estudo desvendar o terceiro, qual seja, a aplicação do “diálogo das fontes” aos conflitos entre normas de direito internacional e direito interno. Este estudo versará sobre este último ponto no caso relativo aos conflitos entre normas internacionais de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro.

Duas palavras devem também ser ditas sobre a organização formal deste estudo. A divisão do texto em duas grandes partes pareceu-nos mais adequada relativamente ao trato do assunto. A primeira parte (Capítulo I) versará o problema das antinomias no Direito em geral e os critérios tradicionais para a sua resolução, com ênfase à aplicação de tais critérios ao caso dos conflitos entre tratados

67. Cf. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 51, São Paulo: RT, jul./set./2004, pp. 34-67. V. também, MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, 2ª tir. (com Antônio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa), São Paulo: RT, 2008, pp. 87-99.

68. V. STF, ADIn nº 2.591, Tribunal Pleno, julg. 04.05.06, Voto do Min. Joaquim Barbosa, pp. 351-352.

69. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 238-242.

internacionais (notadamente os de direitos humanos) e normas de direito interno. A segunda parte (Capítulo II) desenvolverá a tese segundo a qual as antinomias no direito pós-moderno podem ser resolvidas pelo *diálogo das fontes*, principalmente na seara dos direitos humanos e fundamentais, onde a dinâmica de interação e coexistência entre normas de mesmo fundamento ético se faz mais presente.

Por fim, cumpre dizermos que seguiremos nesta Tese aquilo que Cláudia Lima Marques propõe para toda e qualquer pesquisa: liberdade de pensamento e contribuição para um direito social e justo, tanto para a sociedade quanto para o próprio cientista.⁷⁰

70. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, in KRIEGER, Maria da Graça & ROCHA, Marininha Aranha (orgs.), *Rumos da pesquisa: múltiplas trajetórias*, Porto Alegre: UFRGS, 1998, p. 106.

CAPÍTULO I

AS ANTINOMIAS NO DIREITO EM GERAL E OS CRITÉRIOS HABITUAIS DE SOLUÇÃO

O conjunto ou o complexo de normas destinadas à regulação da vida das pessoas (seja num determinado Estado ou fora dele) forma o que se denomina *ordenamento jurídico*, que é parte de uma estrutura axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito chamada *sistema jurídico*.¹ Todo ordenamento, além de ser um conjunto de normas, é também uma *estrutura*, sem a qual não há conexão alguma entre os seus elementos (normativos ou não-normativos). Esta *estrutura* (que não deixa de ser um *conjunto de regras*) é o liame que une os elementos (*repertório*) de um dado ordenamento.² Então, se tais elementos pertencerem ao mundo do Direito, tem-se aí um ordenamento chamado de *jurídico*.

Sabe-se que um ordenamento é uma *ordenação* de coisas, que no mundo jurídico se constituem em *normas*.³⁻⁴ Tal ordenamento – que pode ser *nacional*, *estrangeiro* ou *internacional* – faz parte de um contexto mais amplo e hierarquicamente disposto chamado de *sistema jurídico*. Mas o sistema jurídico pressupõe mais que um *conjunto de normas* (que leva ao conceito de *ordenamento* no direito), exigindo sejam elas agrupadas com *coerência* e com

-
1. V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 66-102; e BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, 8ª ed., Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Editora UnB, 1996, pp. 71-81.
 2. V., por tudo, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 175-176.
 3. Sobre as normas jurídicas e seu significado, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 7ª ed., Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 4-25.
 4. É importante a observação de que a “matéria versada pelo Direito é *normativa*. É um conhecimento sobre normas, *conflitos de interesses* e *soluções*” [grifos do original]. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 17. Sobre a formação da norma na metódica estruturante, v. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., pp. 37-51.

base em *regras*,⁵ *princípios*⁶⁻⁷ (ou, para falar como Alexy, *mandamentos de otimização*⁸⁻⁹) e *valores superiores*, capazes de direcioná-las e conduzi-las a um *fim* específico, qual seja, a própria *justiça*.

-
5. Tem se tornado tradicional a definição das *regras* como “proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*)”, pelas quais “[s]e os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”, sendo o seu comando *objetivo* e sem margem “a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência”, devendo assim ser aplicadas “predominantemente, mediante *subsunção*” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 328). Sobre a expressão “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) utilizada acima, v. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24. É dele a lição de que as regras são aplicadas à maneira do *tudo ou nada*, isto é, “if the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”. (Idem, *ibidem*).
 6. Estes (os *princípios*) têm sido atualmente definidos como normas que “contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir”, mas cuja incidência “não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade”, e sim em termos de *ponderação*. V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, pp. 328-329. Os princípios teriam então uma dimensão do *peso* ou da *importância* não encontrada nas regras (cf. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, cit., p. 26), motivo pelo qual seus conflitos não se resolvem pela declaração de *invalidade* de um deles, mas pela *precedência* de um em relação ao outro no caso concreto. Admitindo a ponderação também entre regras, v. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 52-64. Sobre o tema, v. ainda BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 24-27, e suas considerações sobre a identificação de pelo menos três maneiras diferentes de se compreender a ponderação: a primeira (*a*) como forma de aplicação dos princípios (como fazem Dworkin e Alexy); a segunda (*b*) como modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios; e a terceira (*c*) como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais (como é o pensamento de Humberto Ávila). Neste último sentido, a *ponderação* seria “a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.)”. (Idem, p. 27).
 7. Para uma teoria que distingue (pela utilização de critérios *fortes* e *débeis*) as *normas* dos *princípios* jurídicos, v. VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires: Depalma, 2000, especialmente pp. 19-78; e VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às novas perspectivas*, Trad. de Susana Elena Dalle Mura, São Paulo: RT, 2005, pp. 141-153. Veja-se a explicação desta distinção de Rodolfo Vigo entre *normas* e *princípios* (e não entre *regras* e *princípios*, como defende Robert Alexy) na parte final da nota nº 8, *infra*.
 8. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 90. Não é demais lembrar que, para Alexy, tanto as *regras* quanto os *princípios* devem ser reunidos sob o conceito genérico de *norma*, “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”. (Idem, p. 87). Para Alexy os princípios são *mandamentos de otimização*, porque “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades

A missão última das normas jurídicas é coordenar o complexo mundo das atividades humanas, tanto dos seres humanos entre si, quanto destes e outros

jurídicas e fáticas existentes”; daí serem caracterizados “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (Idem, p. 90). Já as *regras* são normas “que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”. E conclui: “Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (Idem, p. 91) [voltaremos a esse tema na Seção II, § 1º, *infra*]. Esta qualificação – frise-se – é rechaçada por Rodolfo Luis Vigo, para quem o “gênero” é a *regra* (e não a *norma*, como pretende Alexy), e as “espécies” são as *normas* e os *princípios* (e não as *regras* e os *princípios*, como quer Alexy). Segundo Vigo, sua insistência em manter a termo “regra” como gênero (do qual seriam espécies as *normas* e os *princípios*), se justifica porque se “harmoniza mais facilmente com a linguagem dos operadores jurídicos”. Para detalhes, v. VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos...*, cit., p. 73. Cf. também os quadros esquemáticos das pp. 74 e 76, sobre a “teoria distintiva *forte* entre normas e princípios de direito” (da qual os expoentes mais notórios são Dworkin e Alexy) e sobre a “teoria distintiva *débil* entre normas e princípios jurídicos” (tal como aceita Joseph Raz, apesar de não referido por Vigo), respectivamente. Além da teoria distintiva forte e da teoria distintiva débil, existem ainda teorias que rejeitam a possibilidade de distinção. Para pormenores sobre os prós e os contras dessas teses, v. SILVA, Virgílio Afonso da, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 52 e ss.

9. Neste trabalho, apesar de aceitarmos a distinção de Alexy entre princípios e regras, não nos vinculamos *estritamente* à sua definição no decorrer do texto. Além de não ser o propósito deste estudo o desenvolvimento da distinção alexyana, também não nos ocuparam outras questões que não as relativas às co-relações da ordem internacional com a interna, no que concerne à proteção dos direitos humanos. Isto que dizer que, aqui ou ali, pode ser feita alguma referência a um determinado *princípio* (constitucional, internacional, etc.) ou a uma *regra* jurídica tal, que não se amolde perfeitamente àquela definição proposta por Alexy. No direito brasileiro o termo *princípio*, como em outras ordens jurídicas, é plurívoco (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35). Se, para Alexy, a norma é um princípio por ter a *estrutura* de um “mandamento de otimização” e não em razão da sua fundamentalidade (como é para vários juristas brasileiros, v.g., BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143, para quem os princípios constitucionais “são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica”; ou ainda MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 19ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 408, que os entende como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema), o certo é que, entre nós internacionalistas, o termo é ainda empregado com outras conotações. Concordamos, porém, com Virgílio Afonso da Silva, que critica aqueles autores que dizem adotar a classificação de Alexy como ponto de partida, mas que continuam a falar em “princípio *nulla poena sine lege*”, em “princípio da legalidade” ou em “princípio da anterioridade”, que na acepção alexyana seriam verdadeiras *regras*, não *princípios*. V., para detalhes, SILVA, Virgílio Afonso da, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, in BONAVIDES, Paulo (Ed.), *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, Belo Horizonte: Del Rey, jan./jul. 2003, pp. 607-630; e também, SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito...*, cit., pp. 35-37. Assim, é bom fique nítido que *não estamos* a adotar a concepção alexyana como *ponto de partida* ao desenvolvimento de qualquer das teses que iremos defender nas páginas que seguem. O que chamamos por inúmeras de “princípio internacional *pro homine*” é um bom exemplo disso.

bens-jurídicos não-humanos, mas de interesse meta-individual ou geral, notadamente concernente ao progresso da humanidade e à estabilização da paz, como os direitos humanos *lato sensu* (onde indubitavelmente se incluem as questões ambientais, etc.) e todos os seus consectários, próximos ou remotos.

Ainda que o dito *conjunto de normas* seja o objeto principal de toda relação jurídica, o certo é que sem a coexistência de tais normas com outros valores e princípios o mundo jurídico não se completa,¹⁰ notadamente na pós-modernidade,¹¹ onde a variedade de novos fatos é tão grande que se torna complexo (e, até mesmo, *temerário*) dizer que as normas jurídicas que existem *resolvem* todas as antinomias hoje presentes. Podemos assim dizer que as normas jurídicas têm de estar *em ordem* (ou seja, *ordenadas*) no mundo do direito, sob pena (quando *desordenadas*) de não se formar o *ordenamento jurídico* que se pretende ver funcionando.

Mas esta *ordem* (ou *ordenação*) *jurídica* não é única. Há a ordem jurídica *interna* e a ordem jurídica *internacional*. Esta última também pressupõe o agrupamento coerente de normas, baseado em princípios e valores que as direcionem ao *fim* específico do direito internacional, que é a *justiça internacional*. Contudo, se dos séculos XV ao XIX as normas internacionais estavam voltadas precipuamente às questões essenciais da regulação da vida internacional, como a guerra e a neutralidade, o fluxo de pessoas (emigrações e migrações) pelo mundo, a navegação marítima e, ainda, para as questões relativas às fronteiras e aos limites entre Estados, o certo é que depois do início do século XX o direito internacional *multiplica* o rol de assuntos versados e passa a cuidar de temas que, até então, estavam adstritos à jurisdição *interna* dos Estados, como

10. Cf. GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*. London: Esperia Publications Ltd., 2003, pp. 18-19.

11. V., a propósito, JAYME, Erik, Direito internacional privado e cultura pós-moderna, cit., p. 106, que assim leciona: “(...) o direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, nosso direito atual é, em certa medida, uma reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer, da cultura pós-moderna”.

meio ambiente e direitos humanos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais, etc.).¹²

Esta multiplicidade de temas¹³ hoje versados pelo direito internacional (dentre os quais o mais importante é, seguramente, o dos direitos humanos) se torna ainda mais complexa quando o direito interno estatal traz para si (ou seja, *internaliza*¹⁴) as normas internacionais provenientes de tratados e lhes permite inovar (muitos países, inclusive, com *status* jurídico diferenciado, como é o caso do Brasil¹⁵) o acervo normativo doméstico. A partir desse ato estatal voluntário o direito interno passa a conviver com novas normas, que, na seara dos direitos humanos, ou (a) são *iguais* às normas domésticas de proteção, ou (b) *suprem lacunas* das normas internas, ou (c) *ampliam* o âmbito doméstico de proteção, ou ainda (c) acrescentam *direito novo* às normas de proteção interna.¹⁶

É bom frisar que o conflito entre tratados internacionais e leis internas não se encaixa nem nos “conflitos de leis no tempo”¹⁷ – pois os tratados têm nível hierárquico superior ao das leis, o que levaria, *a priori*, à aplicação do método hierárquico de solução de antinomias –, nem nos “conflitos de leis no espaço”¹⁸ – uma vez que os tratados se *internalizam* na ordem doméstica, diferentemente do

-
12. Sobre o tema da internalização dos tratados no Brasil, v. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo, *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, especialmente, pp. 339-397; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 267-301.
 13. Para falar como Augustín Gordillo: “(...) à travers les siècles, tandis que ces *príncipes* et d’autres encore se sont multipliés, les *lois et les règlements* se sont multipliés *d’une manière exponentielle*... (*Une introduction au droit*, cit., p. 21).
 14. V. VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n° 167, Brasília: Senado Federal, jul./set./2005, p. 135.
 15. V. o Capítulo II, Seção II, *infra*.
 16. V., sobre essas quatro modalidades de convivência entre as normas internacionais e as internas o Capítulo II, Seção I, §§ 1° (“diálogos horizontais”) e 2° (“diálogos verticais”), *infra*.
 17. Sobre os conflitos de leis no tempo, v. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. 1 (Introdução e Parte Geral – Direito das Pessoas), Trad. de Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1934, pp. 164-182; e RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 6ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 2004, pp. 387-419.

que ocorre com o *direito estrangeiro*, cuja fonte de produção é alheia à participação de terceiro Estado e que, por isso, mesmo podendo ser aplicado pelo juiz nacional, continua sendo “estranho” à ordem doméstica. Dos conflitos de leis no tempo cuida o domínio científico chamado *direito intertemporal*, ao passo que dos conflitos de leis no espaço versa o *direito internacional privado*.¹⁹ O caso que ora nos ocupa – conflitos entre tratados internacionais (notadamente os de *direitos humanos*) e norma de direito interno – é chamado de “conflito entre fontes”²⁰ e pertence ao que Mirkine-Guetzévitch chamou de *direito constitucional internacional*.²¹⁻²²

Nessa perspectiva, à medida que o Estado assume compromissos mútuos em convenções internacionais de direitos humanos, passa ele a integrar a órbita internacional de proteção relativa à matéria versada no respectivo instrumento. Assim, *v.g.*, a ratificação de um tratado protetivo dos direitos das mulheres, aumenta para o Estado o âmbito de incidência de uma violação em potencial de tais direitos. Da mesma forma, a ratificação de um instrumento protetivo dos direitos das crianças, introduz o Estado respectivo na órbita internacional de proteção desses mesmos direitos, ampliando para ele, em seu direito interno, o campo de incidência de uma potencial violação de tais direitos.

18. Sobre os conflitos de leis no espaço, *v.* RUGGIERO, Roberto de, *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., pp. 182-203; e RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, cit., pp. 420-484.

19. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., pp. 10-11.

20. BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 14.

21. V. MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Droit international et droit constitutionnel*, in *Recueil des Cours*, vol. 38 (1931-IV), pp. 307-465.

22. O professor Luís Roberto Barroso emprega a expressão “direito constitucional internacional” em associação com a idéia de direito internacional *privado*, por meio da qual “se identifica o conjunto de princípios e de regras que envolvem a solução dos conflitos existentes entre as normas internacionais e estrangeiras, de um lado, e as normas constitucionais, de outro”. (*Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 15). Para nós, não é direito constitucional internacional as regras de solução de conflitos entre norma *estrangeira*, de um lado, e as normas constitucionais, de outro, mas somente as regras relativas às soluções de antinomias entre a ordem *internacional* (não a *estrangeira*...), de um lado, e as normas constitucionais, de outro (cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*, in DOLINGER Jacob [org.], *A nova Constituição e o direito internacional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 20). Constitui-se na “tentativa de adaptar a Constituição à ordem jurídica internacional que se sobrepõe a ela”. (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*, 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 36).

Em muitas vezes, os *objetos* dos tratados ratificados (v.g., direitos das mulheres, das crianças, das minorias, dentre tantos outros; além dos tratados genéricos de proteção, como os de proibição do genocídio, do racismo, da tortura, etc.) não são desconhecidos da ordem jurídica interna. Pelo contrário. Na maioria dos casos, as obrigações que os Estados assumem no plano internacional relativas a direitos humanos são obrigações que, no plano interno, eles já têm. Assim, a ratificação de uma normativa internacional de proteção sobre determinado tema serve como meio de *ampliar* os direitos já consagrados no plano do direito interno estatal, o que vem ao encontro da própria principiologia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que é servir como meio *coadjuvante* ou *complementar*²³ de proteção dos direitos que a ordem interna do Estado já consagra.

Parece nítido, então, que a convivência das normas internacionais com as do direito interno, não será sempre pacífica, eis que de suas relações podem surgir (e, efetivamente, surgem) inúmeras *antinomias*. Por ser o sistema jurídico exatamente um *complexo* de normas,²⁴ não é irrazoável supor a possibilidade de choques ou conflitos entre elas, ou mesmo entre as várias ordens jurídicas existentes,²⁵⁻²⁶ os quais deverão ser resolvidos com as alternativas fornecidas pelo

23. V., assim, o *Preâmbulo* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (2º considerando). Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., pp. 16-17.

24. Lembre-se os dizeres de Bobbio, para quem “o ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é *um conjunto de normas*. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas (pelo menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só” [grifos do original]. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 31).

25. Sobre a diversidade de ordenamentos jurídicos existentes, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, O direito em tempos de globalização, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 20, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002, pp. 13-15.

26. É aspiração do *direito uniforme* a composição dessas várias ordens jurídicas entre distintos Estados, ou entre a ordem jurídica internacional e as ordens estatais, ainda que “sem a pretensão de cobrir o direito em geral, e cingindo-se o universo a um número restrito de países, com ordenamentos assemelhados nas características básicas. Mesmo em casos tais verificaram-se malogros, como, na primeira metade do século passado, o projeto franco-italiano de unificação do direito das obrigações. (...) É suficiente recordar as convenções firmadas em Genebra, em 1930 e 1931, de que resultaram as chamadas ‘leis uniformes’ sobre as letras de câmbio e notas promissórias e sobre os cheques, respectivamente, conquanto pareça oportuno registrar que essa técnica, a rigor, nem sempre se mostra capaz de assegurar a efetiva uniformização, dadas as inevitáveis diferenças de interpretação dos

próprio mundo jurídico. Tais alternativas, às vezes, não aparecem ou não são visualizáveis de modo claro, variando através dos tempos os meios e as soluções encontrados para o problema dos conflitos de normas, fruto da visão que cada um tem do sistema jurídico a depender do momento histórico por que se passa. Se no passado alguns “critérios” de solução de antinomias eram tidos como insuperáveis ou, até mesmo, infalíveis, no presente buscam-se alternativas diferentes para o mesmo problema, com uma visão de futuro e com a consciência de que os problemas pelos quais passa hoje a sociedade internacional nada têm de semelhantes àqueles presentes até meados do século XX.

Tanto ontem como hoje, porém, antinomias ocorrem no mundo jurídico e necessitam ser superadas com coerência. Segundo Norberto Bobbio, a “situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia*”. Para Bobbio o sistema jurídico traduz-se na “validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas”; assim, se num ordenamento “vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas”. Nessa ordem de idéias, as normas de determinado ordenamento “têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade”.²⁷ À medida que entende ser o ordenamento jurídico um *sistema*, Bobbio conclui que “o *Direito não tolera antinomias*”.²⁸

textos nos tribunais dos diversos países signatários”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito em tempos de globalização, cit., p. 15).

27. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 80-81. Mas Bobbio faz a advertência: “Note-se porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema [Bobbio, no texto, já falara de outros *dois sentidos* de sistema], o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. (...) Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas”. (Idem, p. 80).

28. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 81. Cf., também, BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Trad. de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, p. 203.

Não é de hoje que os cultores do Direito se preocupam com as soluções possíveis para as antinomias que podem (e ocorrem) no sistema jurídico. Solucionar antinomias é, aliás, função primordial do Direito, vez que o sistema jurídico mais será *consistente* quando menos antinomias nele houver. Assim, a solução das antinomias jurídicas – quer no plano do Direito interno, como no plano do Direito Internacional – está intimamente ligada à própria consistência do sistema jurídico,²⁹ pois pressupõe sempre “a falta de critério que autorize o intérprete a solucionar a colisão normativa”.³⁰

Parece inevitável, na atualidade, a existência de antinomias no mundo jurídico, não havendo como negar que as fontes de produção normativa elaborem normas conflitantes umas com as outras. Por se tratar de produção *humana*, as fontes do direito³¹ (lugar de onde *nascem* os preceitos jurídicos) têm trazido à luz normas que se antepõem. Se tal se dá no âmbito do direito interno, onde a coerência deveria ser maior, pelo fato de ser a elaboração legislativa produto da *mesma fonte*, nem se diga no plano internacional, cuja fonte normativa é alheia à produção normativa doméstica e com ela não se preocupa. Isto decorre da própria *abertura* do sistema jurídico e da sua dinâmica cada vez mais intensa e, por vezes, conturbada. Daí se entender que a *coerência* do sistema jurídico, se possível no plano teórico, mostra-se dogmática no plano praxeológico, tornando-se imprescindível a sua revisão sem rechaçar a existência de conflitos normativos reais.

29. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 206-207.

30. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214.

31. Sobre a importância do estudo das “fontes” do direito, v. LIMONGI FRANÇA, R., *Formas e aplicação do direito positivo*, São Paulo: RT, 1969, pp. 9-11. Para um conceito geralmente aceito de fonte do direito, v. MONTORO, André Franco, *Introdução à ciência do direito*, 27ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2008, p. 371, nestes termos: “De forma semelhante, observa o jurista húngaro Barna Horvath, a ‘fonte do direito’ é o próprio direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza”. Ainda sobre as “fontes de Direito”, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., pp. 258-259; e BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 161-162.

O problema das antinomias jurídicas nunca foi pacífico, notadamente os relativos às soluções possíveis para os conflitos de normas.³² No direito internacional a situação não é diferente, principalmente por se tratar de ramo da ciência jurídica cujas normas provêm de fonte de produção diferente da do direito interno.

O vocábulo *antinomia* vem da Antiguidade Clássica, tendo já aparecido nas lições de Plutarco e Quintiliano.³³ Contudo, conforme destaca Diniz, “o problema do conflito normativo, tal como aparece na atualidade, surgiu na época da Revolução Francesa, que propiciou a consolidação de certas *condições políticas*, como soberania nacional e separação de poderes, e *jurídicas*, como a preponderância da lei enquanto fonte do direito, o controle da legalidade das decisões judiciais e, principalmente, a concepção do direito como sistema, imprescindíveis para a tomada do contato com essa problemática em termos de profundidade”.³⁴

Disso se constata nitidamente que o problema das antinomias no mundo jurídico está intrinsecamente ligado à *codificação* do direito,³⁵ entendendo-se como tal (1) o direito positivo como direito posto, quer dizer, o direito que vale por força de um comando de autoridade e que só pode ser revogado por comando idêntico, e (2) como sinônimo de *decisão*, vez que toda decisão deve basear-se em valorações e regras previamente estabelecidas (positivadas) antes de adquirir validade jurídica. Daí falar-se que o direito positivo “é aquele posto por uma decisão, sendo que as premissas da decisão que o põem são também postas por decisão”.³⁶ Sob esse aspecto, os fatos do mundo (e, em particular, do mundo *jurídico*) passam a ser visualizados como um emaranhado de conflitos, os quais passam a exigir soluções que lhes coloque termo ou que lhes resolva em

32. V., a esse propósito, TRIAS DE BES, J. M., Règles générales des conflits de lois, in *Recueil des Cours*, vol. 62 (1937-IV), pp. 1-93.

33. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 206-207.

34. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, 6ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

35. Sobre o assunto, v. OPPETIT, Bruno, *Essai sur la codification*, Paris: PUF, 1998.

36. V., por tudo, DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., p. 4.

definitivo (ou, ao menos, amenizem seus efeitos). Essas *soluções* são encontradas no direito positivo, criado pelo homem para o próprio homem, a partir do século XIX. A partir desse momento histórico ficou nítido que os comportamentos humanos são o *objeto* da regulamentação jurídica. E assim sendo, à medida que tais comportamentos se tornam mais complexos, a complexidade da regulamentação jurídica também aumenta, fazendo crescer também a possibilidade de antinomias entre esses vários regramentos.³⁷

*

* *

37. Daí afirmar Maria Helena Diniz que: “Com a positivação cresce a disponibilidade espácio-temporal do direito, pois sua validade se torna maleável, podendo ser limitada no tempo e no espaço, adaptada a prováveis necessidades de futuras revisões. (...) Foi preciso que o direito fosse concebido como um sistema normativo para que a antinomia e sua correção se revelassem como problemas teóricos. A antinomia jurídica aparece como um elemento do sistema jurídico e a construção do sistema exige a resolução dos conflitos normativos, pois todo sistema deve e pode alcançar uma coerência interna. O problema científico do conflito normativo é uma questão do século XIX, surgindo com o advento do positivismo jurídico e da concepção do direito como sistema, que criaram condições para o aparecimento de teses em torno da coerência ou incoerência (lógica) do sistema jurídico e da questão da existência ou inexistência de antinomias jurídicas”. (*Conflito de normas*, cit., pp. 5-6).

Seção I – O fenômeno antinômico como decorrência da abertura do sistema jurídico

O aparecimento do fenômeno antinômico está intrinsecamente ligado à noção de *sistema jurídico*. Melhor dizendo, está intimamente ligado à noção de *abertura* do sistema jurídico,³⁸ uma vez que, quanto mais aberto, mais lacunas³⁹ se apresentam, e quanto mais lacunas se apresentam, mais antinomias aparecem. Não se está aqui a tomar a expressão *abertura* como contraposição à idéia de sistema *codificado*; na linguagem jurídica não raro se escuta falar em sistema *aberto*, para conotar aquela ordem jurídica constituída e apoiada basicamente na *jurisprudência*, e em sistema *fechado*, dominado pela idéia da *codificação*.⁴⁰ Nesse sentido o sistema do direito brasileiro seria considerado como *fechado*, assim como a maioria dos sistemas ocidentais. Não é este o sentido de “sistema *aberto*” que se está a empregar aqui; versaremos a abertura do sistema no sentido da *incompletude* (bem assim a capacidade de *evolução* e sua *modificabilidade*).⁴¹

Para entender o sentido da expressão “sistema aberto” Canaris separa os dois lados do conceito de sistema, isto é, o sistema *científico* e o *objetivo*. No que tange ao primeiro – ao sistema de proposições doutrinárias da ciência do Direito – a abertura do sistema significa sua *incompletude* e a *provisoriedade do conhecimento científico*.⁴² De fato, como leciona Canaris, “o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para por em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor

38. Sobre a abertura do sistema jurídico, v. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 103-126.

39. Sobre a existência de lacunas no Direito Internacional, v. WEIL, Prosper, *Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol. 237 (1992-VI), pp. 9-370. Para as lacunas do direito em geral, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., pp. 273-277.

40. Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, 2ª ed., Tübingen: C.B. Mohr, 1964, pp. 44 e 218 e ss.

41. V., nesse sentido, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 106-109.

42. Sobre o problema do conhecimento, v. a complexa teoria dos *jetos* (e as investigações sobre o *objeto* e o *sujeito*) de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *O problema fundamental do conhecimento*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, 285p.

consideração”, pois cada sistema científico é “tão só um *projeto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem ‘fechado’, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis”.⁴³ Contudo, o fenômeno da abertura do sistema não se reduz apenas à provisoriedade do conhecimento científico; chega-se também à conclusão de que subjazem mudanças no sistema *objetivo*, isto é, na própria unidade da ordem jurídica, e de que ele, por esse motivo, deve ser aberto. Assim, para Canaris, “resulta mesmo evidente que o Direito positivo, mesmo quando consista numa ordem jurídica assente na idéia de codificação, é, notoriamente, susceptível de aperfeiçoamento em vários campos”; atualmente, “princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas podem ter validade e ser constitutivos para o sistema”, do que se extrai “que o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como está, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade”.⁴⁴

A conclusão que se chega, *a priori*, é que o fenômeno antinômico é decorrência direta dessa “abertura” do sistema jurídico, ocasionada tanto pela *incompletude do conhecimento científico* quanto pela *modificabilidade da própria unidade da ordem jurídica*, responsáveis por marcar o sistema jurídico como um processo *infindável*.⁴⁵

Sabe-se que o sistema jurídico comporta uma (a) pluralidade de ordens jurídicas e (b) outra pluralidade (muito maior, aliás) de fontes normativas. Como explica Erik Jayme, a *pluralidade* é, atualmente, não somente um valor pós-moderno ligado aos “estilos de vida” e à “negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser” (*die Absage an universelle Ansprüche eigener*

43. CANARIS, Claus-Wilhelm. Idem, p. 106.

44. CANARIS, Claus-Wilhelm. Idem, pp. 107-108.

45. V. CANARIS, Claus-Wilhelm. Idem, pp. 109-112.

Anschauungen), como também um valor de cunho *jurídico*, a significar a possibilidade de se ter “à disposição alternativas, opções, possibilidades”, etc.⁴⁶

A pluralidade de ordens jurídicas revela-se na pluralidade (e, porque não dizer, na diversidade das culturas) dos vários Estados.⁴⁷ Como destaca Carnelutti, a verdade “é que os grupos produtores de direito se distinguem desde logo uns dos outros pela sua diversa distribuição à superfície da terra”, sendo certo que esta distribuição constituíram-se grupos diversos, cada um dos quais “produziu direito por conta própria, formando assim um Estado. E uma vez que a distribuição territorial dos grupos coincide, em regra, com a sua composição étnica, a tal estado pode dar-se o nome de Estado-nacional”.⁴⁸ À medida que os Estados foram tomando corpo – notadamente a partir do século XVII – e a partir do momento que o homem pretendeu ultrapassar fronteiras, foi-se desenvolvendo o fenômeno, desde então cada vez mais freqüente, dos interesses contraditórios, primeiramente entre as pessoas (e, conseqüentemente, as legislações) dos diferentes Estados, surgindo então “o problema relativo à escolha da ordem nacional conforme a qual o conflito deve ser composto”,⁴⁹ matéria à qual posteriormente se chamou de *direito internacional privado*. De outra banda, ao lado desse conflito espacial de normas que atinge as pessoas envolvidas num litígio com conexão internacional, também apareceu o conflito entre os *próprios Estados*, quando então nasce a disciplina que se convencionou chamar de *direito internacional público*. E isto tudo foi (e ainda é) decorrência da pluralidade de ordens jurídicas existentes dentro do sistema jurídico.

46. JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, p. 120.

47. V. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 128. Cf., também, a versão original em italiano, *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1940; e a versão espanhola subsequente, *Teoría general del derecho*, Trad. de Carlos G. Posada, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941. Neste trabalho utilizamos a versão em língua portuguesa, mas com o acompanhamento das versões em italiano e espanhol. Para um estudo de Bobbio sobre as obras de Carnelutti, Kelsen, Paul Roubier, Jean Dabin e J. Haesaert, v. BOBBIO, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1955, 166p.

48. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 128.

49. CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, *ibidem*.

Mas o sistema jurídico é plural não somente por existir dentro dele várias *ordens jurídicas*, senão também por dentro dele se fazer presente uma *pluralidade (internacional e interna) de fontes normativas*. Mais complexa que a pluralidade *internacional* de fontes normativas é a pluralidade *interna* das fontes, pelo fato de as fontes internacionais (à exceção das normas de *jus cogens* no direito internacional público) não guardarem diferença hierárquica entre elas (e tal é exatamente assim no direito internacional privado), o que notoriamente não ocorre no plano do direito interno, onde as fontes do direito se apresentam *escalonadas* em graus hierárquicos, indo desde o nível mais baixo (ordinário) até o mais elevado (nível constitucional).⁵⁰ O certo é que, não obstante as diferenças entre a pluralidade normativa externa e interna, ambas essas ordens produzem direito, gerando as conseqüentes *antinomias*, tanto entre o direito internacional com o próprio direito internacional (antinomias de direito internacional-internacional), o direito interno com o próprio direito interno (antinomias de direito interno-interno), quanto entre o direito interno e o direito internacional (antinomias de direito interno-internacional). Quer no primeiro, no segundo ou no terceiro caso os conflitos porventura existentes devem ser compostos (resolvidos) com coerência.⁵¹

Seja como for, parece ter restado claro que as antinomias – ou o *fenômeno antinômico* – provêm da abertura do sistema jurídico. Daí afirmar Diniz que o “sistema jurídico é a ferramenta metodológica que ocupa um lugar central no exame desse problema, permitindo solucioná-lo satisfatoriamente”.⁵² Se se afirma que o *sistema* jurídico é aberto – e de antemão já se rechaça o chamado *dogma da completude*⁵³ – deve-se perquirir o que é esse mesmo *sistema*. Por *sistema* – e aqui se toma a expressão no sentido de sistema pertencente ao mundo *jurídico* – se entende uma reunião de elementos intimamente conectados,

50. Cf., nesse sentido, CARNELUTTI, Francesco, Idem, pp. 131-132.

51. Para Carnelutti essa composição de interesses visa sempre “a necessidade da paz que estimula a constituição do direito”. (*Teoria geral do direito*, cit., p. 129).

52. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 7.

53. V. Capítulo II, Seção I, § 1º, B, *infra*.

metodicamente ordenados conforme certas regras destinadas a facilitar seu conhecimento e manejo por parte daqueles que os aplicam.⁵⁴

O conceito de sistema como hoje é conhecido não se fazia presente entre os Romanos, que falavam em *corpus juris civile* e não em *systema juris civile*. A expressão só vem aparecer nos séculos XVI e XVII com a noção de *nexus veritatum*. Hegel e Eisler empregaram o vocábulo objetivamente, ligando-o mais à idéia de *método*, sendo que até hoje se emprega a palavra *sistemático* como expressão sinônima de *metódico*.⁵⁵

No direito contemporâneo o sistema jurídico procura dar unidade de sentido às várias normas que o compõem, estabelecendo racionalmente um nexo coerente e lógico entre elas, o que não significa que entre essas mesmas normas não possa haver conflitos. Estes sempre existirão, dada a amplitude de abertura do sistema jurídico, consubstanciando-se em *antinomias*, que podem ocorrer (a) entre normas internas, (b) entre normas internacionais ou (c) entre normas internacionais e internas entre si. Neste último caso, tais antinomias ainda podem ocorrer entre normas internacionais comuns e normas internas, ou entre normas internacionais especiais (assim chamadas as normas internacionais de proteção dos direitos humanos) e normas internas, sendo este último caso ao qual se dará ênfase neste estudo.

Como destaca Diniz, o sistema jurídico “é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito (repertório), estabelecendo as relações entre eles (estrutura), albergando uma referência à mundividência que animou o jurista, elaborador desse sistema, projetando-se numa dimensão significativa”, devendo o direito “ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida”.⁵⁶ Daí a sua conclusão de que as normas são apenas *parte* do direito, que representa um

54. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., pp. 7-8.

55. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976, pp. 9-23.

56. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 9.

âmbito maior, por ser “uma ordenação heterônoma das relações sociais, baseada numa integração normativa de fatos e valores”.⁵⁷

Tudo isso somado só leva à conclusão de que o sistema do direito é aberto e dinâmico, não se restringindo à norma jurídica.⁵⁸ Trata-se de um campo material maior composto por subsistemas, que podem ser *normativos* (legal ou costumeiro), *fáticos* ou *valorativos*. Apenas quando ocorre conflito dentro do subsistema *normativo* é que se tem a chamada *antinomia*.

§ 1º - As antinomias normativas no quadro do sistema jurídico

As antinomias normativas representam um conflito entre duas normas, quer internas ou internacionais entre si, ou uma em relação à outra. Pode também ocorrer entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.⁵⁹ O problema se situa na *estrutura* do sistema jurídico, que deve ser coerente. Mas esta coerência não é de ser vista apenas sob o ângulo clássico do princípio da não-contradição. Ao menos no que diz respeito aos direitos humanos tal coerência, segundo o nosso juízo, deve ser enfocada sob o prisma do *ser humano*. A idéia que se traz aqui é a de que as antinomias normativas apresentadas no quadro do sistema jurídico devem ser resolvidas (como falaremos mais propriamente no Capítulo II) buscando no *diálogo* entre as fontes a solução para o problema a envolver o ser humano. Afasta-se, assim, a resolução das antinomias sob a ótica do sistema jurídico para aceitá-la sob o prisma do ser humano.

Deve-se buscar, no estudo da resolução das antinomias, os ideais de *certeza* e de *justiça* do direito. A primeira corresponde ao valor da *paz* ou da *ordem*, e a segunda ao valor da *igualdade*.⁶⁰ Dessa forma, se duas normas

57. DINIZ, Maria Helena. *Idem*, pp. 10-11.

58. Para um estudo da norma jurídica, v. FERRAZ JR., Tercio Sampaio, Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático, in FERRAZ, Sergio (coord.), *A norma jurídica*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, pp. 7-37.

59. V. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 15.

60. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 130.

antinômicas coexistem, o ordenamento jurídico – explica Alberto do Amaral Júnior – “não conseguirá garantir nem a certeza, entendida como possibilidade de prever com exatidão as conseqüências de dada conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento entre aqueles que pertencem à mesma categoria”.⁶¹

Assim, se é certo que “a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais”,⁶² não é menos certo que em tempos pós-modernos tais critérios devem ser mais fluidos e mais maleáveis que aqueles classicamente já conhecidos (v. Seção II, *infra*). De qualquer forma, não é incorreto afirmar que o sistema jurídico necessita ser coerente, sendo a solução das antinomias uma das maneiras de se alcançar tal coerência. Este estudo encampará a tese segundo a qual a coexistência de normas (aparentemente antinômicas) de proteção não desconfigura a coerência lógica do sistema jurídico, mas ao contrário, lhe dá suporte e efetividade. É bom fique nítido que a coerência do sistema jurídico não pressupõe a *mono-solução* para os conflitos de normas,⁶³ admitindo também outros critérios de solução de controvérsias normativas. Se a lógica do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é outra, distinta da lógica das relações recíprocas entre Estados (no plano internacional) ou da lógica que liga (no plano do direito interno, mas especificamente, no do Direito Constitucional) o Estado aos seus jurisdicionados, é coerente supor que a lógica da solução de controvérsias que lhe deve ser aplicada deve ser também distinta da tradicional.

Um fato importante a ser aqui considerado, consoante percebido por Diniz, é o de que o problema das antinomias não se coloca no quadro judiciário propriamente, ainda que a sua solução seja encontrada pelo juiz no caso concreto. Ocorre que se se investiga “o direito como um fenômeno dinâmico, pode-se verificar que a antinomia aparece fora da ocasião da decisão judicial, pois pode

61. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Idem*, *ibidem*.

62. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 15.

63. Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1902*, cit., p. 57.

ser detectada num momento anterior e solucionada pelo Poder Legislativo. Mesmo que esta antinomia só surgisse por ocasião da jurisdição, o Legislativo poderia resolvê-la, do mesmo modo interpretado pelo magistrado, ou até de maneira contrária. Em razão da proibição da denegação da justiça, ela acaba sendo resolvida pelo órgão judicante, apesar de sua decisão não implicar solução da antinomia, pois somente pretende evitar o prosseguimento desse conflito normativo num dado caso singular. Sem embargo, esse conflito permanece latente dentro do sistema até que o legislador o solucione. Portanto, a antinomia não é um problema que se coloca ao nível da decisão judicial, porque o magistrado não a resolve, apesar de solucionar o caso *sub judice*. A antinomia continua a existir no sistema jurídico, pois só poderá ser eliminada por meio da ação legislativa”.⁶⁴

Frise-se de antemão, contudo, que apesar de aceitarmos a tese de que o juiz, no caso concreto, não resolve *erga omnes* a antinomia, mas apenas a resolve naquele dado caso singular, mostraremos oportunamente que o *diálogo das fontes* e a aplicação do princípio internacional *pro homine* impedem a afirmação derradeira segundo a qual a antinomia “só poderá ser eliminada por meio da ação legislativa”. Como bem leciona Cláudia Lima Marques, criticando quem defende tal posição, “[i]ludem-se os que consideram que a solução do conflito de leis viria somente do próprio legislador, sem a necessidade de uma maior atuação do intérprete. Ao contrário, no mais das vezes, é o aplicador da lei que soluciona as aparentes contradições no sistema do direito e casuisticamente, daí a importância do diálogo das fontes que já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea das leis, variando apenas a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a restabelecer a coerência no sistema”.⁶⁵

No caso da aplicação das normas (internacionais e internas) sobre direitos humanos essa atividade do juiz fica ainda mais nítida. Na medida em que um tratado de direitos humanos se *internaliza* ao direito nacional, deverá o juiz aplicar a norma “que melhor favoreça a efetivação dos direitos fundamentais, dos

64. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 17.

radicais de vida, segurança, liberdade, propriedade e igualdade”,⁶⁶ sempre tendo em mira o *diálogo das fontes* e a sua coordenação prática. Daí o entendimento (correto) de que a superveniência de tratado internacional de direitos humanos no plano doméstico atribui ao juiz “mais um instrumento de aplicação em favor do homem, mas que será visualizado em conjunto com outros normativos numa máxima interpretativa diferente da convencional e justificável pelo conteúdo substancial das normas interpretadas”.⁶⁷

Mister agora verificar qual o conceito de antinomia jurídica e quais os elementos necessários à sua configuração.

A – Conceito de antinomia jurídica

As antinomias – já sei viu – ocorrem no mundo do direito e são decorrência da abertura do sistema jurídico. Seja pela *incompletude* do conhecimento científico ou pela *modificabilidade* da própria unidade da ordem jurídica,⁶⁸ o certo é que os espaços não-reenchidos dentro desse *sistema* o tornam “aberto” e carecedores de integração. Este fato constatado, somado à pluralidade de fontes normativas existentes em cada *ordenamento* jurídico (no ordenamento internacional, no ordenamento interno, etc.), nos indica a dimensão do problema antinômico e o seu âmbito espacial *lato sensu*.

Não existe uma definição uniforme do que vem a ser uma antinomia jurídica. Poder-se-ia partir do conceito de Jean Salmon, para quem, por antinomia se entende “l’existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles; de telle sorte que l’interprète ne peut appliquer les deux règles en

65. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 95. A propósito da atividade judicial na integração legislativa, v. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., pp. 188-189.

66. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 206.

67. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Idem*, *ibidem*.

68. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 109-112.

même temps qu'il doit choisir".⁶⁹ Contudo, para Tercio Sampaio Ferraz Jr., a definição de antinomia exige ao menos três distinções, quais sejam:

a) *Antinomia lógico-matemática*. Trata-se de entender a situação antinômica como geradora de uma autocontradição por processos aceitos de raciocínio, ou como um enunciado que é simultaneamente contraditório e demonstrável. Ambas correspondem à chamada antinomia lógico-matemática e ocorre em sistemas formais. Segundo Ferraz Jr., a antinomia lógico-matemática “pode ser apontada num famoso problema constitucional, referente a uma constituição formal, que contém regras pra sua própria reforma, e essas regras são consideradas como parte da constituição e, em consequência, estão sujeitas ao mesmo procedimento de reforma que elas mesmas estabelecem. Considerando que uma autoridade *AI*, constituída pelas regras que regulam a modificação da constituição, modifique aquelas regras, teríamos uma nova condição para modificar a constituição, o que conduziria à seguinte antinomia: a autoridade *AI* tem competência para modificar qualquer norma constitucional, sendo ela, portanto, ao mesmo tempo, uma autoridade *originária* e uma autoridade cuja competência deriva das regras que ela modificou; ora, se a autoridade é *originária*, não podendo derivar sua competência de nenhuma outra regra, isso significa que há uma norma básica que pode se reformada de acordo com ela mesma, o que fera o princípio de Russell, segundo o qual um enunciado que se refere a si mesmo carece de significado; se, porém, dizemos que a autoridade *AI* deriva das regras de modificações, então somos obrigados a sustentar que essas regras são imutáveis, estando, na realidade, *fora* do sistema constitucional, e sua validade não é decorrente da própria constituição que as instituiu”.⁷⁰

b) *Antinomia semântica*. Da mesma forma que a anterior, esta também pode ser definida como uma contradição que resulta de uma dedução correta baseada em premissas coerentes, mas que (à diferença daquela) promana de algumas incoerências, ocultas na estrutura de níveis do pensamento e da

69. SALMON, Jean. Les antinomies en droit international public, in *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.), Bruxelles: Bruylant, 1965, p. 285.

70. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 207-208.

linguagem. Assim, quando alguém diz *eu estou mentindo*, só se pode entender verdadeira a afirmação se for falsa e só será falsa se for verdadeira. Neste caso, para que a afirmação tenha sentido, dizer *eu estou mentindo* é metalíngua para todos os demais enunciados do mentiroso, mas não pode valer para si mesmo, sob pena de carência de sentido.⁷¹ Para Ferraz Jr. o “exemplo dado anteriormente sobre o problema da auto-referência de normas constitucionais que estabelecem as condições de modificação da Constituição serve também para as antinomias semânticas” e, por esse motivo, “o que chamamos de *antinomia jurídica* constitui, na verdade, um terceiro tipo, chamado por Watzlawick et al. (1973: 175) de antinomia pragmática, ou seja, situações em que a conclusão paradoxal, embora do ângulo lógico e semântico, configure uma carência de sentido, faz parte do sistema e, do ponto de vista de um comportamento exigido, não é exatamente um *sem-sentido*, visto que pode e é, de fato, afirmada”.⁷²

c) *Antinomia pragmática*. Esta ocorre – ainda segundo Ferraz Jr. – quando as seguintes condições são preenchidas: (1) forte relação complementar entre o emissor de uma mensagem e seu receptor, isto é, relação fundada na diferença (superior-inferior, autoridade-sujeito, senhor-escravo, chefe-subordinado etc.); (2) nos quadros dessa relação é dada uma instrução que deve ser obedecida, mas que também deve ser desobedecida para ser obedecida (isto é, pressupõe-se uma contradição no sentido lógico-matemático e semântico); (3) o receptor, que ocupa posição inferior, fica numa posição insustentável, isto é, não pode agir sem ferir a complementaridade nem tem meios para sair da situação. Assim, “enquanto a antinomia lógico-matemática configura uma falácia e a semântica um sem-sentido, a pragmática aponta para uma situação possível nas relações humanas, mas que leva uma das partes a uma situação de indecidibilidade”.⁷³

As três definições acima apontadas são importantes para a definição precisa do que seja uma antinomia *jurídica*. Pode-se, desde já, constatar que a

71. Cf., por tudo, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, Idem, p. 208.

72. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Idem, pp. 208-209.

73. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Idem, p. 209.

adoção dos conceitos lógico e semântico levam a um *nonsense* o possível conceito de antinomia jurídica, motivo pelo qual se é levado a alocar o problema das antinomias presentes no direito no campo *pragmático*.⁷⁴

Pode-se, então, entender que uma antinomia ocorre no mundo jurídico quando duas normas emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo⁷⁵ se contradizem, total ou parcialmente, colocando o sujeito em questão numa posição insustentável diante das mesmas, sem saber (e sem ter critérios para saber) qual delas deverá ser aplicada no caso concreto.⁷⁶

Havendo conflito de normas, o entendimento tradicional é no sentido de que elas “se excluem reciprocamente”, por ser *impossível* a remoção da contradição.⁷⁷ Veremos no Capítulo II deste estudo (seguindo Erik Jayme, na Alemanha, e Cláudia Lima Marques, no Brasil) que a solução pós-moderna para os conflitos de leis devem ser encontradas na compatibilização das normas antinômicas, e não na exclusão de uma pela outra. Neste momento, contudo, aceitaremos o conceito tradicional de antinomia real para destacar a concepção clássica de que o juiz, por não haver regras que permitam escolher uma norma em detrimento da outra, deverá solucionar o caso *sub judice* segundo critérios de preenchimento de lacunas.⁷⁸ Mas, como ante um caso concreto, “há sempre a

74. V., assim, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Idem*, p. 209. Segundo Ferraz Jr.: “Essa distinção entre antinomia lógico-matemática, semântica e pragmática tem, a nosso ver, enorme importância para o justo entendimento da chamada antinomia jurídica. Podemos perceber já intuitivamente que, ao adotarmos a definição lógica ou a semântica, somos levados a um beco sem saída, pois uma antinomia jurídica, em termos lógicos ou semânticos, equivaleria sempre a uma falácia ou a um sem-sentido. Muitos autores, no campo da lógica jurídica e da teoria geral do direito, experimentaram essa dificuldade e são levados a teses opostas e divergentes, afirmando que as antinomias existem no direito (elas são lógica e semanticamente constatáveis), mas os instrumentos lógicos e semânticos (o princípio de Russell e a distinção entre metalíngua e língua-objeto) não são aplicáveis às antinomias jurídicas. Quer-nos parecer, por isso, que um tratamento mais condizente do problema obriga-nos a situar a questão no âmbito da pragmática”. (*Idem*, *ibidem*).

75. Dizer que as normas são emanadas de uma autoridade competente *num mesmo âmbito normativo*, significa dizer que ambas são *jurídicas* e não que ambas devam ser emanadas de *ordens* jurídicas idênticas. O “*direito internacional*” e o “*direito interno*” pertencem a um mesmo *âmbito* normativo, sem pertencerem a uma mesma *ordem* jurídica.

76. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 212.

77. Cf., por tudo, DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 19-20.

78. Cf. KLUG, Ulrich. Observations sur le problème des lacunes en droit, in *Le problème des lacunes en droit* (Chaim Perelman, Ed.), Bruxelles: Bruylant, 1968, pp. 86-89.

possibilidade de mais de uma interpretação de uma das normas conflitantes, ou de ambas, só haverá antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar”.⁷⁹

Segundo Diniz, frente a duas normas conflitantes pode-se:

a) Rechaçar ou ter por não escrita uma delas, seja por ter o caráter especial em relação à outra, seja por revelar um desvio dos princípios gerais (interpretação ab-rogante, que é uma ab-rogação em sentido impróprio, vez que não tem o magistrado o poder de eliminar a norma do ordenamento jurídico, papel que cabe somente ao Poder Legislativo⁸⁰); ou

b) Ter por não escritas as disposições incompatíveis, quando não existe antecedente ou razão válida para preferir uma a outra, de modo que a antinomia entre ambas as converte em reciprocamente ineficazes, caso em que se tem uma lacuna de conflito.⁸¹

B – Condições de existência da incompatibilidade normativa

79. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 20.

80. Sobre a *interpretação ab-rogante*, assim leciona Bobbio: “(...) trata-se, na verdade, de ab-rogação em sentido impróprio, porque, se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder normativo e portanto não tem nem poder ab-rogativo (o jurista sugere solução aos juízes e eventualmente também ao legislador); se a interpretação é feita pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de não aplicar a norma que considerar incompatível no caso concreto, mas não o de expeli-la do sistema (de ab-rogar-la), mesmo porque o juiz posterior, tendo que julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas uma solução oposta e aplicar bem aquela norma que o juiz precedente havia eliminado. Não é muito fácil encontrar exemplos de interpretação ab-rogante. No Código Civil italiano, um exemplo de normas consideradas *manifestamente* em oposição está o artigo 1.813 e no artigo 1.822. O artigo 1.813 define mútuo como um contrato real. ‘O mútuo é o contrato pelo qual uma parte *entrega* à outra uma determinada quantidade de dinheiro, etc.’; o artigo 1.822 disciplina o processo de mútuo: ‘Quem prometeu dar em mútuo pode recusar o cumprimento de sua obrigação, etc.’ Mas o que caracteriza a admissão da obrigatoriedade da promessa de mútuo senão a admissão, com outro nome, do mútuo como contrato consensual? O mútuo, afinal, é um contrato real, como diz claramente o primeiro artigo, ou um contrato consensual, como deixa entender, mesmo sem dizê-lo explicitamente, o segundo artigo? O intérprete que respondesse afirmativamente à segunda pergunta acabaria por considerar inexistente a primeira norma, o seja, operaria uma ab-rogação interpretativa”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 100-101).

81. V. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., pp. 20-21.

As antinomias existentes no ordenamento jurídico podem ser de primeiro ou de segundo grau. As primeiras ocorrem quando a incompatibilidade é *normativa*, isto é, entre *normas* do ordenamento jurídico que se antepõem. As segundas têm lugar quando a incompatibilidade recai sobre os próprios *critérios* de solução de antinomias tradicionalmente existentes (o *hierárquico*, o *cronológico* e o da *especialidade*, que serão analisados oportunamente).

(1) *Condições de existência das antinomias de primeiro grau.* Neste item analisaremos as condições de existência da incompatibilidade *normativa* (ou seja, da antinomia de *primeiro grau*), tanto a *real* como a *aparente*. Veremos primeiro a antinomia *normativa real*,⁸² que tem lugar quando não existem, na ordem jurídica, critérios estabelecidos para a solução do conflito normativo. Assim, para que exista incompatibilidade *real* entre duas normas jurídicas, cinco condições fazem-se necessárias:

a) *Ambas as normas devem ser jurídicas.* Não pode haver antinomia se ambas as normas não forem propriamente *jurídicas*. Assim, não se pode confrontar uma norma com uma lei física-natural, por pertencerem a gêneros diferentes do conhecimento.⁸³ As normas jurídicas prescrevem o que *deve ser* em relação a uma determinada conduta humana, daí serem chamadas de normas de *dever-ser*, contrariamente às leis da natureza que formulam regras meramente prováveis.⁸⁴ Também não há conflito entre normas *morais* e normas *jurídico-positivas*. Para Tércio Sampaio Ferras Jr., se admitido fica “que o sistema

82. Frise-se que alguns autores (v.g., AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 223) chamam as antinomias *reais* de “antinomias insolúveis”.

83. Os ensinamentos são de DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 21-24.

84. Segundo Diniz: “A norma tem por fim provocar um comportamento. Postula uma conduta que, por alguma razão, se estima valiosa, ainda que de fato possa produzir-se um comportamento contrário; prescreve um *dever*, manda que se faça algo, e, talvez, não seja cumprida, isto porque o suposto filosófico de toda norma é a liberdade dos sujeitos a que obriga. Logo situa-se no campo da atividade humana, representada pela consciência e pela liberdade. Impõe dever, sendo imperativa e não constatativa como a lei física. Não se deve pois confundir as leis físicas, que são leis de comprovação dos fatos, com as normas éticas (jurídicas, religiosas, sociais ou morais), que são normal de direção do comportamento humano, constituindo a medida daquilo que podemos ou não podemos praticar, do que se deve ou não se deve fazer. Todas as normas, sejam elas morais, religiosas, sociais ou jurídicas, são mandamentos ou imperativos. O traço distintivo da norma ética da lei física é, portanto, a imperatividade, pois distingue as normas do comportamento humano das leis, que regem fatos”. (*Conflito de normas*, cit., p. 22).

jurídico-positivo proíbe a opção por regras que ele próprio não emana, ao sujeito estaria excluída a possibilidade de aceitar a norma moral em detrimento da jurídica-positiva”, concluindo então que a primeira condição para que haja a antinomia jurídica é “que as normas que expressam ordens ao mesmo sujeito emanem de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo”.⁸⁵ Esta última assertiva (“...que as normas que expressam ordens *ao mesmo sujeito* emanem de autoridades competentes *num mesmo âmbito normativo*”) é a que explica – ainda segundo Ferraz Jr. – “a possibilidade de antinomias no plano do direito internacional, no qual as normas pertencem a domínios jurídicos diferentes [uma ao direito das gentes, outra ao direito interno], mas são aplicáveis simultaneamente aos mesmos casos particulares”.⁸⁶

b) Ambas sejam vigentes e pertencentes a ordenamentos jurídicos de que o Estado participa. Não há antinomia entre normas vigentes e não vigentes entre si. Bobbio denomina de *validade* essa condição da existência antinômica, falando em *validade temporal, espacial, pessoal e material*. Segundo ele, não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito a: *a) validade temporal*: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com: “É permitido fumar das sete às nove”; *b) validade espacial*: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com: “É permitido fumar na sala de espera”; *c) validade pessoal*: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”; e *d) validade material*: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.⁸⁷ Tampouco existe antinomia entre normas provenientes de ordenamento jurídico do qual o Estado não participa. Assim, não há falar-se em antinomia entre o artigo X de uma lei brasileira com o artigo Y de uma lei inglesa. Mas, relativamente ao direito internacional e o direito interno as antinomias existem, uma vez que ambas as normas (a internacional e a interna) provém de ordenamentos do qual o

85. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 209-210.

86. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Idem*, p. 210.

87. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 87-88.

Estado participa.⁸⁸ Daí não concordarmos com Diniz, para quem seria necessário pertencer *a um mesmo ordenamento jurídico*.⁸⁹

c) Ambas devem provir de autoridades competentes (de ordens jurídicas de que o Estado participe), prescrevendo ordens ao mesmo sujeito. Para haver antinomia as normas conflitantes devem provir de um comando de *autoridade*, seja interna seja internacional. O direito internacional também tem *autoridade* de edição de suas normas. Quando se fala em *autoridade* não se exigem seja ela *pública*, como bem demonstrou Berthold Goldman em estudo de vivo interesse.⁹⁰ Para Ferraz Jr., seguido por Diniz, ambas as normas devem emanar de autoridades competentes *num mesmo âmbito normativo*,⁹¹ o que não significa que pertençam a um mesmo *ordenamento* jurídico. Para haver antinomia jurídica basta que ambas as normas vigentes provenham de ordem jurídica da qual faz parte o Estado (que pode ser a interna ou a internacional) e expressem ordens

88. Esse ponto em comum do direito internacional público com o direito interno estatal foi também percebido por MELLO, Celso D. de Albuquerque, A norma jurídica no direito internacional público, in FERRAZ, Sergio (coord.), *A norma jurídica*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 260.

89. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 23.

90. Goldman faz o questionamento, relativamente à nova *Lex mercatoria*, sobre ser ou não *jurídicas* suas normas. Para tanto, questiona se as normas da nova *Lex mercatoria* provém ou não de uma *autoridade*, afirmando o seguinte: “De resto, as cláusulas dos contratos-tipo, como os usos codificados do comércio internacional não são, em seu estado atual, frutos de uma elaboração espontânea, mas sim de uma ‘edição’, ou de uma constatação ‘informadora’. Estas emanam, o mais freqüentemente, de organismos profissionais que não são certamente autoridades *públicas* (embora, no caso importante dos contratos-tipo da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, seja a instituição internacional suprema que tenha suscitado e orientado sua elaboração); mas os ‘operadores’ do comércio internacional não as consideram como menos qualificadas para definir suas normas. Ora, admitindo mesmo que para merecer, sem reserva, o qualificativo de ‘jurídico’, uma regra deva ter sido editada ou formulada por uma autoridade – ou pelo menos que um conjunto de regras permaneceria à margem do direito se nenhuma delas tivesse uma tal origem – semelhante condição somente se justificaria porque ela traduziria, com outras (a precisão, a generalidade, a publicidade e a sanção) a necessidade de certeza, de previsibilidade e de efetividade da regra do direito. Mas seria então satisfeito, entretanto, que a regra seja obra de uma autoridade profissional, ou de uma autoridade pública” [tradução nossa]. (*Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09, Paris: Sirey, 1964, p. 190).

91. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 210; e DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., p. 23.

simultâneas ao mesmo sujeito ou, em outras palavras, “sejam aplicáveis simultaneamente aos mesmos casos particulares”.⁹²

d) *Ambas devem ter comandos contraditórios e os seus conteúdos (atos ou omissões) devem ser a negação interna um do outro.* A contradição é inerente à noção de antinomia. Sem que exista um comando normativo autorizando algo e outro proibindo esse mesmo algo concomitantemente, não há falar-se em antinomia real, podendo ser a antinomia apenas aparente neste caso. São antinômicas a norma A que diz que *é permitido fumar neste recinto* e a norma B, que reza *é proibido fumar neste recinto*.⁹³ Trata-se de uma condição lógica à existência da antinomia real.⁹⁴

e) *O sujeito a quem a norma é dirigida deve encontrar-se em posição insustentável.* Este ponto é particularmente importante para as construções futuras que faremos no Capítulo II sobre o “diálogo das fontes”. Dizer que o sujeito a quem a norma se dirige deve ficar *em posição insustentável* significa dizer que não deve ter o sujeito meios para se livrar do conflito,⁹⁵ por faltar-lhe critérios jurídicos que lhe auxiliem, a exemplo do caso (também citado pela doutrina tradicional) do conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade, onde a opção por um deles contrariaria “a necessidade prática da adaptação do direito: teoricamente dever-se-ia escolher o critério hierárquico, pois uma norma constitucional geral tem preferência sobre uma lei ordinária especial, mas a prática, ante a exigência de se aplicarem as normas constitucionais a novas situações, leva, freqüentemente, a fazer triunfar a lei especial, embora ordinária,

92. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 210.

93. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 23. Bobbio define a antinomia “como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 86).

94. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 210. Segundo Ferraz Jr.: “Isto esclarece que duas normas permissivas nunca são contraditórias, pois é possível permitir, ao mesmo tempo, um ato e uma omissão (é permitido o ato de pisar a grama/é permitida a omissão de pisar na grama). Da mesma forma, não se contradizem duas normas em que uma permite um ato e a outra obriga o mesmo ato (é permitido o ato de pisar a grama/é obrigatório o ato de pisar a grama)”. (Idem, p. 210).

95. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Idem, p. 211.

sobre a constitucional”.⁹⁶ Se for possível a aplicação de algum dos critérios conhecidos (cronológico, hierárquico ou da especialidade) para superar o conflito, a posição do sujeito perante a norma é *sustentável*, não se podendo dizer haver aí propriamente uma *antinomia*, embora seja inegável a existência de uma *contradição*.⁹⁷

Frise-se, mais uma vez, que essas condições de existência das antinomias apenas diz respeito aos conflitos normativos *reais* e não àqueles chamados *aparentes*. A antinomia aparente ocorre quando *existem* critérios para solucioná-la no ordenamento jurídico, caso em que o aplicador do direito fará a opção – segundo o que tradicionalmente se tem entendido – por *uma das normas*, seguindo os métodos de subsunção fornecidos pelo próprio direito interno,⁹⁸ que são normalmente os critérios *hierárquico*, o *cronológico* e o da *especialidade*.⁹⁹ Por sua vez, a antinomia real somente terá lugar quando a posição do sujeito “é insustentável porque há: *a*) lacuna de regras de solução, ou seja, ausência de critérios para solucioná-la, ou *b*) antinomia de segundo grau, ou melhor, conflito entre os critérios existentes”, conforme leciona Maria Helena Diniz.¹⁰⁰ Havendo critérios para solucionar o caso, ou quando não há conflito entre tais critérios, tem-se apenas uma antinomia *aparente*.

(2) *Condições de existência das antinomias de segundo grau*. As antinomias de segundo grau são antinomias não entre *normas* colidentes, mas entre os *critérios* de solução das incompatibilidades normativas (*hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade*¹⁰¹). As antinomias de segundo grau surgem “quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios, que, contudo,

96. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 24.

97. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 211.

98. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Idem*, p. 212. No mesmo sentido, v. AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*, cit., p. 132: “As antinomias aparentes são aquelas resolúveis pela aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade”.

99. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 223, quando afirma que as “antinomias aparentes são aquelas resolúveis pela aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade”.

100. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 25.

101. Estes três critérios serão estudados na Seção II, § 1º, A, *infra*.

não poderiam ser ao mesmo tempo utilizados na solução da antinomia, pois a aplicação de um levaria à preferência de uma das normas e a de outro resultaria na escolha de outra norma”.¹⁰² Portanto, as condições para que existam antinomias de segundo grau são: a) não existir incompatibilidade normativa; e b) haver a possibilidade de aplicação de dois critérios à mesma situação jurídica. Assim, haverá incompatibilidade de segundo grau quando houver conflito entre: a) o critério hierárquico e o cronológico; b) o da especialidade e o cronológico; e c) o hierárquico e o da especialidade. A doutrina tem sugerido a aplicação de *metacritérios* para a superação de tais antinomias, preferindo-se teoricamente (seguindo-se conhecida lição de Bobbio) o critério *hierárquico* em detrimento tanto do *cronológico* como do da *especialidade*,¹⁰³ e o da *especialidade* em detrimento do *cronológico* (*lex generalis non derogat lege speciali*).¹⁰⁴

102. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 49. V. ainda, CAPELLA, Juan-Ramon, *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona: Ariel, 1968, p. 285.

103. Neste caso específico (conflito entre o critério *hierárquico* e o da *especialidade*), como destaca Ferraz Jr., “não há nem mesmo uma meta-regra geral, pois a opção pelo critério hierárquico ou de especialidade contrariaria a própria necessidade prática do direito de adaptabilidade: teoricamente deveríamos optar pelo critério hierárquico (uma lei constitucional geral prevalece sobre uma lei ordinária especial), mas, na prática, a exigência de adotar os princípios gerais de uma Constituição a situações novas leva, com frequência, a fazer triunfar a lei especial, ainda que ordinária, sobre a constitucional” (*Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 211). Assim leciona Bobbio sobre o assunto: “O caso mais interessante de conflito é, agora, aquele que se verifica quando entram em oposição não mais um dos dois critérios fortes com o critério fraco (o cronológico), mas os dois critérios fortes entre si. É o caso de uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. Se se aplicar o critério hierárquico, prevalece a primeira, se se aplicar o critério de especialidade, prevalece a segunda. Qual dos dois critérios se deve aplicar? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. (...) Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derrogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional (...)”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 108-109).

104. V., por tudo, BOBBIO, Norberto, Des critères pour résoudre les antinomies, in *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.), Bruxelles: Bruylant, 1965, p. 255; e BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 107-110. Não é o caso aqui de desdobrarmos esses critérios, tampouco discutir a eventual prevalência do critério da *especialidade* sobre o *hierárquico* em alguns casos. Para detalhes, v. DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 49-52. Frise-se, em última análise, que segundo Diniz, num caso extremo “de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o *princípio supremo da justiça*: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim

Como se pôde verificar, tanto as antinomias de primeiro grau (ou *normativas*, que podem ser *reais* ou *aparentes*), como as de segundo grau (ou *antinomia de antinomias*), são tradicionalmente resolvidas pela exclusão de uma norma pela outra (no caso das antinomias normativas) ou pela preferência de um metacritério em detrimento de outro.¹⁰⁵ Em ambos os casos, a solução apresentada é *única* e não *plúrima*. Trata-se, nas palavras de Claudia Lima Marques, de uma *mono-solução*, incapaz de perceber a necessidade de um *diálogo* mais aproximado entre as fontes do direito e mais apto a superar as antinomias na pós-modernidade.¹⁰⁶ A premissa que leva a este entendimento (da *mono-solução*) é a de que, se ambas as normas têm campos de aplicação (*ratione materiae* e *ratione personae*) coincidentes e as mesmas são incompatíveis entre si, somente uma delas pode continuar a ter vigência dentro do sistema, devendo ficar a outra definitivamente excluída do mesmo. Assim, apenas *uma das normas* em causa pode ser aplicada, devendo a outra (por meio da *ab-rogação*, *derrogação* ou *revogação*) ser compulsoriamente retirada do sistema. Tem-se aqui um “monólogo” legislativo, onde uma fonte não “conversa” com a outra a fim de transigir com ela e aplicar o melhor direito, mas a fim apenas de “comunicar” à outra (sem qualquer possibilidade de “resposta” desta outra) a solução que entende “justa”.¹⁰⁷

porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis”. (Idem, p. 52). O problema que se coloca nos conflitos entre normas internacionais e internas é justamente encontrar esse *justum* de que fala a doutrina (v. o Capítulo III deste estudo sobre o princípio internacional *pro homine*). V., também, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 211.

105. Esse o pensamento de Bobbio, nestes termos: “Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas)”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 91).

106. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1002, cit., p. 57.

107. V. a explicação de MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 88-89.

Já se pode adiantar aqui que ao se aplicar o “diálogo das fontes” como solução para os conflitos de normas (quer internacionais com internacionais, internas com internas, ou internacionais com internas), essa “escolha” por um ou outro critério – que leva à *mono-solução* – não será mais necessária, uma vez que pelo diálogo das fontes poder-se-á utilizar “um e outro” concomitantemente (variando somente a ordem e o tempo dessa utilização) e não “um ou outro”, como nos tem sido até hoje ensinado. Pode-se também adiantar que o diálogo das fontes (que, em última análise, são *normas*, as quais, na visão alexyana, podem ser *regras* ou *princípios*¹⁰⁸) admite a aplicação (que tem como pano de fundo um raciocínio *ponderativo*) do “melhor direito” ao caso concreto, em franca aceitação à ponderação de *regras*, contestada por boa parte da doutrina,¹⁰⁹ mas também aceita por outros.¹¹⁰

§ 2º - As antinomias possíveis entre o direito internacional e o direito interno

Como já falamos *supra*, dada a complexidade e a avalanche cada vez mais crescente de normas que dia-a-dia surgem nos cenários internacional e interno, não é demais supor que entre as ordens internacional e interna surjam *conflitos* entre suas regras. Tais conflitos de normas tornam-se ainda mais nítidos na seara da proteção internacional dos direitos humanos, exatamente pelo fato de o interesse em jogo ser um *direito* pertencente a uma determinada *pessoa humana*. Mas não é só. Existem conflitos de normas internacionais entre si, conflitos de normas internas entre si, e ainda conflitos entre uma norma internacional e outra interna.

Assim, dois tipos de antinomias são possíveis a envolver uma norma de direito internacional: *a)* aquela relativa a uma norma de direito internacional *com outra* norma de direito internacional (ao que se denomina de antinomia de direito

108.Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 91.

109.Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., pp. 201-234; e SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito...*, cit., pp. 33-34.

internacional-internacional); e *b*) aquela relativa a uma norma de direito internacional incompatível com uma norma de direito interno (ao que se denomina de antinomia de direito interno-internacional).

Do primeiro tipo antinômico a doutrina tem se preocupado há algum tempo, com pouca variação nos tempos mais modernos. Muitos autores têm atualmente se preocupado com a questão relativa aos conflitos entre normas da OMC e outras regras de direito internacional, como fizeram Gabrielle Marceau,¹¹¹ Joost Pauwelyn¹¹² e Erich Vranes¹¹³ na Europa, e Alberto do Amaral Júnior,¹¹⁴ no Brasil.

O segundo tipo de conflito existente também não é novo. Não é de hoje que se estudam as relações entre o direito internacional e o direito interno. Contudo, no que tange as relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, pode-se dizer que o tema só ganhou destaque no Brasil a partir de 1992, ano em que o Estado brasileiro ratificou, entre outros, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966).¹¹⁵

A – As antinomias de direito internacional-internacional

As antinomias de direito internacional-internacional surgem quando duas normas internacionais se chocam entre si. A isto, no plano do direito

110. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, cit., pp. 52-64.

111. V. MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties, in *Journal of World Trade* 35 (6), Geneva, 2001, pp. 1081-1132.

112. V. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 522p.

113. V. VRANES, Erich. The definition of 'norm conflict' in international law and legal theory, in *European Journal of International Law*, vol. 17, nº 2, april 2006, pp. 395-418.

114. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 212-276.

115. Sobre a efetividade deste últimos, v. LOPES, José Reinaldo de Lima, Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais, in *Direitos humanos: visões contemporâneas*, São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, pp. 91-106.

internacional público, se nomina “conflitos de normas”,¹¹⁶ matéria distinta dos chamados “conflitos de leis”, típicos do direito internacional privado.¹¹⁷ Especificamente no que diz respeito aos conflitos *entre tratados sucessivos* existe regulamentação internacional no art. 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.¹¹⁸ Situação mais problemática é aquela relativa aos conflitos entre tratados *não-sucessivos*. Em qualquer caso, se está diante de uma antinomia de direito internacional-internacional, quer quando os tratados incompatíveis são sucessivos, quer quando não são. Não nos interessa estudar aqui estes tipos de conflitos,¹¹⁹ senão apenas verificar quais os motivos de sua existência.

As antinomias entre normas de direito internacional decorrem – a exemplo do que ocorre com o choque entre normas de direito interno – da intensa e cada vez mais crescente produção normativa internacional, que passa a regular âmbitos jurídicos até então relegados ao domínio doméstico dos Estados. Matérias como telecomunicações, cooperação judiciária, comércio multilateral, combate ao terrorismo, à proliferação de armas nucleares, dentre outras, passaram a ter alcance universal e ser objeto de regulamentação internacional, aumentando a possibilidade de existência de conflitos normativos.¹²⁰

As antinomias de direito internacional-internacional ainda mais se agravam quando ocorrem entre normas de áreas diferentes, *v.g.*, quando em conflito uma norma *comercial* com outra *trabalhista*, ou quando em choque uma regra *ambiental* com outra de natureza *econômica* ou *tributária*, e assim por diante. Muito comuns também são as antinomias de direito internacional-

116. A propósito, cf. JENKS, Wilfred, The conflict of law-making treaties, in *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), pp. 401-453.

117. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 216.

118. Para um estudo dos conflitos entre tratados sucessivos sobre a mesma matéria na Convenção de Viena de 1969, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 236-239. Ainda sobre o tema, v. a obra de BRIERE, Carine, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris: LGDJ, 2001.

119. Sobre as características dessas antinomias, v. AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 219-232.

120. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., pp. 130-131.

internacional nos pactos de aliança ou de cooperação ofensiva/defensiva, onde o Estado *A* obriga-se a colaborar ofensivamente com o Estado *B* e defensivamente com o Estado *C*, mas fica sem saída quando eclode determinado conflito entre *B* e *C*, caso em que o cumprimento do tratado para com uma parte (para com o Estado *B*) gera automaticamente o descumprimento para com a outra (o Estado *C*).¹²¹ Coloca-se então aqui o problema da coerência (ou da incoerência) entre as normas internacionais,¹²² uma vez que nem o critério da *lex posterior* nem o da *les specialis* são capazes de solucionar o problema.

O professor Joost Pauwelyn, ao versar os conflitos entre as normas da OMC com outras regras de direito internacional, elencou oito fatores¹²³ que levam as normas internacionais ao conflito, sendo quatro deles relativos à *natureza* das normas internacionais e os outros quatro provenientes das *transformações* do direito internacional contemporâneo. Para Pauwelyn, os fatores inerentes à natureza das regras internacionais são¹²⁴:

a) A descentralização da produção normativa. Existe hoje, no cenário internacional, uma produção normativa descentralizada, que provém de diversos contextos (globais, regionais, etc.) e versa sobre diversas matérias (*v.g.*, comércio, relações econômicas, relações de trabalho, meio ambiente, direitos humanos, etc.), tornando difícil a existência de *consenso*¹²⁵ entre os vários Estados

121. Exemplo colhido em AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 220. Cf. também, JENKS, Wilfred, *The conflict of law-making treaties*, cit., p. 406.

122. Este assunto não é objeto deste estudo. Sobre o tema, *v.* VARELLA, Marcelo Dias, *A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica*, cit., pp. 155-163, onde se colhem vários exemplos dessa incoerência.

123. Cf. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law...*, cit., pp. 13-23.

124. *V.*, por tudo, PAUWELYN, Joost, *Idem*, cit., pp. 13-17. Utiliza-se também dos mesmos argumentos AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 216-217.

125. *V.*, a propósito, LYOTARD, Jean-François, *A condição pós-moderna*, cit., p. 52, especialmente a seguinte passagem: “O jogo do diálogo, com suas exigências específicas, a resume, incluindo em si mesmo a dupla função de pesquisa e ensino. Reencontramos aqui algumas regras anteriormente enumeradas: a argumentação unicamente com fins de consenso (*homologia*), a unicidade do referente como garantia da possibilidade de chegar a um acordo, a paridade dos participantes, e mesmo o reconhecimento indireto de que se trata de um jogo e não de um destino, visto que dele encontram-se excluídos todos aqueles que não aceitam suas regras, por fraqueza ou por insensibilidade”.

partícipes da sociedade internacional, que são cultural¹²⁶⁻¹²⁷ e economicamente em tudo diferentes;

b) *O fator tempo*. Através dos anos as normas internacionais se modificam para se adaptar a novas realidades, colocando constantemente em marcha a regra *lex posterior derogat priori*. A esse propósito, assim leciona Pauwelyn: “(...) international law is not only made by a multitude of states, resulting in a multitude of legal relationships. As with any law, *it may change over time*. The fact that all international norms have essentially the same binding value makes time an even more important variable in international law than it is domestic law. As result, any later norm can, in principle, overrule an earlier one (*lex posterior derogate legi priori*)”¹²⁸;

c) *O processo de formação das normas internacionais*. Uma grande dificuldade ainda existente, capaz de levar as normas internacionais ao conflitos, diz respeito ao processo de formação dos atos internacionais, uma vez que cada

126. Sobre os desafios da “sociedade multicultural”, v. especialmente JAYME, Erik, Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 93-103. V. ainda, EBERHARD, Christoph, Derechos humanos y dialogo intercultural, cit., pp. 255-289; e também EBERHARD, Christoph, Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico, cit., pp. 489-530. Existe hoje, no cenário internacional, uma “guerra de civilizações”, que substituiu ou deslocou a chamada “luta de classes”, que “parece ter passado a um segundo plano, ou ter quase desaparecido, pelo menos teoricamente, do planeta”, como explica Andrés Ollero Tassara. E continua: “E, sobretudo na Europa, isso está sendo experimentado de uma maneira particularmente aguda, porque países que até agora tinham uma unidade cultural claríssima estão sofrendo problemas até agora inéditos para eles, que surgiram à medida que foram crescendo minorias, minorias estrangeiras, mas já estabilizadas nesses países. Problemas que tinham sido vividos anteriormente nos Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, e problemas que na sociedade brasileira se experimentam com uma exemplar naturalidade” (TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais, cit., p. 59).

127. Quanto à homogeneização da cultura dentro do quadro de uma “sociedade horizontal”, v. especialmente FRIEDMAN, Lawrence M., *The horizontal society*, London: Yale University Press, 1999, p. 121: “Except through heroic measures – which usually fail – no group can hope to be immune from TV, mass communication, radio, movies, and tourism, all of which create a single world system and tend toward a single world culture”. A tese da homogeneização da cultura, contudo, não é pacífica. Sobre o tema, v. WATERS, Malcolm, *Globalization*, 2nd ed., London: Routledge, 2001, pp. 222-230, no item intitulado “*Not postmodernization but Americanization*”.

128. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law...*, cit., p. 14.

Estado tem suas próprias regras internas sobre a conclusão de tratados e sobre a aprovação legislativa desses instrumentos; e

d) *A ausência de um tribunal internacional “central” com jurisdição geral e compulsória, encarregado de zelar pelo cumprimento das normas internacionais.*¹²⁹ Parte-se do princípio de que inexistente uma corte internacional que atue internacionalmente de forma *compulsória* e seja dotada de jurisdição *geral*. Sua falta estaria também a impedir a solução completa das controvérsias entre normas internacionais. Ainda que exista a Corte Internacional de Justiça, como tribunal máximo do sistema das Nações Unidas, o certo que ela é ainda insuficiente para decidir sobre questões que escapam, *ratione materiae* e *ratione personae* à sua alçada.¹³⁰

Os outros quatro últimos fatores que contribuem para fomentar os conflitos entre normas internacionais, segundo Pauwelyn, decorrem das transformações pelas quais vem passando o direito internacional contemporâneo,¹³¹ quais sejam:

a) *A passagem das normas de “coexistência” para as normas de “cooperação”* – pois matérias que até então eram do domínio reservado dos Estados, como *v.g.* comércio, meio ambiente e direitos humanos,¹³² passaram a ser versadas por tratados multilaterais veiculadores dos objetivos comuns da sociedade internacional¹³³;

129. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 217.

130. Cf. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law...*, cit., pp. 16-17.

131. V. PAUWELYN, Joost. *Idem*, pp. 17-23. Cf., também, AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 217-218.

132. Nesse sentido, *v.* CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos...*, cit., p. 4; e PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La universalidad de los derechos en la ‘L’ conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas*, cit., p. 406.

133. Daí a afirmação de Pauwelyn: “(...) international law has witnessed a shift from being a law on ‘co-existence’ between sovereign states – dealing with issues such as territorial sovereignty, diplomatic relations, the law on war and peace treaties – to a law regulating also the ‘co-operation’ between states in pursuit of common goals, such as the law created under the auspices of international trade, environmental and human rights organizations. This evolution, allowing for deeper co-operation as between states, was spearheaded in particular by the end of the cold war”. (*Conflict of norms in public international law...*, cit., p. 17).

b) *A globalização* – responsável pela aceleração da interdependência e e dos “novos conflitos” surgidos a partir de relações entre normas reguladoras de campos jurídicos diametralmente opostos, notadamente quando em jogo normas internacionais de proteção dos direitos humanos,¹³⁴ sendo exemplo desse tipo de conflito os choques freqüentes entre as normas de liberalização comercial (regras da OMC) e as normas sociais veiculadoras de padrões trabalhistas mínimos (regras da OIT)¹³⁵;

c) *A emergência de uma hierarquia dos valores* – pois as normas de *jus cogens* previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 demonstram existir uma *hierarquia* entre as próprias normas do direito internacional, colocando num nível hierarquicamente superior as que mais *valor*¹³⁶⁻¹³⁷ tiverem para a sociedade internacional e para a proteção internacional dos direitos humanos¹³⁸; e

134. A propósito da inter-relação entre globalização e direitos humanos, v. JAYME, Erik, Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation, in *Recueil des Cours*, vol. 282 (2000), pp. 9-40. Cf., também, a versão em português, O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 133-146.

135. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 217.

136. Veja-se o conceito de *valor* de TELLES JUNIOR, Goffredo, *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*, cit., p. 228: “*Valor* é o preço da coisa (*sic*), tomando-se a palavra *preço* em seu sentido fundamental. *Preço* é a importância atribuída a uma coisa, como resultado de uma *apreciação*. Neste sentido, é que se diz: ‘O preço da liberdade é a eterna vigilância’. *Valor* de uma coisa é a importância dela entre outras coisas. É *o mais*, ou *o menos*, ou a *equiipolência* (equivalência) de uma coisa em relação a outra ou a outras. É o grau de *merecimento*, o *mérito* da coisa, comparada com outras. É a *medida* da coisa”. E, posteriormente, arremata: “*Valor* implica uma hierarquia, uma ordem de coisas. Uma coisa de valor é sempre uma coisa situada por uma pessoa num certo ponto de uma escala hierárquica de seres – de uma escala de seres hierarquizados segundo seus próprios valores”.

137. Ainda sobre os *valores* no mundo jurídico, v. a lição de SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., pp. 56-57, para quem: “Os valores são relativos: os valores individuais variam ao sabor dos desejos, os quais não são iguais para as pessoas. Não importa se a maioria tenha circunstancialmente o mesmo desejo, a mesma concepção de um valor, ele permanecerá subjetivo e histórico, pois a sua natureza não muda”. E continua: “Os valores sociais dependem dos programas que as sociedades pretendem realizar, e, igualmente, não há dois iguais. Diferenças como as existentes entre um Estado soviético e um capitalista, um liberal e outro fascista. É impossível uma tábua de valores, válida *sub specie aeterna*”.

138. Cf. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law...*, cit., pp. 21-22.

d) *A ampliação das soluções jurídicas de controvérsias* – uma vez encontrar-se internacionalmente generalizados os meios de solução de litígios internacionais (v.g., por tribunais internacionais ou por tribunais *ad hoc*), fato este que repercute nos conflitos entre normas de direito internacional.¹³⁹

Pode-se também acrescentar, junto com Alberto do Amaral Júnior, outras razões que militam em prol da intensificação dos conflitos entre tratados, dentre elas o *regionalismo* que “comandou a formação, em todos os continentes, de múltiplos acordos sobre uma gama rica e complexa de temas”, possibilitando, “muitas vezes, a adoção de medidas que não seriam factíveis em escala mais ampla”; assim, o regionalismo “trouxe à baila a perspectiva de conflito entre os tratados regionais e os tratados universais que lidam com matérias idênticas”, não sendo fácil “compatibilizar os acordos subscritos pelos componentes de uma sub-região e os acordos regionais com os quais eles se relacionam”.¹⁴⁰⁻¹⁴¹

Parece certo que tanto a globalização como a chamada “internacionalização do direito” não deixam qualquer lugar para aos Estados que pretendem ver-se isolados do mundo e alheios à sociedade internacional.¹⁴² O *ingresso* nesta sociedade passa a ser inexorável, o que torna inevitável a participação dos Estados num sistema não imune aos conflitos e às antinomias.

O fenômeno antinômico entre normas do ordenamento internacional, independentemente de pertencerem a contextos regionais diversos ou terem sido elaboradas por entes estatais ou organizações internacionais em tudo desconexos,

139. V. PAUWELYN, Joost. *Idem*, p. 22, nestes termos: “The fact that international adjudicators are hence more frequently asked to resolve matters of international law means also that issues of conflict between norms are more likely to arise *in concreto*, before these adjudicators. In a first instance, this will accentuate the problem of conflict and make the establishment of coherent rules on conflict an urgency. At the same time, decisions by international adjudicators on how to resolve particular conflicts will contribute to the establishment of such conflict rules”.

140. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 132. Cf. também, MARQUES, Claudia Lima, Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales, in *Revue du Droit Uniforme/UNIDROIT*, vol. VIII, Roma, 2003 (1/2), pp. 465-484.

141. As vantagens dos acordos regionais foram demonstradas por JENKS, Wilfred, The conflict of law-making treaties, cit., pp. 401 e ss.

142. Cf. GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*, cit., p. 124.

é uma realidade inevitável, fruto do processo de fragmentação que experimentou o direito internacional a partir da segunda metade do século XX, notadamente a partir da proliferação das normas internacionais e da emancipação do indivíduo frente os Estados nacionais.¹⁴³

A prática internacional tem procurado amenizar as antinomias de direito internacional-internacional estabelecendo “cláusulas de prevenção de conflitos”,¹⁴⁴ dentre as quais as mais comuns são:

1) As *cláusulas de ab-rogação expressa* – por meio da qual o instrumento internacional já traz disposição expressa acerca da revogação expressa de outro instrumento com ele incompatível, tal qual o art. 20, § 1º do Pacto da Sociedade das Nações, que estabelecia que os “membros da Sociedade reconhecem, cada qual no, que lhe diz respeito, que o presente Pacto revoga todas as obrigações ou acordos entre si, incompatíveis com os seus termos, e se comprometem, solenemente, a não contrair, no futuro, outros, semelhantes”;

2) As *declarações de incompatibilidade* – por meio da qual pretende-se compatibilizar os tratados anteriores (ou, até mesmo, os futuros) com a nova disposição convencional que versa sobre a mesma matéria. Tais cláusulas “primam por declarar que os tratados não são incompatíveis, de modo que a interpretação de um dos instrumentos não afetará os direitos e obrigações que o outro estabelece”,¹⁴⁵ tal qual o art. 22, § 1º da Convenção sobre Diversidade

143. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Le “dialogue” des sources: fragmentation et coherence dans le droit international contemporain, in JOUANNET, Emmanuelle; FABRI, Hélène Ruiz; & SOREL, Jean-Marc (orgs.), *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris: A. Pedone, 2008, pp. 7-33. Cf., ainda, AMARAL JÚNIOR, Alberto do, O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 133. Como destaca este mesmo internacionalista: “A fragmentação atinge, indistintamente, as normas primárias e as normas secundárias do direito internacional. A probabilidade de conflitos normativos se acentua com o avanço do regionalismo, pois o sistema normativo criado no plano regional é, muitas vezes, mais específico que os regimes globais e mais abrangente que os regimes domésticos. Diversas regras internacionais podem, desse modo, ser aplicadas à mesma situação, fato que entreabre a perspectiva de colisão entre as obrigações que incumbem aos Estados. Essa circunstância exige argumentos complexos para se identificar qual norma deverá prevalecer e ameaça provocar mais conflitos que aqueles resolvidos pela criação de regimes particulares”. (Idem, ibidem).

144. V., por tudo, AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 224-227; e SALMON, Jean, *Les antinomies en droit international public*, cit., pp. 294-299.

145. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 224.

Biológica (intitulado *Relação com outras convenções internacionais*), segundo o qual as “disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações causem grave dano ou ameaça à diversidade biológica”;

3) As *cláusulas de incompatibilidade* – que visam “eliminar uma das normas em conflito, seja do próprio tratado que as contém, seja de outro compromisso, anterior ou futuro”,¹⁴⁶ a exemplo do art. 103 da Carta da ONU, que dispõe: “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”; e

4) As *cláusulas que adaptam os pactos já confluídos aos novos tratados* – por meio das quais pretende-se “adaptar” as cláusulas de tratados já confluídos (anteriores) e superadas pelo passar do tempo à normativa mais atual de um tratado posterior, visando assegurar uma transição tranqüila de normas.¹⁴⁷

Alberto do Amaral Júnior coloca ainda como meio de salvaguardar a coerência entre as normas internacionais a *presunção contra o conflito*, a qual “radica na suposição de que a nova norma é compatível com o direito internacional que vigia antes da sua criação”, pressupondo-se “que os Estados, quando a produção normativa se consuma, levam em conta as regras em vigor na esperança de buscar harmonia entre o velho e o novo direito”.¹⁴⁸ Ainda nas suas palavras:

“A conseqüência imediata que deflui desse raciocínio é a necessidade de referência expressa por parte da nova norma editada ao desejo de regular de modo diferente a matéria em questão. A falta de menção clara nesse sentido não autoriza a presumir a intenção dos Estados em se afastar da disciplina jurídica que vigorava. Nessas condições, por ser a coerência a situação de

146. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Idem*, cit., p. 226.

147. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Idem*, p. 226.

148. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Idem*, p. 233.

normalidade, compete à parte que alegar o conflito a incumbência de prová-lo. O intérprete deve preferir a interpretação capaz de harmonizar o significado das duas normas se estiver diante de outras alternativas que tornem inevitável a colisão normativa”.¹⁴⁹

Se a presunção contra o conflito tem um propósito altruísta, o certo que é ainda esta técnica é contestada pelo fato de não servir propriamente ao caso das antinomias *reais*, à medida que funciona bem apenas quando não existe verdadeira incompatibilidade entre as normas e a interpretação é hábil a coordenar os interesses aparentemente díspares.¹⁵⁰

No que tange aos conflitos entre tratados *sucessivos* existe, como já se falou, regulamentação internacional pelo art. 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que já estudamos em outro lugar.¹⁵¹

Neste estudo interessa-nos prioritariamente as antinomias de direito interno-internacional, particularmente as entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, conforme veremos abaixo.

B – As antinomias de direito interno-internacional

O segundo tipo de antinomia possível a envolver uma norma de direito internacional é aquela relativa à incompatibilidade com o direito interno. A tal se denomina antinomia de direito interno-internacional.¹⁵²⁻¹⁵³ Trata-se do caso

149. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Idem*, *ibidem*.

150. Cf. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law...*, cit., pp. 331-332; e SALMON, Jean, *Les antinomies en droit international public*, cit., pp. 294-299.

151. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 236-239.

152. Ferraz Jr. versa o problema das antinomias de direito interno-internacional, mas sem resolver o problema, limitando-se a expor o seguinte: “Quanto aos conflitos entre normas de direito internacional com normas de direito interno, a questão resume-se no problema das relações entre dois sistemas, na prevalência de um sobre o outro ou em sua coordenação. Em função desse problema, também aqui se coloca a questão de se saber se a primeira condição das antinomias (complementaridade) é ou não satisfeita. Por isso, nesse caso, as regras de solução das antinomias confundem-se com os próprios princípios que nos permitem reconhecer a existência de uma antinomia. Em geral, se o juízo que decide o conflito é internacional, a jurisprudência consagra a superioridade de norma internacional sobre a interna. Se o juízo é interno, temos diferentes soluções. A primeira reconhece a autoridade

clássico, já amplamente estudado pela doutrina internacionalista em geral, dos conflitos entre o direito internacional e o direito interno, particularmente das antinomias entre tratados internacionais e leis internas.¹⁵⁴

Sob a nossa ótica, as antinomias de direito interno-internacional podem ocorrer de duas maneiras, podendo ser: *a)* de direito interno com o direito internacional comum; ou *b)* de direito interno com o direito internacional dos direitos humanos. O primeiro tipo de antinomia citado, presente entre a ordem interna e a ordem internacional *comum*, já foi objeto de estudo de inúmeros internacionalistas há várias décadas.¹⁵⁵ Não é aqui, porém, o lugar de se fazer uma revisão bibliográfica dos estudos já realizados sobre as relações do direito internacional com o direito interno, a qual já foi por nós levada a cabo em outro lugar.¹⁵⁶ Por outro lado, o segundo tipo de antinomia apresentado (antinomia de

relativa do tratado e de outras fontes na ordem interna, entendendo-se que, em geral, o legislador interno não quer ou não quis violar o tratado, salvo os casos em que o faça claramente, caso em que a lei interna prevalecerá. A segunda reconhece a superioridade do tratado sobre a lei mais recente em data. A terceira também reconhece essa superioridade, mas liga-a a um controle jurisdicional da constitucionalidade da lei”. (*Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 214-215).

153. Durante toda a referência que Carnelutti, na sua *Teoria geral do direito*, faz ao direito internacional público, sequer de passagem suscita o conflito entre o direito interno com a ordem internacional. Em todo o seu texto deixa entrever que apenas questões *externas* entre si podem ser palco de um conflito intersubjetivo de interesses, o qual, “quando se transforma em lide, assume a trágica imponência da guerra” (*Op. cit.*, p. 209). Nas páginas seguintes o mesmo jurista dedica-se a negar a validade do direito internacional, notadamente sob o argumento de que um “direito baseado apenas na autonomia, como seria o direito internacional, é um contra-senso” (*Idem*, p. 210).

154. Cf. CARREAU, Dominique. *Droit international*, 8ª ed. Paris: A. Pedone, 2004, pp. 44-68 e pp. 485-523, respectivamente.

155. Sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional comum, v. os estudos clássicos de TRIEPEL, Carl Heinrich, Les rapports entre le droit interne et le droit international, in *Recueil des Cours*, vol. 1 (1923-I), pp. 77-121; KELSEN, Hans, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in *Recueil des Cours*, vol. 4 (1926-IV), pp. 227-331; WALZ, Gustav Adolf, Les rapports du droit international et du droit interne, in *Recueil des Cours*, vol. 61 (1937-III), pp. 375-456; e SPERDUTI, Giuseppe, Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne, in *Recueil des Cours*, vol. 153 (1976-V), pp. 319-411. No Brasil, v. o estudo pioneiro de FRAGA, Mirtô, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, 140p.

156. V., a propósito e para pormenores, com citação de farta bibliografia a respeito, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 53-73; especialmente sobre os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, cf. pp. 302-314.

direito interno com o direito internacional *dos direitos humanos*) ainda não foi objeto de estudo sistematizado pela doutrina em geral.

As antinomias entre o direito internacional e o direito interno são decorrências da chamada “internacionalização do direito”. É ainda difícil para o expectador nacional, ou até mesmo para o jurista formado sob a autoridade de um direito exclusivamente *interno*, aceitar a noção, cada vez mais corrente, da superioridade das normas internacionais de proteção dos direitos humanos em face das ordens jurídicas domésticas. Doravante, as normas *constitucionais* não podem ser interpretadas senão de acordo com as normas *internacionais* ratificadas pelo governo e em vigor no país.¹⁵⁷

Poderia parecer, nesse primeiro momento, que o problema das antinomias entre o direito internacional (em especial, o direito internacional dos direitos humanos) e o direito interno pudesse ser resolvido, *incontinenti*, pela atribuição de prevalência da ordem internacional sobre a interna. Ainda que efetivamente as normas internacionais de direitos humanos tenham primazia hierárquica relativamente às normas do direito doméstico (v., especialmente, o Capítulo II, Seção II, § 2º), tal superioridade não resolve o problema das antinomias entre as duas ordens se a própria ordem internacional não dispuser de meios (cláusulas) de beneficiar a aplicação da norma *mais protetora*. As preocupações sobre tal problema acabam quando se percebe que os tratados de direitos humanos, que não são tratados do tipo *comum* ou *tradicional*, já têm inserido em seu bojo regras dialógicas (ou “cláusulas de diálogo”) que permitem a coexistência entre o sistema internacional e a ordem interna de proteção,¹⁵⁸ balizadas pelo princípio internacional *pro homine*.¹⁵⁹

157. Cf. GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*, cit., p. 113.

158. Sobre a coexistência dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, v. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights: at global and regional levels, in *Recueil des Cours*, vol. 202 (1987-II), pp. 9-435.

159. V. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, in *Revista IIDH*, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.

O Supremo Tribunal Federal tem resolvido as antinomias de direito interno-internacional no Brasil da seguinte forma: *a)* quando o conflito é entre tratado internacional *geral* e lei interna também *geral*, aplica-se o critério cronológico de solução de antinomias (*lex posterior derogat legi priori*) e opta-se pela norma mais recente; e *b)* quando o conflito é entre tratado internacional *geral* e lei interna *específica* ou entre tratado internacional *específico* e lei interna *geral*, aplica-se o critério da especialidade (*lex generalis non derogat legi speciali*) e opta-se pela norma (tratado ou lei interna) que seja *especial* em relação à *geral*.

À primeira solução chegou o STF no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE (RTJ 83/809), quando entendeu que os tratados e convenções no Brasil guardam estrita relação de *paridade normativa* com as leis ordinárias editadas, devendo então prevalecer a vontade última do legislador.¹⁶⁰ À segunda solução chegou o mesmo STF no julgamento do HC 72.131-RJ, de 23 de novembro de 1995, onde declarou constitucional o Decreto-Lei nº 911/69, para o fim de legitimar as prisões por dívidas decretadas nos cursos das ações de depósito em casos de alienação fiduciária em garantia. Neste caso, a Corte entendeu que “o Pacto de São José da Costa Rica, não derogou, por ser norma infraconstitucional *geral*, as normas infraconstitucionais *especiais*, sobre prisão civil do depositário infiel” [grifos nossos].¹⁶¹

Em resumo, quando presente uma antinomia de direito interno-internacional, além do critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), o Supremo Tribunal Federal também aplica em seus julgamentos o critério da especialidade (*lex generalis non derogat legi speciali*), para além – evidentemente – do critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*).¹⁶²

160. V. Acórdão nº 662-2, do processo de Extradicação julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.96 (DJ, 30.05.97, p. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

161. V. STF, 1ª T., HC 75.306-0/RJ, 19.08.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 12.09.1997, p. 43.715; e muitos mais: HC 74.381-1, DJU de 26.09.1997, p. 47.476; 70.718-11; 74.739-6; 74.473-7; e 70.718-1; e ainda os RE 201.820-1; 179.991-9; e 199.782-6.

162. Para um estudo detalhado da jurisprudência do STF relativamente ao tema dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas, in

Tal demonstra que o STJ ainda se utiliza dos critérios clássicos ou tradicionais de solução de antinomias entre o direito internacional e o direito interno, não demonstrando buscar soluções mais fluidas e menos rígidas para a solução de tais conflitos. No que tange ao direito internacional e suas relações com o direito interno, apenas em um voto recente (do Min. Celso de Mello, no *HC 87.585-8/TO*, que comentaremos no momento oportuno) é que o STF (na verdade, apenas *um* de seus Ministros) se referiu à possibilidade de se encontrar soluções de coexistência entre as normas internacionais e as internas pelo *diálogo das fontes*.¹⁶³

Daí a importância da proposta de Erik Jayme, a aplicar-se no Supremo Tribunal Federal brasileiro, no sentido de que os conflitos nascidos entre as disposições das convenções multilaterais e aquelas dos sistemas nacionais devam ser resolvidos “au moyen d’une coordination des deux sources”.¹⁶⁴ Tal coordenação dessas duas fontes (internacional e interna) é possível independentemente de saber qual hierarquia os tratados de direitos humanos guardam no plano do direito interno. Está o juiz autorizado a aplicar – concomitantemente – duas ou mais normas vigentes, nacionais ou internacionais, selecionando (“coordenando”, segundo Jayme¹⁶⁵) entre as várias normas concorrentes “aquela que contenha prescrições melhores ou mais favoráveis para o indivíduo ou a vítima em relação aos seus direitos humanos”.¹⁶⁶

Aceita a tese de Jayme, porém, é necessário buscar alternativas (tipos de diálogos) viáveis à resolução das antinomias de direito interno-internacional. Esta Tese tem a finalidade de estudar tais antinomias entre o direito interno e o direito

Revista da AJURIS, ano XXVI, n.º 81, Tomo I (doutrina), Porto Alegre, mar./2001, pp. 306-325; e O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, n.º 154, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2002, pp. 15-29.

163. V. STF, *HC 87.585-8*, do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12.03.08, p. 19.

164. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., pp. 82-83.

165. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

166. V. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., p. 93.

internacional dos direitos humanos, a fim de propor novos métodos para a solução desses conflitos baseados no “diálogo das fontes”. Tais métodos e seus desdobramentos serão objeto de estudo de todo o Capítulo II do presente trabalho.

*

* *

Seção II – Os critérios clássicos de solução de antinomias e sua incompletude na pós-modernidade

Não se tem dúvidas de que é dever do jurista estabelecer critérios de solução de antinomias a fim de tornar o sistema jurídico harmônico. Como pudemos observar na Seção I anterior, a doutrina tradicional encarregou-se de definir as condições necessárias à existência das antinomias normativas. Durante vários anos também foram estabelecidos *critérios* para a solução de tais antinomias, os quais estamos a chamar de critérios *clássicos* ou *tradicionais*.

A dúvida que surge no direito contemporâneo diz respeito à efetividade de tais critérios quando em confronto normas internacionais e internas de proteção dos direitos humanos e se os mesmos são capazes de harmonizar o sistema jurídico. Se é certo que se está a transitar num terreno arenoso, onde as incertezas ainda parecem reinar, não é menos certo que o direito é uma ordem mutante, que se transforma e se renova a cada dia, devendo ser adaptado às novas realidades. Não é demais também recordar que a eficácia desses métodos clássicos de solução de antinomias já foi contestada pela própria doutrina que os instituiu, como veremos com mais detalhes nas páginas que seguem.

Da mesma forma que as normas jurídicas apresentam deficiências,¹⁶⁷ tal também se dá com os critérios que intentam (ainda) resolver as antinomias que entre elas estão a aparecer.

De qualquer forma, não se pode negar que tais critérios ainda têm servido para resolver boa parte dos problemas antinômicos quando se está diante de um *mesmo* ordenamento jurídico e cujas fontes em conflito emanam da *mesma* autoridade. Evidentemente, este não é o caso do objeto do estudo que ora nos ocupa. Mas, para que possamos discutir o nosso problema, mister *conhecer* quais são tais critérios clássicos e como eles têm sido aplicados até o momento. Num momento posterior, ai sim, podemos verificar o por quê de sua incompletude na atualidade, notadamente quando pretende resolver as antinomias de direito interno-internacional relativas a direitos humanos.

§ 1º - Métodos para a solução dos conflitos de normas

Já dizia Bobbio – repita-se – que relativamente ao sistema normativo uma antinomia significa “o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas”, concluindo não poder consistir a eliminação do inconveniente “senão na eliminação de uma das duas normas”. E, ao final, Bobbio indagava: *Mas qual das duas normas deve ser eliminada?* Estaria aqui, segundo o jurista italiano, o problema mais grave das antinomias.¹⁶⁸

Efetivamente, não é de hoje que os juristas vêm se esforçando para estabelecer critérios para a solução dos conflitos de normas.¹⁶⁹ A falta de critérios para a solução desse problema leva às antinomias. O sistema jurídico deve ser entendido como um todo lógico e coerente. Ante esse postulado, deve o aplicador do direito optar por um dado critério de solução que o leve a sair da situação anormal. Tais critérios “não são princípios lógicos, assim como o conflito normativo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções”.¹⁷⁰

Os *métodos* tradicionalmente existentes apontam para uma solução *única* em caso de antinomias entre as normas. Ver-se-á a seguir que os critérios tradicionalmente utilizados, até os dias de hoje, pela doutrina e jurisprudência, relativos aos conflitos entre normas internas e internacionais, findam sempre por dar uma só solução (*mono-solução*, para falar como Claudia Lima Marques¹⁷¹) ao caso concreto. Lembre-se, mais uma vez, os dizeres de Bobbio: *Mas qual das duas normas deve ser eliminada?*, referindo-se a qual norma deveria prevalecer

167.Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 173.

168.Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 91-92.

169.V., por tudo, BOBBIO, Norberto, Des critères pour résoudre les antinomies, in *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.), cit., pp. 244-250.

170.DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 33. Sobre o tema das presunções no direito, v. PERELMAN, Chaim (org.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles: Bruylant, 1974.

171.MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1002, cit., p. 57.

em caso de conflito de leis.¹⁷² Como se vê, a preocupação do jurista em causa era a de saber *qual das normas* deveria prevalecer em havendo antinomias entre elas. Não passava à imaginação do jurista à época (foi em 1982 que Bobbio escreveu sua *Teoria dell'ordinamento giuridico*) a possibilidade de *coexistência* entre as normas do sistema jurídico, notadamente quando se trata de normas de direitos humanos e de direitos fundamentais. Isso explica o fato dessa mesma doutrina debruçar-se no estudo de *critérios* de solução de antinomias, que pudessem fazer para o órgão julgador a *opção* entre “uma *ou* outra” norma.¹⁷³

Nos autores mais modernos que versaram o problema dos direitos fundamentais, como Robert Alexy, também não se encontra uma solução para o conflito entre regras que não leve exclusivamente à mono-solução (regra da “uma *ou* outra”). Recorde-se, apenas *en passant*, a diferença fundamental – para Alexy – entre princípios e regras: aqueles exigem que algo seja realizado *na medida do possível*, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; enquanto que as *regras*, se válidas, devem sempre realizar-se por inteiro, não podendo tal realização variar, como pode ocorrer em relação aos princípios.¹⁷⁴ Será esta distinção que implicará na resposta de Alexy sobre *como aplicar* as regras e os princípios, e ainda sobre *como resolver* os conflitos e tais regras e princípios.

De qualquer forma, o que acabamos de afirmar acima, no sentido de não ter Alexy encontrado outra solução para os conflitos entre regras e para as colisões entre princípios, que não leve à mono-solução, permanece inteiramente válido. Assim, para Alexy, um “conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, *em uma das regras*, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos *uma das regras for declarada inválida*”, e conclui que se “esse tipo de solução não for possível, pelo menos *uma das regras* tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico” [grifos nossos].¹⁷⁵ Alexy não visualiza como “é possível que dois juízos concretos

172. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 91.

173. V., por tudo, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 91-114.

174. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 90-91.

175. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 92. No mesmo sentido, v. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, cit., pp. 26-27.

de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras dever (*sic*) ser declarada inválida”.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ Em outras palavras, o autor não consegue admitir uma outra saída para o problema dos conflitos de regras a não ser (a) estabelecendo uma “cláusula de exceção” em uma das duas regras antinômicas, ou (b) declarando inválida uma delas quando ambas prevêm soluções jurídicas inconciliáveis para o mesmo suporte fático. *Tertium non datur*.¹⁷⁸

Perceba-se que, para Alexy, a resolução do conflito entre regras quando não existente cláusula de exceção – como aquela que impõe aos alunos o dever de saírem da sala de aula em caso de incêndio, em exceção à regra geral da proibição desses mesmos alunos saírem das salas de aula antes que o sinal toque – deve se fazer pela aplicação dos referidos *critérios tradicionais* de solução de controvérsias, quando assim leciona:

“A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. Um exemplo de conflito entre regras que o Tribunal Constitucional Federal resolveu exatamente nesse sentido – com base na norma sobre conflitos do art. 31 da Constituição alemã (‘o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual’)

176. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 92. No mesmo sentido, aceitando *in totum* o pensamento alexyano sem qualquer discordância, inclusive no tocante à aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias, v. SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito...*, cit., pp. 33-34.

177. Perceba-se, então, o contraste desse posicionamento, que se pode chamar de *tradicional*, com a tese segundo a qual as normas jurídicas conflitantes devem, na pós-modernidade, ser coordenadas como resultado de um *diálogo* entre elas, como pensa Erik Jayme (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 60-61 e 259).

178. V. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito...*, cit., p. 33.

– é aquele entre o § 22, 1, da ordenação sobre horário de trabalho, de 1934 e 1938 (direito federal vigente na época da decisão), que, pela interpretação do tribunal, permitia a abertura de lojas entre 7 e 19h nos dias úteis, e o § 2º da lei do Estado de Baden sobre o horário de funcionamento do comércio, de 1951, que, entre outras coisas, proibia a abertura de lojas após as 13h nas quartas-feiras. As duas regras não poderiam valer ao mesmo tempo, caso contrário a abertura das lojas nas tardes de quartas-feiras seria tanto permitida quanto proibida. A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da Constituição. nesse sentido, restou apenas a possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual”.¹⁷⁹

A solução proposta por Alexy para o conflito de *regras* não destoa – no que tange à mono-solução – daquela desejada para a colisão entre *princípios*. Assim, segundo Alexy, havendo colisão entre *princípios* – o que ocorre quando um princípio proíbe algo e outro autoriza – um deles terá que ceder (*mono-solução*), com a diferença (em relação à solução do conflito entre *regras*) de que o princípio cedente não será declarado *inválido* (como aconteceria no caso do conflito entre regras), nem necessitará de qualquer inclusão de uma “cláusula de exceção”, pois o que ocorre “é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, tudo a depender do caso concreto, onde os princípios com maior *peso* (poderíamos dizer, *peso valorativo*) terão mais *precedência*.¹⁸⁰ De acordo com esta visão, não se poderia dizer existir aqui uma “cláusula de exceção” que permitiria a opção por um princípio em detrimento de outro, pois “quando isso ocorre, no caso das regras, a exceção é sempre a mesma e vale para todos os casos de aplicação daquelas regras”.¹⁸¹ Em outras palavras, a conclusão de Alexy é que os conflitos “entre regras ocorrem na dimensão da

179. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 93. Não é outra a lição de Dworkin, para quem o conflito entre regras se resolve com as soluções apresentadas pelo próprio ordenamento jurídico, v.g., “the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule” (*Taking rights seriously*, cit., p. 27), que nada mais são do que os tradicionais critérios *hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade*.

180. Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 93-94.

181. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito...*, cit., p. 35.

validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.¹⁸²⁻¹⁸³

Como se disse, também neste último caso a proposta de Alexy chega à mono-solução, pois mesmo se não excluindo um princípio em detrimento de outro, como ocorre em relação às regras, sua *aplicação* (condicionada em razão do seu *peso* ou de sua *importância*) também opera pela fórmula “um *ou* outro”. Em outras palavras, ainda que os princípios não se excluam mutuamente e sobrevivam “um *e* outro” no plano jurídico, sua *aplicação* (que respeita a existência conjunta de “um *e* outro”) opera em razão da *escolha* daquele que mais peso valorativo tiver no caso concreto. Neste caso, havendo dois princípios em colisão um deles terá que ceder.¹⁸⁴ O princípio mais “pesado” prevalecerá sobre o mais “leve” e será aplicado, sem espaço para a aplicação do outro, em franca oposição ao diálogo das fontes.

Segundo o nosso entendimento, e como veremos no decorrer deste estudo (v., especialmente, o Capítulo II), a *mono-solução* não é mais adequada à resolução das antinomias (sejam entre *regras* ou entre *princípios*, na visão alexyana) presentes no direito pós-moderno, já que é possível demonstrar haver coerência na aplicação simultânea de várias normas, variando somente a ordem e o tempo dessa aplicação, como destaca Claudia Lima Marques.¹⁸⁵

182. V., por tudo, ALEXY, Robert, Idem, p. 94. Ainda sobre as colisões entre princípios, v. CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Trad. de Juan Antonio García Amado, Madrid: Fundación Cultura del Notariado, 1998, 186p; e VIGO, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos...*, cit., pp. 179-219.

183. Como para Alexy os direitos fundamentais são veiculados por normas jurídicas que têm as características de *princípios*, as antinomias entre direitos fundamentais (que tem lugar na ordem interna, notadamente na seara constitucional) serão também resolvidas dando prevalência àqueles que maior *peso* tiverem sobre os outros, à diferença das antinomias entre *regras*, que são resolúveis pela invalidação de uma em detrimento da outra. Não é aqui, porém, o lugar de desenvolvermos o raciocínio de Alexy sobre a colisão entre princípios nem sobre a efetividade dos seus mandamentos; também não pode nos ocupar agora (para além do pouco que já falamos *supra*, especialmente no início do Capítulo I, notas 5 a 9) as assimetrias entre *regras* e *princípios* em sua teoria sobre os direitos fundamentais. Para pormenores, v. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 93-179.

184. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 93.

185. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 95.

Voltemos agora às *regras*.¹⁸⁶ Canotilho, da mesma forma e na mesma linha seguida por Alexy, afirma que as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, tornando “insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias”, diferentemente dos *princípios*, que podem ser objeto de “ponderação” ou de “harmonização”.¹⁸⁷ A mesma lição já havia sido proclamada por Kelsen na sua *Teoria pura do direito*, ao afirmar que quando duas normas se contradizem “somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida”.¹⁸⁸ Mais uma vez se está diante da proposição de um sistema *exclusivo* (que é o sistema contraposto à *inclusão*) que não aceita a *coexistência* e o *convívio* das regras jurídicas.

Como se percebe, mesmo a doutrina mais moderna que versou especificamente o problema dos direitos fundamentais – ainda que não tenha versado propriamente a questão da integração dos tratados de direitos humanos na ordem interna e os possíveis *diálogos* entre as ordens internacional e interna – não conseguiu apontar outra solução para o conflito de regras senão aquelas que apregoam a *exclusão* de uma regra em detrimento da outra, sistema que reputamos *intransigente* e que impossibilita o *diálogo das fontes*.

Daí a necessidade de verificarmos quais são esses critérios habitualmente utilizados e entendermos o porquê de sua ineficácia na pós-modernidade, notadamente quando o conflito que se presencia é entre uma norma internacional de direitos humanos e uma norma de direito interno.

A – Os critérios tradicionais de solução de antinomias e sua aplicação aos conflitos entre normas internas

Tradicionalmente, os cultores do direito têm se utilizado de três critérios de solução de antinomias nos conflitos entre normas de direito interno, que são: o

186. O termo está sendo aqui utilizado na concepção alexyana (cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 91).

187. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 168.

188. V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 229.

hierárquico, o *cronológico* e o da *especialidade*.¹⁸⁹ Vejamos separadamente cada um deles:

a) *O critério hierárquico* – segundo o qual a norma hierarquicamente superior (isto é, criada por uma fonte de grau superior) prevalece sobre a hierarquicamente inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).¹⁹⁰ Essa assertiva, leciona Alberto do Amaral Júnior, “resulta da observação de que os ordenamentos jurídicos modernos compõem-se de planos diferentes, distribuídos conforme o princípio da hierarquia, de modo que as normas superiores revogam as inferiores e não são por elas revogadas no caso de incompatibilidade”.¹⁹¹ Foi com base nessa premissa que se estruturou o constitucionalismo a partir do século XVIII. Por isso o critério hierárquico tem aplicação geral no direito constitucional, onde o *Texto Magno* guarda relação de hierarquia relativamente às demais normas editadas pelo Estado. Dessa forma, o critério da *lex superior* tem lugar para resolver as antinomias entre normas de escalões diferentes. Kelsen, contudo, entende não haver conflito entre normas de escalões diferentes, uma vez que a norma *inferior* tem o seu fundamento de validade na norma *superior* (*Grundnorm*), apenas podendo ser válida a (norma inferior) que estiver em consonância com a norma superior. Assim, para Kelsen, entre “uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer

189. Cf. BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies, cit., pp. 237-258. V., também, GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 233-235.

190. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., p. 205.

191. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 214. Veja-se, por oportuno, a lição de Bobbio sobre o critério da *lex posterior*: “Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 93).

conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior”¹⁹²;

b) *O critério cronológico* – segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior da mesma hierarquia (*lex posterior derogat legi priori*),¹⁹³ tal como previsto pelo art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).¹⁹⁴ Esse critério entende que a *vontade* legislativa mais nova sempre há de prevalecer sobre a mais velha, uma vez que a sociedade evolui e pretende mudanças, que são implementadas por regras cada vez mais atuais.¹⁹⁵ Tal decorre do fato de o positivismo legalista¹⁹⁶ – nascido a partir do século XIX em contraposição ao *direito natural* – não conseguir suportar que duas normas gerais criadas pelo mesmo órgão em diferentes momentos possam ser igualmente válidas e, conseqüentemente, igualmente aplicáveis a depender do caso concreto e do exame pelo juiz. Em outras palavras, para o positivismo jurídico – segundo Bobbio – “a característica da *coerência* exclui que, em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento

192. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 232; sobre esse “conflito” entre normas de escalão diferentes, cf. pp. 295-306.

193. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., p. 204.

194. Assim dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

195. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 92-93. Aduz enfaticamente Bobbio: “Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do Direito às exigências sociais. Pensemos, por absurdo, nas conseqüências que derivariam da regra que prescrevesse ater-se à norma precedente. Além disso, presume-se que o legislador não queira fazer coisa inútil e sem finalidade: se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade. No ordenamento positivo italiano, o princípio da *lex posterior* é claramente enumerado pelo art. 15 das Disposições preliminares, nas quais, entre as causas de ab-rogação, enumera-se também aquela que deriva da formulação de uma lei *incompatível* com uma lei precedente”. (Idem, p. 93).

196. Sobre o tema, v. BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., especialmente pp. 131-232; e SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., pp. 185-192. Ainda sobre o positivismo e a concepção positivista de ciência, v. ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *Dogmática jurídica: escorço de sua configuração e identidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 37-49 e pp. 55-75, respectivamente.

um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas”.¹⁹⁷ Daí o entendimento da doutrina formalista clássica de que o critério *lex posterior derogat legi priori* é um “princípio jurídico fundamental”, mesmo que não esteja expresso em norma positiva. Por isso afirmou Kelsen que, no caso das normas gerais terem sido estabelecidas “por um e mesmo órgão mas em diferentes ocasiões, a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*”.¹⁹⁸ Mas como leciona Diniz, a aplicação desse princípio variará de acordo com os diferentes casos de inconsistência, uma vez que: (1) se a incompatibilidade for total, será difícil deixar de lado o critério da *lex posterior*; (2) se a inconsistência for total-parcial, sendo a última norma especial, a *lex posterior* operará conjuntamente com a *lex specialis*¹⁹⁹; (3) se houver inconsistência de norma especial anterior e norma geral posterior, a *lex specialis* pode, conforme o caso, prevalecer sobre a *lex posterior*; e (4) se a inconsistência for parcial, a *lex posterior* apoiará a presunção de que a norma mais recente prefere a anterior, mas nem sempre, concluindo que a “*lex posterior* apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior”, nada impedindo “que tenha tido a intenção de incorporar a nova norma, de modo harmônico, ao direito existente”.²⁰⁰

Ainda no que toca ao estudo do critério *cronológico*, fica a questão de saber se a norma mais recente só tem vigor *pro futuro* ou pode regular situações anteriormente constituídas. A solução tradicional do problema resume-se na

197. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 132-133 e 203.

198. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 230.

199. Sobre a antinomia *total-parcial*, assim leciona Bobbio: “A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia *total-parcial*. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai *parcialmente*. Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. O que significa que os dois primeiros critérios aplicam-se *quando* surge uma antinomia; o terceiro se aplica *porque* vem a existir uma antinomia”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 96-97).

200. DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., p. 35.

aplicação da técnica (1) das *disposições transitórias*, nominadas de direito intertemporal,²⁰¹ que são elaboradas pelo próprio legislador no texto normativo, e (2) dos *princípios da retroatividade* e da *irretroatividade* das normas, para o caso de se permitir ou não que a norma mais recente retroaja para alcançar a antiga atingindo os fatos pretéritos já constituídos na vigência da lei revogada. É certo, porém, que (também tradicionalmente) não se aceita a retroatividade ou irretroatividade de maneira *absoluta*, notadamente quando estão em jogo o *ato jurídico perfeito*, o *direito adquirido* e a *coisa julgada*²⁰²; e

c) *O critério da especialidade* – segundo o qual a norma especial (ou excepcional) prevalece sobre a regra geral em caso de conflito de leis (*lex specialis derogat legi generali*).²⁰³ Por meio desse critério todas as normas *especiais* têm primazia sobre as de caráter *geral*, dado que também estaria a demonstrar a vontade do legislador em regradar com certos particularismos determinados assuntos. Uma norma é considerada especial quando comporta em seu enunciado todos os elementos caracterizadores da regra geral e um *plus* em seus elementos típicos, denominados caracteres especializantes. Como destaca a doutrina, a “norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (RJTJSP 29:303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica”.²⁰⁴ Neste caso, entende-se que haveria “notória injustiça se, descoberta a diferenciação, a norma geral continuasse a ser

201. Para um estudo do direito intertemporal e do fenômeno da transitoriedade jurídica, v. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris: LGDJ, 1977; BATALHA, Wilson de Souza, *Direito intertemporal*, Rio de Janeiro: Forense, 1980; HERON, Jacques, *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996; e LIMONGI FRANÇA, R., *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2000.

202. A explicação é de DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 36-39, com maiores desdobramentos.

203. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., p. 205.

204. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 40.

usada para tratar de forma igual pessoas que, de fato, pertencem a categorias diferentes”.²⁰⁵

A razão do critério da *lex specialis*, para Bobbio, é transparente: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória).²⁰⁶ Segundo o jurista italiano, a “passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significa paralisar esse desenvolvimento”.²⁰⁷

Como se percebe, a doutrina tem caracterizado esse terceiro critério (*lex specialis*) no sentido de ser a norma especial reflexo da regra de justiça *suum cuique tribuere*, tornando a lei geral exceção tal como é a passagem da legalidade abstrata à equidade.²⁰⁸ Em outras palavras, essa “transição da norma geral à

205. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 215.

206. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 96.

207. BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 96.

208. V., a propósito, a lição de LIMONGI FRANÇA, R., *Formas e aplicação do direito positivo*, cit., p. 24, nestes termos: “Como se sabe, a Equidade, em si, é um princípio semelhante ao da Justiça, e, assim, só pode ser fonte *geradora*, e nunca formal [do direito]; do ponto-de-vista da Ética, é uma virtude, e, evidentemente, nenhuma virtude se considerará, a rigor, modo de expressão do Direito, senão apenas um hábito prático capaz de proporcionar a efetivação daquilo que é bom. Está longe, pois, de se ajustar à noção de *forma* de expressão do Direito”. Ainda sobre a *equidade*, cf. mais detalhes na *Op. cit.*, pp. 72-79.

especial seria o percurso de adaptação progressiva da regra de justiça às articulações da realidade social até o limite ideal de um tratamento diferente para cada indivíduo, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas da mesma forma e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, para solucionar antinomias, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*. Realmente, se, em certas circunstâncias uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas”.²⁰⁹

Desses três critérios acima descritos tem-se que o hierárquico encontra-se em situação de primazia (justamente por ser *hierárquico*) sobre os demais. Depois do hierárquico, o critério da *especialidade* seria o mais forte, situando-se então num patamar intermediário, entre o critério hierárquico e o cronológico. E, por fim, o critério *cronológico* seria o mais brando, pois sucumbe diante dos demais. Essa é a visão tradicional, fortemente influenciada pelo positivismo legalista do século XIX. Segundo a doutrina tradicional, a utilização de tais critérios torna sustentável a posição do sujeito, que então terá saída para a situação de antinomia impeditiva da vindicação correta do seu direito. Em não sendo possível a superação do conflito pela utilização dos três critérios ter-se-ia a situação de *lacuna* legislativa, somente suprida pela aplicação dos princípios gerais de preenchimento de lacunas.²¹⁰

Tais critérios de solução de antinomia têm séculos de existência e, até os dias de hoje, são utilizados pela doutrina em geral praticamente sem qualquer contestação. São eles aplicáveis ao direito em geral, sendo certo que nos conflitos entre normas de direito internacional, outros critérios poderão ser utilizados. Em

209. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 41.

210. Cf., nesse sentido, DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., p. 41. V., ainda, sobre os instrumentos integradores da lei, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *A ciência do direito*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, pp. 80-86; GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*, cit., pp. 230-232; e SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., pp. 125-126.

verdade, existem três tipos de conflitos de normas envolvendo direito internacional:

- a) os conflitos entre normas de direito internacional privado²¹¹;
- b) os conflitos entre normas de direito internacional público²¹²; e
- c) os conflitos entre normas de direito internacional público e norma de direito interno.

Este estudo versa somente sobre o terceiro caso, relativo aos conflitos entre normas de direito internacional público e norma de direito interno, não versando sobre os conflitos entre normas de direito internacional privado (entre si) e entre normas de direito internacional público (entre si).²¹³

B – Aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias nos conflitos entre tratados internacionais e leis internas

Tanto a doutrina²¹⁴ como a jurisprudência²¹⁵ pátrias ainda mantêm a aplicação dos critérios habituais de solução de antinomias ao caso do conflito entre tratados internacionais e leis internas. Essa solução é aplicada em se

211. V. VANDER ELST, Raymond. Antinomies en droit international privé, in *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1965, p. 140.

212. Para um estudo do conflito entre tratados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 236-239. Sobre o tema, v. ainda SALMON, Jean, Les antinomies en droit international public, cit., pp. 285-314.

213. A respeito do tema, v. DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 42-47. Para um paralelo entre o direito internacional privado e o direito internacional público e a necessidade de seu entendimento conjunto, v. JAYME, Erik, Droit international privé et droit international public: utilité et nécessité de leur enseignement dans un cours unique, in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 67, Tome II, Paris (1998), pp. 99-109.

214. Cf., por tudo, FRAGA, Mirtô, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno...*, cit., pp. 43-128. Na órbita tributária, aplicando também os critérios tradicionais de solução de antinomias ao caso dos conflitos entre os tratados em matéria tributária e as normas de direito interno, v. ROCHA, Sérgio André, *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro: o caso das convenções para evitar a dupla tributação da renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 106-117, sem qualquer desdobramento sobre um possível diálogo entre as fontes internacionais e internas no que tange ao tema principal (dupla tributação da renda) proposto pelo texto.

215. V. STF, 1ª T., HC 75.306-0/RJ, 19.08.1997, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 12.09.1997, p. 43.715; HC 74.381-1, DJU de 26.09.1997, p. 47.476; 70.718-11; 74.739-6; 74.473-7; e 70.718-1; e também os RE 201.820-1; 179.991-9; e 199.782-6.

tratando de conflito entre tratados comuns e leis internas e de conflito entre tratados de direitos humanos e leis internas, indistintamente. A doutrina que versa o assunto não faz qualquer diferenciação entre tratados comuns e tratados de direitos humanos,²¹⁶ diferenciação essa que entendemos fundamental.

O entendimento teórico que ainda existe no Brasil, relativamente às antinomias de direito interno-internacional (o qual ainda aplica o modelo “uma *ou* outra” norma, ao invés do modelo normativo “uma *e* outra” norma²¹⁷), é fruto de uma jurisprudência arraigada a dogmas notadamente voluntaristas e ao conceito de soberania absoluta, que não resolvem o problema inter-relacional (da ordem interna com a internacional) quando a *quaestio juris* está a envolver o tema dos “direitos humanos” e dos “direitos fundamentais”. Mesmo a doutrina que aceita o *status* hierárquico diferenciado dos tratados de direitos humanos (notadamente depois da Emenda nº 45/2004) ainda titubeia na resposta sobre *como resolver* as antinomias entre a norma internacional (de direitos humanos) incorporada ao direito interno e o texto constitucional (original ou reformado) em vigor.²¹⁸

Ruggiero já lecionava, no início da década de 1930, que os limites naturais fixados à eficácia dos preceitos jurídicos (notadamente em decorrência do fato de tais preceitos terem sua esfera normal de aplicação “dada por um lado pelo território o qual impera a autoridade soberana que a dita, e por outro pelo tempo que vai da sua formação até à cessação da sua virtude normativa”) não podem ser tidos como *absolutos*, pois exigem “as necessidades das relações internacionais que as relações formadas num Estado sejam às vezes disciplinadas pelas normas de outro, e as da vida interna que as relações constituídas sob o

216. Nenhuma palavra sequer a esse respeito em DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 47-48; e em FRAGA, Mirtô, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno...*, cit., pp. 33-46.

217. Mesmo depois da *Reforma do Judiciário* e da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição.

218. Vários autores que versaram o assunto não responderam à indagação formulada. V., assim, BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno, in MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto & PEREIRA, Antonio Celso Alves, *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 205-208.

império de um preceito se aplique retroativamente um preceito posterior, além de que a complexidade dos elementos de que se constituem todas as relações não permite sempre aplicar a cada um a norma do lugar ou do tempo em que surgiu, devendo ter-se em conta o lugar ou o tempo em que ele se torne perfeito ou deva produzir os seus efeitos”.²¹⁹

Não são poucos os autores que entendem que “em casos de incompatibilidade entre lei e tratado, devem ser aplicadas regras de solução das antinomias jurídicas entre normas do mesmo nível, *prevalecendo a norma mais nova*, pelo menos quando estabelece expressamente a modificação da anterior” [grifo nosso].²²⁰ Perceba-se ainda a opinião (bem mais antiga) de Ruggiero, que mesmo sem nominar expressamente o critério exposto de “cronológico” leciona que o mesmo “é determinado pela entrada em vigor de uma regra diversa e oposta, seja uma norma nova que se substitui à primeira, seja uma norma já existente que pela cessação daquela a substitua, atraindo a si as relações que a norma caduca governava”.²²¹

Por outro lado, as normas convencionais – assim como diversos textos constitucionais contemporâneos – nada dizem sobre *como proceder* o aplicador do Direito em caso de antinomias entre os seus postulados e aqueles provenientes do Direito interno. Daí entender Tércio Sampaio Ferraz Jr. que, no que diz respeito às antinomias entre Direito Internacional e Direito interno, “a questão resume-se no problema das relações entre dois sistemas, na prevalência de um sobre o outro ou em sua coordenação”, sendo certo que em função desse problema “também aqui se coloca a questão de se saber se a primeira condição das antinomias (complementaridade) é ou não satisfeita”, e por isso “as regras de

219.RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 165 (a grafia do texto foi atualizada).

220.DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 46. No mesmo sentido, v. BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 33.

221.RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 166.

solução das antinomias confundem-se com os próprios princípios que nos permitem reconhecer a existência de uma antinomia”.²²²

No campo específico do Direito Constitucional, muitos autores têm procurado resolver tais conflitos (entre direitos fundamentais, particularmente) aplicando a técnica da *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses*,²²³ conhecida no direito norte-americano por *balancing*. De fato, não são poucos os conflitos existentes entre duas (ou mais) normas constitucionais, a exemplo da antinomia clássica “direito à liberdade de expressão *versus* direito à honra”,²²⁴ o qual está a envolver uma disputa entre dois *valores* em jogo. Tem-se, neste caso, um conflito *axiológico* ou uma disputa entre opções políticas, diferentemente do que habitualmente resolvem os tradicionais critérios de solução de antinomias, que não saem do plano dos conflitos *lógicos* entre enunciados normativos.²²⁵ A doutrina constitucionalista tem apontado – também como estamos a fazer neste estudo – que os critérios tradicionais de solução de antinomias não são mais hábeis à resolução daqueles conflitos que envolvem “valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo ou dos princípios por ela previstos em particular”.²²⁶ Desta sorte, no campo constitucional, eventuais

222. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 214. Ainda segundo este jus-filósofo: “Em geral, se o juízo que decide o conflito é internacional, a jurisprudência consagra a superioridade de norma internacional sobre a interna. Se o juízo é interno, temos diferentes soluções. A primeira reconhece a autoridade relativa do tratado e de outras fontes na ordem interna, entendendo-se que, em geral, o legislador interno não quer ou não quis violar o tratado, salvo os casos em que o faça claramente, caso em que a lei interna prevalecerá a segunda reconhece a superioridade do tratado sobre a lei mais recente em data. A terceira também reconhece essa superioridade, mas liga-a a um controle jurisdicional da constitucionalidade da lei”. (Idem, pp. 214-215).

223. V. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., pp. 123-136; para as críticas à ponderação e sua refutação, cf. pp. 137-146. V., também, BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., especialmente pp. 91-155.

224. Sobre o assunto, v. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., pp. 77-78; pp. 98-99; e ainda (especialmente, para uma análise dos modelos atuais de ponderação, aplicados à resolução da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra) pp. 148-159, respectivamente.

225. V. BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., pp. 33-34.

226. BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 34. V. ainda, BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de, O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos*

conflitos existentes entre “duas normas constitucionais” têm sido resolvidos atribuindo-se prevalência ao interesse (*valor*²²⁷) maior em conflito, dentro de uma ótica proporcional e com uma ponderação²²⁸ (*Abwägung*) coerente dos interesses envolvidos.

Pela técnica da ponderação, todos os direitos “devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo, próprio para as decisões dos *casos difíceis*,^[229] segundo o positivismo”.²³⁰ Perceba-se que o positivismo não resolve tais casos, vez que os deixa “ao arbítrio do julgador”.²³¹⁻²³² A doutrina da ponderação parte da idéia de que, por não existir “um critério abstrato que imponha a supremacia de um [princípio] sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”, não podendo o legislador, “arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional”, não havendo também “superioridade formal de nenhum dos

fundamentais e relações privadas, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 345-346; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 215-295.

227. Sobre o *valor* no direito e na teoria da norma jurídica, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., pp. 18-25; e ainda BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico*, cit., pp. 136-137. Sobre o conceito de valor, v. especialmente, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 147-153.

228. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 216, nestes termos: “É certo, também, que não há nada na ordem constitucional que aponte no sentido da impossibilidade de recorrer à ponderação. Ao contrário, a necessidade de sopesar bens é inferida do sistema sempre que as normas constitucionais entram em tensão, por incidirem sobre a mesma situação fática, para a qual estabelecem soluções diversas. Já não se discute que, na prática constitucional, há inúmeros casos nos quais a determinação da norma aplicável revela-se controvertida, pois, não raro, os fatos em análise podem aparentemente ser subsumidos a mais de um comando normativo, os quais indicam soluções distintas e conflitantes para o problema”.

229. O termo é de Ronald Dworkin, empregado no seu *Taking rights seriously*.

230. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., p. 105.

231. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Idem*, *ibidem*.

232. V., por exemplo, BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 97-105, que admite a “insuficiência” dos critérios tradicionais.

princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada”.²³³

Mas os autores que se dedicaram ao estudo do tema na órbita do direito constitucional deixam claro que a *ponderação* é por eles entendida como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou *opções políticas* em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” [grifos nossos].²³⁴

No campo do Direito Internacional Público em geral e, particularmente, no do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não se escuta falar nesse sistema (técnicas da proporcionalidade e da ponderação) de que se utiliza o Direito Constitucional e seus cultores, o que também não significa que a sua aplicação esteja excluída no plano do Direito Internacional Público em geral. Nesse sentido, Agustín Gordillo bem explica que razão, racionalidade, proporcionalidade, conformidade entre os meios e os fins, dentre outros, ainda que expressos diferentemente entre os diversos sistemas legais, são velhos princípios de direito e universalmente válidos.²³⁵ Poder-se-ia objetar, contudo, que na seara constitucional a proporcionalidade e a ponderação encontram melhor fundamento, por se tratar de conflitos entre *duas normas* produzidas pela *mesma autoridade* e que estão dentro de um *mesmo texto*, não sendo obviamente o caso das antinomias entre a ordem internacional e a interna, em que o conjunto normativo em atrito provém de autoridades formal e materialmente distintas, parte emanando do ordenamento internacional e parte da ordem jurídica interna.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso, quando escreve sobre os conflitos entre os tratados internacionais e a Constituição, em nenhum momento se utiliza da técnica da ponderação.²³⁶ Depois de colacionar certa jurisprudência estrangeira sobre o tema, conclui pela prevalência do texto constitucional sobre os

233. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, p. 330.

234. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 23.

235. GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*, cit., p. 21.

236. V., por tudo, BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., pp. 15-33.

tratados *anteriores* e *posteriores* à Constituição, aceitando o “monólogo normativo” em seu raciocínio, ou seja, a *exclusão* de uma norma (no caso, a internacional) pela outra (a constitucional).²³⁷ Sua conclusão é genérica e deixa entrever que vale tanto para os tratados comuns quanto para os tratados de direitos humanos, uma vez que nenhuma diferenciação é feita quanto a estes dois tipos de tratados. Para Barroso, se o tratado foi celebrado em momento *posterior* à Constituição, tanto do ponto de vista formal (extrínseco) quanto material (extrínseco) ele “é *inválido* e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário”; se o tratado já está em vigor no país *anteriormente* ao advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, “será tido como *ineficaz*, se for com ele incompatível” [grifos nossos].²³⁸ Pode-se dizer que prevalece para o referido autor, em ambos os casos, o *monólogo* normativo,²³⁹ sem espaço para qualquer interpretação dialógica das relações entre o direito internacional e o direito interno.

O mesmo autor, em trabalho mais recente,²⁴⁰ acrescenta às suas considerações anteriores o fato de um tratado de direitos humanos poder ser aprovado com equivalência de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, caso em que “dará ensejo à produção de três efeitos diferenciados: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o art. 5º, § 3º da CF, prevalecerá sempre o tratado, em razão de sua equivalência com as emendas constitucionais (e independentemente do critério cronológico) [perceba-se aqui também o “monólogo”, na dicção “prevalecerá *sempre* o tratado”]; perceba-se ainda que o autor versa apenas o caso do conflito “entre *lei* e tratado de direitos humanos”,

237. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 33.

238. BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, *ibidem*.

239. Para críticas ao monólogo normativo, v. MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 88-89.

240. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*, pp. 205-208.

sem qualquer referência ao conflito do tratado com a Constituição]; b) os tratados de direitos humanos incorporados de acordo com o art. 5º, § 3º [da] CF podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o chamado ‘bloco de constitucionalidade’; c) tais tratados não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, por força do art. 60, § 4º da CF”.²⁴¹ Nenhuma palavra diz o autor sobre as antinomias entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, tendo feito referência – como já se disse – apenas ao “conflito entre lei e tratado de direitos humanos”.

A superação dos obstáculos colocados pelo direito interno (e, na maioria das vezes, pelas próprias decisões judiciais) quando da aplicação de uma norma internacional terá lugar quando forem estabelecidos parâmetros ao diálogo do direito internacional com o direito interno (v. o Capítulo II, Seção I, §§ 1º e 2º). Mas mesmo o estabelecimento de parâmetros – ou a visualização dos *diálogos possíveis* entre o direito internacional e o direito interno – não será suficiente se os mesmos não forem direcionados a um objeto (assunto) específico versado pelas duas ordens. O *objeto* de que se cuida neste estudo são os *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais, e não outro tema alheio a essa relação direta Estado-indivíduo (v.g., comércio, cooperação internacional, etc.).

Tem-se que a questão das antinomias entre direitos humanos (fontes *internacionais*) e direitos fundamentais (fontes *internas*) é ainda mais complexa que as que se fazem presentes entre duas fontes *internacionais* de produção (v.g., como é o caso das antinomias entre normas do comércio internacional, notadamente no âmbito da OMC) ou entre duas fontes de produção *internas*. Tal se dá pelo fato de o direito internacional dos direitos humanos (a integrar-se no plano do direito interno pela ratificação governamental dos instrumentos respectivo) ser dotado de um *corpus juris* de normas de proteção especiais, que não se subsumem às relações recíprocas entre os Estados,²⁴² mas que dizem

241. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno, cit., p. 207.

242. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, pp. 210-218.

respeito às relações entre os Estados e aqueles (independentemente de sua nacionalidade) que se encontram em seu território.

§ 2º - A ineficácia dos métodos tradicionais de solução de antinomias nos casos de conflitos de normas (internacionais e internas) de proteção de direitos humanos

Questiona-se se os critérios tradicionais de solução de antinomias são eficazes para resolver, com justiça, os conflitos entre normas internacionais e internas de proteção dos direitos humanos. Este estudo não questiona as antinomias entre normas de direito interno (como as existentes entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, objeto dos estudos de Claudia Lima Marques²⁴³) ou entre normas de direito internacional entre si (como ocorre relativamente à Organização Mundial do Comércio e outras normas de direito internacional, como as de preservação do meio ambiente ou de direitos humanos, tema objeto do estudo de Alberto do Amaral Júnior²⁴⁴). Tratar-se-á de estudar aqui as antinomias de direito interno-internacional relativas a direitos humanos. Esse estudo também não questiona – não obstante ser possível fazê-lo – a aplicação dos critérios acima estudados para a superação das antinomias entre normas *comuns* de direito interno-internacional, tema já amplamente estudado pela doutrina internacionalista. A dúvida que esta Tese coloca diz respeito à efetividade da aplicação dos critérios *hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade* quando as normas (internacionais e internas) conflitantes têm a característica comum de proteger seres humanos.

É certo que os três critérios tradicionais acima referidos ainda têm sido capazes de resolver grande parte dos problemas atinentes aos conflitos de normas, quer infraconstitucionais, quer constitucionais. Os autores que estudaram a

243. V. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, cit., pp. 34-67; e MARQUES, Claudia Lima (*et all*), *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2006, pp. 26-58.

244. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 212-276.

técnica da *ponderação* também reconhecem a utilidade de tais critérios.²⁴⁵ Mas ninguém discute que eles são insuficientes para resolver vários problemas jurídicos e diversos tipos de antinomias. Como destaca Ana Paula de Barcellos, os elementos de interpretação tradicionais operam “sob a lógica da subsunção, que continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito”, sendo certo que as “técnicas tradicionais de solução de antinomia e a aplicação dos elementos sistemático e teleológico, dentro outras fórmulas hermenêuticas, pretendem exatamente superar a antinomia, afastar a incidência de outras possibilidades normativas e isolar uma única premissa maior, para que a subsunção possa ter início”.²⁴⁶ Assim, a distinção metodológica entre a ponderação e os métodos tradicionais de solução de antinomias consiste em que “a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não por possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”, o que ocorre “quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias”.²⁴⁷

Ocorre que, no contexto antinômico entre a ordem internacional e a interna, não se vislumbram premissas de *mesma hierarquia* a indicarem soluções diversas e contraditórias, embora sejam igualmente válidas e vigentes. Daí podermos repetir aqui o que já dissemos páginas atrás (*v. supra*), no sentido de encontrar a técnica da ponderação melhor fundamento na seara constitucional, onde as antinomias ocorrem entre *duas normas* produzidas pela *mesma autoridade* e que compõem um *mesmo texto*, diferentemente dos conflitos normativos existentes entre a ordem internacional e a interna, onde o conjunto normativo em atrito provém de autoridades formal e materialmente diversas.

Ademais, a nossa preocupação não está voltada à discussão da utilidade dos métodos tradicionais de solução de antinomias senão para assuntos que envolvam o tema “direitos humanos”. A nossa indagação é se tais métodos são

245. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., pp. 28-29.

246. BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, pp. 30-31.

247. BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, pp. 31-32.

suficientes para a resolução dos conflitos normativos entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno.

O certo é que a própria doutrina que aceita a aplicação dos critérios tradicionais para a solução dos conflitos normativos e das antinomias de segundo grau admite existir “casos em que se tem *lacuna das regras de resolução* desses conflitos”, quando então “se poderá afirmar, sob o prisma lingüístico, que a linguagem dos critérios de resolução de conflitos, além de inconsistente, é incompleta”.²⁴⁸ Ao admitir essa incompletude dos meios de solução de antinomias jurídicas, a doutrina (seguidora do positivismo kelseniano) tem sugerido que a supressão do conflito normativo seja feita por meio da edição norma derogatória, “que opte por uma das normas antinômicas, ou resolvido pelo emprego de uma *interpretação corretivo-eqüitativa* ou *correção*”.²⁴⁹ Assim, a solução para a antinomia normativa (também genericamente aplicável às relações entre o direito internacional e o direito interno) é encontrada, ainda quando se pode aplicar (judicialmente) ao caso a interpretação corretivo-eqüitativa, pela *anulação* ou *derrogação da validade* de uma das normas antagônicas realizada por *outra* norma (*terceira norma*), a estabelecer que, em caso de conflito, apenas uma das duas normas antinômicas anteriores (ou ambas) perde a validade.²⁵⁰

Bobbio também admite a insuficiência dos métodos tradicionais de solução de antinomias em duas hipóteses: 1) quando há um conflito entre os próprios critérios, no sentido de que a uma mesma antinomia se possa aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diverso; e 2) quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios.²⁵¹ No primeiro caso (1) teríamos ou (a) um conflito entre o critério hierárquico e o cronológico (quando a norma anterior

248. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 53.

249. DINIZ, Maria Helena. *Idem*, *ibidem*,

250. V. DINIZ, Maria Helena. *Idem*, pp. 53-54. Veja-se a citação de Kelsen (cf. DINIZ, *Idem*, p. 54, nota nº 1) que procura examinar a natureza da norma derogatória no trabalho “Derogation”, in *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (Ralph A. Newman, Ed.), New York, 1962, pp. 339-355.

251. V., por tudo, BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 205-207; e ainda BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 97-105.

é hierarquicamente superior à norma posterior, caso em que deve prevalecer – segundo Bobbio – o critério *hierárquico*), ou (b) entre o critério da especialidade e o cronológico (quando uma norma precedente especial é antinômica em relação a uma norma sucessiva geral, caso em que, para Bobbio, a prevalência deve ser da norma *especial*), ou ainda (c) entre o hierárquico e o da especialidade (quando uma norma geral de grau superior contradiz outra especial de grau inferior).²⁵² Este último caso é o mais difícil de se resolver, pois a antinomia de dá entre dois critérios *fortes* (o hierárquico e o da especialidade), caso em que Bobbio recorre subsidiariamente ao critério *cronológico* como meio subsidiário para estabelecer a prevalência de um ou outro dos dois critérios fortes. Assim: “prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério de especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a posterior. Em outros termos, uma norma superior geral precedente cede diante de uma norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com uma norma inferior especial precedente”.²⁵³ No segundo caso (2) teríamos a *inaplicabilidade dos três critérios*, quando há duas normas antinômicas que são *contemporâneas, paritárias e gerais* (v.g., duas normas gerais contidas num mesmo código), caso em que – ainda para Bobbio – deve-se recorrer a um outro critério: a prevalência da *lex favorabilis* (aquela que estabelece uma permissão) sobre a *lex odiosa* (que estabelece um imperativo ou proibição), posto que “se parte do pressuposto que a situação normal do súdito é o *status libertatis* e, portanto, a norma imperativa tem natureza excepcional e, como tal, deve descer se entrar em conflito com uma norma permissiva”.²⁵⁴

Bobbio admite que a dificuldade de aplicação deste último critério – que pode servir melhor quando se trata de uma relação de *direito público*, onde se regula a situação de um cidadão frente ao Estado – reside nas relações de *direito*

252. Bobbio conclui que os critérios *hierárquico* e da *especialidade* “são critérios fortes”, enquanto o *cronológico* “é um critério fraco” (*O positivismo jurídico...*, cit., p. 206).

253. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., p. 206. Mas Bobbio admite, contudo, que se trata “de uma solução que não é partilhada por toda a doutrina, como são partilhadas as soluções para os outros dois conflitos”. (Idem, *ibidem*).

privado, quando estão em jogo direito de dois cidadãos, um frente ao outro, pois estar-se-ia criando “sempre uma vantagem a favor de um sujeito e um ônus em desfavor de um outro”.²⁵⁵ E não só isto: haveria também “um outro caso não solúvel pelo critério da *lex favorabilis*, que é aquele no qual ambas as normas são imperativas, no sentido de que uma comanda e a outra proíbe o mesmo comportamento”; neste caso “a antinomia é solúvel por outra via, de um modo bastante simples”, visto que se está “diante não de duas normas contraditórias, mas sim de duas normas contrárias. Como com esta última categoria de normas *tertium datur*, as duas normas contrárias se eliminam reciprocamente e nenhuma das duas é válida, será válida a norma resultante do *tertium*, da terceira possibilidade, vale dizer a norma que nem comanda, nem proíbe, mas permite o comportamento em questão”.²⁵⁶

Perceba-se que essa construção positivista não admite a coexistência de duas normas antinômicas, tampouco que sejam aplicadas conjuntamente, cada qual naquilo que forem mais benéficas ao ser humano. Apenas *uma* das normas deverá prevalecer no caso concreto ou *nenhuma* delas, jamais *as duas* conjuntamente. Tal solução de moldes kelsenianos parece não visualizar a possibilidade de diálogo entre as normas jurídicas (sendo, portanto, *intransigente*), bem como a possibilidade de coexistência entre elas (sendo, assim, também *excludente*).

Maria Helena Diniz admite a incompletude dos meios (tradicionais) de solução das antinomias jurídicas, também sob o argumento de que nenhuma de tais antinomias (principalmente a *real*) poderá ser definitivamente resolvida, tanto pela interpretação corretiva²⁵⁷ ou por decisão judicial, uma vez que “estas apenas

254. V. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 206-207.

255. BOBBIO, Norberto. *Idem*, pp. 206-207.

256. BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 207.

257. Sobre a chamada *interpretação corretiva*, assim leciona Bobbio: “Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-roicante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-roicante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no

a solucionam naquele caso *sub judice*, de modo que o conflito normativo continuará a existir no âmbito das normas gerais”, lembrando também que “o *dubium* conflitivo é solucionado pelo órgão julgante, sem eliminá-lo, pois alternativas incompatíveis perduram na sua seletividade de novo objeto de decisão”. Segundo a autora, o “ato decisório apenas empreende a escolha entre as várias soluções possíveis, pondo fim ao conflito sem dissolver a antinomia, pois o caso *sub judice* por ela resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que idênticos”, concluindo competir *ao legislador* a instauração de um modelo jurídico geral, “bem como as modificações e correções de norma que atendam e satisfaçam as necessidades sociais”.²⁵⁸

Nessa ordem de idéias, as antinomias (chamadas *reais*) não passíveis de ser solucionadas pelos tradicionais *critérios*, deverão ser superadas por *lei posterior* ab-rogatória de uma das anteriores,²⁵⁹ ou que venha estabelecer um modelo jurídico geral. Ora, nada mais se fez aqui do que aplicar novamente o critério tradicional da *lex posterior derogat legi priori*. Sob esse ponto de vista, a cada antinomia real surgida necessária seria a edição de nova *lei-modelo* que superasse a antinomia anterior, o que não significa que tal lei nova não possa ser também antinômica em relação a outras e assim por diante.²⁶⁰ Por isso, admite ainda Maria Helena Diniz, que “mesmo a derrogação, consistente na edição de nova norma ab-rogando pelo menos uma das normas antagônicas, não está isenta do *periculum antinomiae*, visto que o conflito poderá reaparecer a qualquer tempo, pois a norma que suprime a antinomia poderá, por sua vez, dar origem a um novo conflito”.²⁶¹ Qual a solução então? Para essa mesma doutrina, o reconhecimento da lacuna dos critérios de resolução da antinomia não exclui “a

sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação *total* de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma norma (ou de duas)”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 103).

258. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 54.

259. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 212-213.

260. V., nesse sentido, FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 213.

261. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 55.

possibilidade de uma solução efetiva por meio de uma *interpretação corretivo-equitativa*”.²⁶²

Pensamos que a essa interpretação *corretivo-equitativa* poderia ser somada a atividade judicial de “escutar” o que as fontes “dizem” em seu diálogo, passa assim chegar a uma interpretação das conclusões a que essas mesmas fontes chegaram em sua “conversa”. Será missão dos juízes, assim, “coordenar essas fontes escutando o que elas dizem”, como leciona Erik Jayme.²⁶³ Perceba-se a mensagem clara de Jayme no sentido de o juiz *coordenar* as fontes heterônomas *escutando* o que elas dizem, o que parece supor que a resposta do conflito de normas provém do resultado do diálogo entre *as próprias fontes*, que serão apenas *coordenadas* pelo juiz, e não da *ideologia* do órgão julgador.²⁶⁴

Muitos autores, como Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, dão à ideologia um papel neutralizador do valor.²⁶⁵ Nesse sentido, a ideologia poderá solucionar a antinomia valorando certos valores reconhecidos, ligando-os à consciência jurídica popular e possibilitando o controle da *mens legis*.²⁶⁶ Para essa corrente de pensamento a “interpretação e aplicação da norma não constituem uma atividade passiva, mas sim ativa, pois não se deve estudar e aplicar os textos normativos ao pé da letra, mas sim em atenção à realidade social subjacente e ao valor que confere sentido a esse fato, regulando a ação para a consecução de uma finalidade, baseando-se, para tal apreciação, não em critérios

262. DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 55. A esse respeito, assim leciona Diniz: “Deveras, ante a dinamicidade do direito, será possível redimensionar novos valores, pois a norma não é um modelo abstrato oposto à realidade concreta, mas um modelo que expressa uma temporalidade própria, que se caracteriza por um renovar-se e refazer-se das soluções normativas, tendo, portanto, um caráter prospectivo, o que obrigará o aplicador a *ler* a norma sob a luz dos valores, numa oscilação contínua que vai da descoberta do discurso original à experiência valorativa e ideológica do momento atual. daí o grande papel da ideologia nos casos de antinomia” (*Idem*, p. 56).

263. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259.

264. V., em paralelo, SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de, *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*, São Paulo: RT, 1993. Cf., ainda, SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 201.

265. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973, pp. 152-153; e DINIZ, Maria Helena, *Conflito de normas*, cit., pp. 55-57.

266. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 155-158.

personais, mas nas pautas estimativas informadoras da ordem jurídico-positiva”.²⁶⁷ Para nós, não é errôneo supor que esse exercício de hermenêutica²⁶⁸ poderia ficar em segundo plano se, em momento anterior, abstraísse o órgão julgador da ideologia para “escutar” o que as fontes “dizem”, quando então poderia – aplicando-se, se assim se pudesse falar, a *livre manifestação de vontade das fontes* – resolver o conflito de normas com a solução dada pelas *próprias normas*, segundo aquilo estabelecido em seus “vasos comunicantes”, conforme estudaremos *infra*.

A idéia que motiva entender que o juiz pode deixar de lado a ideologia para escutar o que as fontes dizem, prende-se também ao fato de estar o juiz obrigado, como *longa manus* do Estado, a cumprir as normas internacionais de proteção aceitas (ratificadas) por esse mesmo Estado no plano internacional. O exercício judicante seria menos discricionário e mais objetivo quando se entende possível ao aplicador do direito coordenar soluções protetivas *já assumidas* pelo Estado no plano internacional e, porque não, também no plano do direito interno. A aplicação do resultado do diálogo seguiria a comunicação das próprias fontes – as quais, apenas nos adiantando, se comunicam entre si e resolvem (como veremos no Capítulo II) as antinomias entre elas – e também suas conclusões, impedindo que o aplicador dê ao caso uma solução, hoje, e amanhã, outra.²⁶⁹

Esse exercício do juiz em *escutar* o que dizem as fontes *coordenando-as* faz parte do “dever da coerência”, de que fala Bobbio, destinado ao aplicador do

267. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 57.

268. Sobre o tema, v. a obra coordenada por BOUCAULT, Carlos E. de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo, *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, 481p.

269. Maria Helena Diniz propõe que o juiz deva “verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto, pois somente se esses resultados concordarem com os fins e valores que inspiram a norma, em que se funda, é que ela deverá ser aplicada. Assim, se produzir efeitos contraditórios às valorações e fins conforme os quais se modela a ordem jurídica, a norma, então, não deverá ser aplicada àquele caso. De modo que entre duas normas plenamente justificáveis deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios. Na aplicação do direito deve haver flexibilidade do entendimento razoável do preceito e não a uniformidade lógica do raciocínio matemático”. (*Conflito de normas*, cit., p. 58).

direito.²⁷⁰ Tornar um sistema *coerente* é fazer excluir dele toda situação antinômica; e torná-lo *completo* é dele retirar toda situação de falta de norma regulamentadora.²⁷¹ É dever do juiz compreender a interação que existe entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno e a convergência de propósitos dessas duas ordens (internacional e interna) destinada a *melhor proteger* todo e qualquer ser humano.²⁷²

Similarmente ao que já existe em outras disciplinas (como no Direito do Trabalho, que conhece o princípio da *primazia da norma mais favorável ao trabalhador*), aqui se trata “de que a norma de direitos humanos que melhor proteja a pessoa prevaleça sobre outra de igual, inferior ou até mesmo de hierarquia superior e seja aplicada naquilo que for mais protetora do direito ou dos direitos fundamentais do ser humano”.²⁷³ Isto significa, como destaca Humberto Henderson, que “a tradicional regra da hierarquia cederia frente ao caráter mais favorável de outra norma, mesmo que de hierarquia inferior, no caso em que melhor proteja o ser humano”.²⁷⁴ Nem se diga que haveria um problema de “ilegalidade” em se aplicar uma norma *inferior* em detrimento de outra hierarquicamente *superior*, pois é a própria norma *superior* (v.g., a norma

270. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 110-111. Não é de fácil solução o problema da *coerência* no direito, no que tange à soluções de antinomias. Ilustre-se com a seguinte passagem de Bobbio: “A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 113).

271. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 116.

272. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, in ARAUJO, Nadia & BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (orgs.), *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 39.

273. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., p. 93.

274. HENDERSON, Humberto. Idem, *ibídem*.

convencional em causa, na sua “cláusula de diálogo”; ou até mesmo a norma constitucional, como o art. 4^a, inc. II, da Constituição brasileira de 1988, que expressamente consagra o princípio internacional *pro homine*) que exige a aplicação da norma mais favorável ao ser humano. Tal pode se dar, segundo Henderson, “entre duas normas de fonte internacional ou uma norma internacional com uma nacional, em virtude do que consagram os próprios tratados internacionais de direitos humanos”.²⁷⁵

Dois são os motivos pelos quais, em se tratando de direitos humanos ou fundamentais, o juiz deverá escutar a conversa das fontes. Em primeiro lugar, porque os tratados de direitos humanos têm uma especial força normativa, por protegerem direitos cujo peso valorativo é maior que em outros campos.²⁷⁶ Em segundo lugar, pelo fato de os tratados de direitos humanos trazerem consigo (em seu próprio texto) certos “vasos comunicantes” que fazem a ponte entre a garantia da proteção internacional e a interna, a exemplo do art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, abaixo analisado.

Assim, é premente que se estude, em primeiro lugar, essa especial força normativa dos tratados direitos humanos para, num segundo momento, compreender o funcionamento dos ditos “vasos comunicantes” presentes nesses mesmos tratados internacionais.

275. HENDERSON, Humberto. *Idem*, *ibidem*.

276. Sobre esse *peso* valorativo (e abstrato) dos princípios, assim leciona a melhor doutrina, no que tange ao direito constitucional: “O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter ‘pesos abstratos’ diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser *ponderados*. Há de se levar em conta, igualmente, o *grau de interferência* sobre o direito pretendido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., pp. 275-276).

A – Os tratados internacionais de direitos humanos e sua especial força normativa

Já se falou alhures que o novo Estado Constitucional e Humanista de Direito tem como característica mais marcante a *pluralidade de fontes normativas*.²⁷⁷ Tal pluralidade de fontes de faz presente tanto no contexto interno como no contexto internacional, tornando-se ainda maior e mais proeminente quando ambos os contextos (o interno e o internacional) se conjugam em prol da salvaguarda dos direitos da pessoa humana. É nítida, portanto, a crescente “internacionalização do direito” e a aparição conjunta de diferentes fontes supranacionais.²⁷⁸ Ainda que a igualdade postulada pelas convenções internacionais (notadamente as da ONU) seja realmente não tão real, ao menos se pode dizer que “ela existe *de jure* em quase todos os países”.²⁷⁹ Não é o objeto dessa investigação discutir da *eficácia* dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no plano (político) interno dos Estados-partes. O que se pretende aqui frisar é que os direitos humanos encontram proteção em diversos contextos (*sistemas de proteção*) e em diversos instrumentos (*mecanismos de proteção*). Portanto, os direitos humanos, na pós-modernidade, têm proteção *plural*. E onde há pluralidade há *conflitos*. Assim, a existência dessa diversidade de fontes normativas está a requerer soluções para os conflitos advindos das suas relações entre si.

A proposta de Erik Jayme – não obstante ter sido formulada relativamente ao Direito Internacional *Privado* – é no sentido de que as fontes do direito sejam *coordenadas*, ao invés da exclusão de uma em detrimento da outra.²⁸⁰ Tal concepção aplica-se perfeitamente aos tratados internacionais de

277.V., por tudo, JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 60-61; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 15-17; CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., pp. 131-134; e GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., pp. 25-50.

278.Cf., sobre tais fontes, GORDILLO, Agustín, *Une introduction au droit*, cit., pp. 119-124.

279.LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos na pós-modernidade*, cit., p. 12.

280.JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 60-61.

direitos humanos, os quais já contêm cláusulas de comunicação (*vasos comunicantes*) de regras mais protetoras, garantindo a aplicação da norma *mais benéfica* ao ser humanos, em atenção ao princípio internacional *pro homine*. Em outras palavras, os tratados de direitos humanos têm uma *especial força normativa*, que deve ser levada em consideração – notadamente pelo Judiciário, no ponto que ora nos interessa – quando da coordenação do “diálogo das fontes” no julgamento de um caso concreto.

Frise-se, por oportuno, que o princípio da norma mais favorável (*pro homine*) é reconhecido pela melhor doutrina.²⁸¹ Por meio dele, ao se interpretar uma regra concernente a direitos humanos o intérprete/aplicador do direito deve ponderar pela aplicação da norma *mais favorável* ao ser humanos. Nestor Sagüés aponta duas variantes do princípio *pro homine*: a) a primeira é atuar como *diretriz de preferência*, que aconselha escolher, dentro das possibilidades interpretativas de uma norma, a versão mais protetora da pessoa. Esta variante se desdobra no princípio *pro libertatis*, que postula entender o preceito normativo no sentido mais propício à liberdade em jogo; e b) a segunda é servir como *diretriz judicial* que permita ao julgador aplicar a norma mais favorável à pessoa (seja a jurisdição nacional, seja a supranacional) independentemente do seu nível hierárquico. Para Sagüés isto “pode implicar um sério golpe à alegoria kelseniana da pirâmide jurídica”, uma vez que se a Constituição garantir um direito também garantido de forma mais ampla pela legislação infraconstitucional, esta última é que deverá prevalecer de acordo com o princípio *pro homine*.²⁸²

No plano do Direito dos Tratados, o próprio art. 31, § 1º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) está a reafirmar a operacionalidade do princípio internacional *pro homine*, quando dispõe que um tratado “deve ser

281. V. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, MANCHEGO, José F. Palomino & CARBONELL, José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 36-37.

282. SAGÜÉS, Néstor P. *Idem*, p. 37.

interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” [grifo nosso].²⁸³

Como destaca Erik Jayme, o princípio da norma mais favorável (*la loi la plus favorable*) faz com que o tratado ceda à lei nacional, caso esta seja mais benéfica que aquele no caso concreto.²⁸⁴ No que tange à Convenção Americana, este princípio já é parte integrante do seu texto (art. 29, alínea *b*) e objeto próprio de sua interpretação. À medida que os tratados de direitos humanos (v.g., a citada Convenção Americana) se *internalizam* no direito estatal, suas regras de interpretação (v.g., o citado art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana) também se incorporam – e, por serem tratados de direitos humanos, esta incorporação se dá com *status* de norma constitucional²⁸⁵ – ao arcabouço normativo doméstico, transformando-se *ipso jure* em regra imediatamente aplicável.²⁸⁶

Em primeiro lugar, é importante atentar que as leis internas, os textos constitucionais e os tratados internacionais são fontes jurídicas heterônomas, que

283. Para um estudo desta regra, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 209-211.

284. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 83 e 121-122.

285. Nesse sentido, v. o Voto-vista do Min. Celso de Mello do STF, no HC 87.585-8 do Tocantins, de 12.03.08, p. 19. Sobre o entendimento expresso neste Voto, v. o Capítulo II, Seção II, § 2º, letra A, deste trabalho. Defendendo o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, independentemente de incorporação por aprovação congressual qualificada (pelo art. 5º, § 3º da Constituição), v. especialmente MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 682-702; PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 51-80; e LAFER, Celso, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005, pp. 16-18.

286. No sistema regional europeu, veja-se discussão análoga em face da Convenção Européia dos Direitos Humanos. A propósito, assim leciona Maurizio de Stefano com relação ao direito italiano: “Abbiamo sempre sostenuto che l’art. 2 della Costituzione italiana, pur riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell’uomo, non ne elenca il contenuto e nessuna legge ordinaria li ha mai classificati, salvo quelle di ratifica dei trattati internazionali; questo ‘rinvio in bianco’ sicuramente alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, unitamente alla constatazione storica che ormai essa è divenuta ai sensi dell’art. 10 della Costituzione una norma consuetudinaria internazionalmente riconosciuta (a nostro sommessimo avviso) consentirebbe di affermarne la diretta ed immediata applicabilità ove dalla stessa Convenzione risultasse un trattamento individuale più favorevole alla persona, così come per l’inverso l’art. 53 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo contiene, a sua volta, la clausola di salvaguardia del trattamento individuale più favorevole previsto dalle norme interne” [grifo nosso] (STEFANO, Maurizio de. La diretta applicabilità dei diritti umani nell’ordinamento giuridico italiano, *Il Fisco*, n° 12, de 26.03.01, pp. 4.693-4.694).

não se excluem mutuamente, mas antes se complementam e se fortalecem para o fim de melhor proteger os direitos da pessoa humana. O operador jurídico, doravante, não poderá desconhecer esses três conjuntos normativos: o infraconstitucional (as leis), o constitucional (o texto constitucional) e o internacional (os tratados internacionais), tampouco podendo ignorar (no plano *formal*) a *hierarquia* existente entre eles.²⁸⁷

A finalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é diametralmente oposta à dos tratados comuns, uma vez que não têm por missão a salvaguarda dos direitos *dos Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* às quais a esses Estados se submetem. Como destaca Cançado Trindade, “os tratados de direitos humanos, que se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial que os diferenciam dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados”.²⁸⁸ Pode-se também dizer que as obrigações contidas nos tratados de direitos humanos extrapolam os limites físicos sobre os quais se assenta a “soberania estatal”, para ir além das fronteiras estatais e atingir toda a sociedade internacional de forma *erga omnes*.²⁸⁹ Já dizia Ruggiero, no início da década de 1930, que é facilmente compreensível “como uma tão rigorosa aplicação do conceito de soberania seria um obstáculo às relações internacionais, que constituem uma parte tão importante da própria existência dos Estados, no desenvolvimento atual da sociedade, e dificultaria a justiça, dando o mesmo tratamento a pessoas e relações sujeitas a normas completamente diversas”.²⁹⁰

No caso *Cafés La Virginia* de 1994, a Corte Suprema argentina deixou bem consignado que, na interpretação dos tratados de direitos humanos, o

287. É a lição de GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 25.

288. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., p. 10.

289. V. KANT, Immanuel. *Projet de Paix Perpetuelle*, cit., pp. 26-29.

290. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. 1, cit., p. 166.

princípio de boa-fé não autoriza sustentar que um tratado cria tão-somente obrigações *éticas* e não *jurídicas*, e que, em consequência, “a aplicação pelo governo argentino de uma lei interna que viole um tratado, viola o princípio da supremacia dos tratados sobre as leis internas”, além do fato de constituir uma “violação de uma obrigação internacional”.²⁹¹

Sobre a força normativa e o caráter especial dos tratados de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na *Opinião Consultiva n° 2*, de 24 de setembro 1982, assim se expressou:

“A Corte deve enfatizar que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e em especial, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de uma troca recíproca, para o benefício mútuo dos Estados-contratantes. Seu objeto e sua finalidade são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto perante seu próprio Estado quanto perante os outros Estados-contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados submetem-se a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações não somente em relação com os outros Estados, mas perante os indivíduos sob sua jurisdição. Uma vez aceita a primazia das obrigações do Estado relativas às normas internacionais de direitos humanos, o Poder Executivo tem o dever de respeitar os direitos e liberdades fundamentais da pessoa. Sua obrigação, na realidade, é de predominante caráter negativo, já que o dever consiste em se abster de todo ato que fira esses direitos e liberdades”.²⁹²

Em outras palavras, o que pretendeu dizer a Corte Interamericana é que os tratados internacionais de direitos humanos visualizam o papel do Estado sempre sob a ótica *ex parte populi* (ou seja, tendo como ponto de partida os

291. V. GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*, cit., p. 128. Para um estudo do impacto dos tratados de direitos humanos no direito interno argentino, v. ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto & COURTIS, Christian (orgs.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, 1006p.

292. CIDH, *Opinião Consultiva OC-2/82* de 24 de setembro de 1982, Série A, n° 2: *O Efeito das Reservas a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75)*, parágrafo 29.

interesses *da pessoa*) e não sob a ótica *ex parte principis* (que leva em consideração apenas os interesses *do governo*).²⁹³ Daí se entender que o *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos, que se consubstancia nos tratados internacionais de proteção, tem natureza jurídica *objetiva*,²⁹⁴ justamente por não salvaguardar as relações recíprocas *entre Estados*, mas as relações dos Estados *com as pessoas (físicas) presentes em seu território e sujeitas à sua jurisdição*, tenham ou não vínculo de nacionalidade com eles.

Esta natureza *objetiva* da proteção internacional dos direitos humanos²⁹⁵ e dos seus respectivos tratados requer novos métodos de harmonização entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, ante a ineficácia dos critérios tradicionais de solução de antinomias. O problema é que muitos tribunais locais parecem ainda não compreender o funcionamento e o *telos* da proteção internacional dos direitos humanos, criando um problema gnoseológico (ou seja, de conhecimento) a ser resolvido.²⁹⁶

293. Cf. LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994, pp. 43-44.

294. Sobre a natureza *objetiva* da proteção internacional dos direitos humanos, v. RAMOS, André de Carvalho, *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 25-35.

295. V., sobre o tema, LAUTERPACHT, H., *The international protection of human rights*, cit., pp. 1-108; e GOLSONG, H., *Implementation of international protection of human rights*, cit., pp. 1-151.

296. Cf. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 47. O problema da *desinformação* do Judiciário, relativamente ao papel do direito internacional dos direitos humanos, é assim colocado por Sagüés: “En Latinoamérica, por ejemplo, la mayoría de los actuales jueces no há recibido *formación* ni *información* universitaria adecuada y suficiente acerca del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho comunitario ni de los procesos de regionalización. Incluso en países que han conferido rango constitucional a ciertos convenios sobre derechos humanos, tal desinformación es aguda, y naturalmente preocupante, ya que muchos tribunales locales pueden sentenciar ignorando u omitiendo la aplicación de reglas internacionales con idéntico valor que la Constitución local. Y a ello se agrega que las sentencias, opiniones consultivas o dictámenes de los órganos de la jurisdicción supranacional tampoco cuentan, en los países involucrados por tales pronunciamientos, con una difusión conveniente y actualizada” (Idem, *ibidem*). Sagüés também elenca como fatores impeditivos da boa aplicação do direito internacional dos direitos humanos no plano interno o *rechaço* – consciente ou subconsciente – dos juízes às regras internacionais de direitos humanos (à medida que tais juízes seguem “decidiendo los casos conforme a las reglas nacionales preexistentes, sin tomarse el trabajo de asimilar todo el aparato normativo nuevo, de fuente internacional”), e a *desnaturalização* (ou *desfiguração*) das normas internacionais de proteção por “incomprensión del texto

Em alguns países latinos – notadamente na Argentina – uma nova construção jurisprudencial já começa a aparecer nesse sentido. Ao invés de negar o problema e entender que a jurisdição internacional não é apta para regular questão a ser decidida pela ordem jurídica interna, a Corte Suprema de Justiça argentina, nos casos *Ekmekdjian c. Sofóvich* e *Girolodi*, decidiu que “a interpretação que faça dos direitos humanos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ‘deve servir de guia’ aos tribunais argentinos”, tendo ainda, no caso *Bramajo*, estendido “essa diretriz à interpretação que realize a Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, como explica Nestor Sagüés.²⁹⁷ Ainda segundo este jurista, os fundamentos dessa nova construção jurisprudencial “partem, indiretamente, do reconhecimento de uma possível maior qualidade, hierarquia e imparcialidade dos critérios da jurisdição supranacional sobre a nacional, no que tange à interpretação dos direitos humanos, e talvez – também – de motivos de economia processual, já que pode conjecturar-se que se um tribunal nacional se afasta do entendimento dado em um caso anterior pela Corte Interamericana a um direito enunciado no Pacto de San José da Costa Rica, o afetado poderia provocar, subindo a escada processual do caso, a invalidade da sentença local”.²⁹⁸

Talvez seja nesta seara que o direito argentino tenha experimentado sua maior modificação nestes últimos anos. Com a reforma da Constituição argentina em 1994, os tratados de direitos humanos passaram naquele país a deter o *status* de norma constitucional formal (o que no Brasil só é possível aprovando-se tais tratados pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição), o que levou a Suprema Corte

internacional por los jueces domésticos, no siempre dispuestos a ahondar en esas fuentes supra o internacionales, a realizar una interpretación orgánica o sistemática de esos documentos, o a impregnarse de la filosofía y del techo ideológico que los anima” (Idem, p. 49). Sobre a chamada *interpretação sistemática* do direito, v. LIMONGI FRANÇA, R., *Formas e aplicação do direito positivo*, cit., p. 48.

297. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 41. Sobre estes três casos, v. respectivamente a *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires) de 1992-C-543, de 1995-D-461 e de 1996-E-409.

298. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 44.

a seguir intensificando a jurisprudência iniciada no caso *Ekmekdjian c. Sofóvich* de 1992.²⁹⁹

Neste caso, Miguel Ángel Ekmekdjian, constitucionalista argentino e professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, havia promovido uma ação (*ação de amparo*) contra Gerardo Sofóvich, apresentador de um programa de televisão onde teria feito observações desabonadoras contra a *Virgem Maria e Jesus Cristo*. O autor da ação, considerando-se prejudicado em suas convicções religiosas, pretendeu exercer seu *direito de resposta*, tal como garantido pelo art. 14, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁰⁰ Não obstante ter perdido a ação em segunda instância, onde se entendeu ser o direito de réplica apenas possível “nas condições que estabeleça a lei” (segundo a redação do próprio art. 14, 1, da Convenção), o Sr. Ekmekdjian saiu vitorioso na Suprema Corte argentina, numa decisão apertada de cinco votos a quatro. No seu voto majoritário, a Suprema Corte daquele país analisou a condição jurídica dos tratados de direitos humanos na Argentina e sua eficácia interna, para concluir pelo *status* de supralegalidade de tais instrumentos internacionais na ordem doméstica (frise-se que o *caso Ekmekdjian c. Sofóvich* é 1992, anterior portanto à reforma constitucional argentina de 1994, que atribuiu hierarquia constitucional a vários tratados de direitos humanos, entre eles a Convenção Americana), tudo à luz do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Em suma, a Suprema Corte argentina entendeu, por maioria, que o direito de resposta pode ser exercido ainda mesmo quando a pessoa atingida pelas informações inexatas ou ofensivas não tenha sido referida expressamente pelo veículo de comunicação (os votos dissidentes foram no sentido de que o direito de resposta não poderia ser exercido se o postulante não teve seu nome diretamente envolvido na matéria em pauta).

299. *Fallos*, 315:1492 (07.07.1992).

300. Para um comentário deste dispositivo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., pp. 138-139.

Em sentido oposto, entretanto, na Europa já se decidiu que quando um tribunal internacional interpreta um direito humano proveniente de tratado, deve fazê-lo levando em consideração “as particularidades (normativas e fáticas) do país onde se apresenta o problema, e respeitando também a interpretação que desses direitos façam os tribunais locais”.³⁰¹ Em outras palavras, pretende-se *adaptar* a norma internacional de direitos humanos *ao ambiente* onde ela deva ser aplicada. Trata-se daquilo que se chamada de *doutrina da margem de apreciação nacional*, consagrada originalmente pela Corte Européia de Direitos Humanos (Estrasburgo).³⁰² Mas, como destaca Sagüés, a aplicação irrestrita da doutrina da “margem de apreciação” poderia levar ao entendimento de que “um mesmo direito humano não tenha a mesma profundidade ou extensão em todos os lugares, senão distintas modalidades e intensidades, circunstância que afetaria a universalidade desse direito e autorizaria interpretações desigualitárias do mesmo”,³⁰³ notadamente naqueles países que autorizam graves violações de direitos humanos (v.g., aqueles que ainda têm regime semi-escravocrata ou que negam à mulher a personalidade jurídica, etc).

Na nossa visão, a força normativa que têm os tratados de direitos humanos (tanto do plano global, quanto dos planos regionais) está a impedir a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional, que pretende aplicar os tratados ratificados pelo Estado, as segundo suas particularidades internas (sejam elas normativas ou fáticas). O próprio *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos é em tudo diverso dos chamados tratados *comuns*, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos *dos Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* sujeitas à jurisdição do Estado. Portanto, as obrigações contidas nos tratados internacionais de direitos humanos ultrapassam

301. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 44.

302. A propósito, cabe uma análise em MATSCHER, Franz, Quarante ans d’activités de la Cour européenne des droits de l’homme, in *Recueil des Cours*, vol. 270 (1997), pp. 237-398. V. ainda, SALVIA, Michele, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell’uomo*, Padova: CEDAM, 1992.

303. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 46.

os limites físicos sobre os quais se assenta a soberania estatal, para ir além das fronteiras estatais atingindo toda a sociedade internacional de maneira *erga omnes*.

A respeito da especial força normativa dos instrumentos internacionais de direitos humanos, assim conclui Cançado Trindade:

“Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só mediante a supervisão dos órgãos de proteção internacional, e a ação conjunta (exercício de *garantia coletiva*) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um desses Estados, ou seja, nas relações entre o poder público e os indivíduos. Trata-se, assim, de um *ordenamento jurídico de proteção*, dotado de mecanismos próprios de implementação, e inspirado por valores comuns superiores, consubstanciados no imperativo da proteção do ser humano”. (...) Entendo que, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de *ordre public* internacional se reveste de sentido inteiramente distinto, e de difícil definição, porquanto encerra valores que preexistem e são superiores às normas do direito positivo. Estamos ante uma ordem pública humanizada, ou mesmo verdadeiramente humanista, em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a prevalência dos direitos humanos”.³⁰⁴

Essa *ordem pública* internacional – de que nos fala Cançado Trindade – deve também se fazer presente quando, no plano jurídico interno, se pretende resolver as antinomias entre as normas internacionais de proteção e as normas do ordenamento interno. Por isso, justamente no intuito de evitar problemas dessa ordem é que os próprios tratados contemporâneos de direitos humanos já prevêm certos *vasos comunicantes* (ou “cláusulas de diálogo”) que interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem

resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto quando presente uma situação de antinomia.

B – A comunicação entre os direitos previstos em tratados e nas normas de direito interno: os “vasos comunicantes” entre o direito internacional e o direito interno

Depois de verificada a especial força normativa dos tratados de direitos humanos, mister analisar as *cláusulas de comunicação* previstas nesses mesmos tratados, cuja finalidade é garantir (especialmente no plano do direito interno) sua correta interpretação e aplicação judicial. Tais *cláusulas de comunicação* consubstanciam-se em verdadeiras “cláusulas de diálogo” (ou “vasos comunicantes”³⁰⁵), que interligam os tratados entre si e com as normas internas de proteção dos direitos fundamentais.

É princípio geral do Direito Internacional Público que todo Estado ao ratificar um tratado internacional assumira dupla obrigação: *a*) uma *internacional* (de respeitar e fazer com que se respeite o conteúdo normativo do tratado nas suas relações jurídicas com os outros Estados, bem como para com os seus cidadãos eventualmente atingidos pelo acordo); e *b*) outra *interna* (de não invocar disposições do seu direito interno como pretexto para descumprir aquilo que foi internacionalmente pactuado). O diálogo entre as normas de direitos humanos (sejam elas nacionais ou internacionais) garante a elas sua *coexistência* por força de “vasos comunicantes” – para falar como Luiz Flávio Gomes³⁰⁶ – encontrados tanto no texto constitucional, como nos próprios tratados internacionais de direitos humanos (os quais “conversam” com outras fontes do Direito a fim de encontrar a solução melhor para um caso de conflito de leis).

Tais vasos comunicantes existentes nas normas internacionais, a permitir a coexistência de regras aparentemente diversas, encontram suporte no

304. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, pp. 299-300.

305. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 53.

valor dos direitos humanos na pós-modernidade. Erik Jayme explica, com maestria, como vários instrumentos internacionais em matéria de direito internacional privado referem-se hoje expressamente aos direitos humanos, como a Convenção da Haia de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional,³⁰⁷ que dispõe no art. 1º, alínea *a*, que tal Convenção tem o objetivo “d’établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l’intérêt supérieur de l’enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus em droit international”.³⁰⁸ Exemplos como este refletem a tendência do direito atual de se valer da força atrativa dos direitos humanos para intentar resolver problemas que o cenário contemporâneo coloca.

A esse respeito, o professor Cançado Trindade – que pioneiramente defendeu a primazia da norma mais favorável no Brasil – assim leciona:

“No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas”.³⁰⁹

306. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, *ibidem*.

307. Sobre o tema, v. a obra de MARQUES, Claudia Lima, *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts: Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht*. Frankfurt-Berlin: Verlag für Standsamtswesen GmbH, 1997. Da mesma autora, cf. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. I., Coimbra: Almedina, 2002, pp. 263-309.

308. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., pp. 50-51. Ainda nas suas palavras: “On dispose toutefois d’un certain nombre d’instruments qui permettent le respect, même indirect, des droits fondamentaux. La formulation générale de termes juridiques est au nombre de ces instruments, et l’emploi de termes comme par exemple l’«intérêt de l’enfant» permet de voir dans l’article 1, alinéa *a*), de la Convention de La Haye sur l’adoption internationale une invitation à prendre les droits de l’homme en considération dans le traitement d’un cas concret”. (*Idem*, p. 51).

309. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*, cit., p. 43. A mesma lição é reafirmada por Cançado Trindade em outro escrito: “Neste universo conceitual, e por força do disposto nos tratados de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos, internacional e interno, mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados,

Contudo, se é certo que a força atrativa dos direitos humanos auxilia o intérprete e o aplicador do direito a dar à parte o *melhor direito* no caso concreto, não é menos certo que a previsão de respeito aos “direitos humanos e liberdades fundamentais” em diversos tratados internacionais não resolve totalmente o problema das antinomias³¹⁰ se não forem estabelecidos critérios capazes de compreender o “diálogo das fontes” e dar-lhe aplicabilidade prática.

Ao menos o primeiro passo à melhor salvaguarda dos direitos da pessoa humana já foi dado pelos próprios tratados de direitos humanos, os quais têm sempre o cuidado “de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e interna, e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno”.³¹¹ Um dos meios utilizados pelos tratados contemporâneos de direitos humanos para prevenir ou evitar os conflitos entre ambas as jurisdições reside nas chamadas “cláusulas de diálogo”, que permitem a coexistência dos sistemas internacional e interno de proteção dos direitos humanos.

Passa a ser então característica da proteção contemporânea dos direitos humanos essa confluência de valores que interliga vários direitos conectando-os entre si por meio desses “canais de comunicação” ou “vasos comunicantes”, fazendo ademais com que eles se retroalimentem³¹² e, conseqüentemente, se fortaleçam a fim de melhor proteger os direitos dos seres humanos. Tais canais comunicativos criam “um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de

prevalecendo a norma – de origem internacional ou interna – que em cada caso melhor proteja o ser humano” (Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., p. 212).

310. Veja-se o exemplo de JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 54: “Dans un autre exemple de la pratique des Etats-Unis, le demandeur, de nationalité indienne, qui avait obtenu en Angleterre un jugement faisant droit à sa demande contre une agence de presse américaine, en demanda l’exécution à New York. Cette agente de presse avait divulgué des informations qualifiées de diffamatoires par la cour anglaise. Le tribunal de New York refuse l’exécution du jugement anglais parce qu’il heurtait le principe constitutionnel américain de la libre expression (*free speech*)”. E conclui Jayme: “Ce jugement montre clairement que la référence aux droits de l’homme n’évite pas dans tous les cas la survenance de conflits de lois. Elle effectue souvent seulement leur déplacement sur un autre plan”.

311. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., p. 23.

312. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., pp. 52-53.

Direitos Humanos”,³¹³ as quais passam a compor um mesmo universo de normas dentro do sistema jurídico, não importando se tais normas são internacionais (e, neste caso, se pertencentes aos sistemas *global* ou *regionais*) ou pertencentes à ordem interna.

Exemplos claros desses referidos “vasos comunicantes” (ou “cláusulas de diálogo”) são o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 (segundo o qual os direitos expressos na Constituição *não excluem* outros decorrentes de tratados – de direitos humanos – em que a República Federativa do Brasil seja parte) e o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (segundo o qual nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”). Em outros termos, a Convenção está aqui a permitir a aplicação do direito estatal ou o direito convencional de que o Estado seja parte, independentemente da aplicação da própria Convenção. Ou seja, a própria Convenção está a admitir que as fontes do Direito não se excluem mutuamente, mas antes de complementam, podendo haver no direito interno estatal disposições *mais benéficas* que as existentes na própria Convenção Americana e que devem ser aplicadas em detrimento dela, uma vez que o que pretende a Convenção não é a sua utilização em todos os casos, mas naqueles em que a sua aplicação se faça necessária, quando não existe no plano interno ou em outros tratados ratificados pelo Estado norma protetiva para determinado caso concreto. Mas quando tal norma existe no plano do direito interno estatal (por disposições legislativas internas ou em virtude de outros instrumentos internacionais de direitos humanos em que o Estado em causa seja parte), a Convenção Americana não vê problema na aplicação desse direito interno em detrimento dela, uma vez que a regra de interpretação que nela se contém é a da *não-exclusão* de direitos, a qual, a *contrario sensu*, se transforma na regra da *inclusão* de direitos.

313. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, p. 53.

Vários outros tratados de direitos humanos também contêm aquilo que se pode chamar de “cláusulas de diálogo”, as quais expressamente consagram a interação do direito internacional dos direitos humanos e do direito interno³¹⁴ com o fim de dar prevalência à norma – de origem internacional ou interna – que em cada caso *mais proteja* o ser humano.³¹⁵

Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)³¹⁶ dispõe, no seus arts. 5(2) e 46 que:

“Art. 5º

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”.

(...)

“Art. 46. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas relativamente às matérias tratadas no presente Pacto”.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), por sua vez, assim dispõe nos arts. 5(2) e 24:

“Art. 5º

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis,

314. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights: at global and regional levels, cit., pp. 9-435.

315. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, cit., p. 212.

316. Este e os demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos abaixo citados são encontrados em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Coletânea de direito internacional*, 6ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2008.

convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”.

(...)

“Art. 24. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas, relativamente às matérias tratadas no presente Pacto”.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), no art. 1(3), assim estabelece:

“Art. 1º

(...)

3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado como afetando as disposições legais dos Estados-partes, relativas à nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular”.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), assim dispõe no art. 1º, *in fine*:

“(...) O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo”.

A mesma Convenção contra a Tortura ainda contempla uma regra complementar no art. 16(2) que assim estabelece:

“Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão”.

No mesmo diapasão dessas convenções da ONU acima citadas encontram-se várias convenções regionais interamericanas também de direitos humanos (para além da já citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Assim, os arts. 13 e 14 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), também conhecida como *Convenção de Belém do Pará*, dispõem que:

“Art. 13. Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como restrição ou limitação à legislação interna dos Estados-Partes que preveja iguais ou maiores proteções e garantias aos direitos da mulher e salvaguardas adequadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Art. 14. Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como restrição ou limitação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a outras convenções internacionais sobre a matéria que prevejam iguais ou maiores proteções relacionadas com este tema”.

Por sua vez, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), assim estabelece nos arts. 27 (*in fine*) e 32:

“Art. 27

(...) O disposto nesta Convenção não será interpretado no sentido de restringir as práticas mais favoráveis que as autoridades competentes dos Estados Partes puderem observar entre si, para os propósitos desta Convenção.

Artigo 32

Nenhuma cláusula desta Convenção será interpretada de modo a restringir outros tratados bilaterais ou multilaterais ou outros acordos subscritos pelas partes”.

Por fim, tem-se ainda a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), que dispõe no art. VII:

“Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou permitir que os Estados Partes limitem o gozo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência reconhecidos pelo Direito Internacional

consuetudinário ou pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte”.

Todas essas normas acima referidas são “cláusulas de diálogo” que comunicam o direito internacional dos direitos humanos com (a) outros instrumentos internacionais protetivos ou (b) com as legislações nacionais sobre a matéria, para além de (c) também comunicar o sistema internacional de direitos humanos com eventuais regras não escritas, a exemplo do costume internacional. Essas “cláusulas de diálogo” têm a particular relevância – diz Carlos Weis – de criar “uma regra de inteligência para os direitos estatuídos nos tratados internacionais de direitos humanos, a ordenar que a interpretação de suas prescrições deve ser a mais ampliativa possível, de modo a lhes conferir eficácia máxima”; assim, “se uma norma de direito interno definir determinado direito de maneira mais abrangente ou melhor garantir seu gozo, deve prevalecer sobre o Pacto” e, caso contrário, “prevalece a norma do tratado internacional quando esta for a que consagre de modo mais ampliado o direito fundamental”.³¹⁷

Essa *interação* entre o direito internacional dos direitos humanos com o direito estatal, no domínio de proteção presente, desvenda – segundo Cançado Trindade – duas facetas, a saber, a “internacionalização” do direito público interno (mais especificamente do Direito Constitucional), e a “constitucionalização” do direito internacional, tornando as jurisdições internacional e nacional “co-partícipes no labor de assegurar a plena vigência dos direitos humanos”; além do mais, em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno se enriquece à medida que incorpora “os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos”.³¹⁸

Frise-se, mais uma vez, que à medida que os tratados de direitos humanos se internalizam ao direito estatal, suas regras de interpretação (v.g., todas essas regras acima citadas) também se incorporam *ipso jure* – com nível de normas constitucionais – ao arcabouço normativo doméstico, passando a ser

317. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

318. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, p. 292.

imediatamente aplicáveis. Essa incorporação imediata, que internaliza os “canais de comunicação” previstos no tratado respectivo, impede a postura judicial formalista que vê na norma internacional um produto estranho à nossa legalidade e não a aplica. E não se diga que o produto convencional internalizado ao ordenamento brasileiro é hierarquicamente *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquele mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”.³¹⁹ O Judiciário, doravante, deverá entender essa simbiose entre o direito internacional e o direito interno e julgar uma causa relativa a direitos humanos de acordo com o texto constitucional *e com os tratados internacionais* sobre essa matéria ratificados e em vigor no país. Assim, como ensina Néstor Sagüés, os tribunais não mais poderão prescindir desse direito internacional na interpretação de um direito interno.³²⁰

A ratificação de um tratado de direitos humanos internaliza e transforma em norma de aplicabilidade doméstica as “cláusulas de diálogo” nele constantes. Contudo, frise-se que em caso de inexistência de tais cláusulas em eventuais tratados de direitos humanos a aplicação do princípio *pro homine* não fica afastada, por ser este princípio um princípio de hermenêutica internacional. É bom fique nítido – como lembra Humberto Henderson – que não está aqui em jogo qualquer tipo de *derrogação* ou *ab-rogação* de normas, senão de aplicabilidade e interpretação de diferentes fontes de igual ou distinta hierarquia.³²¹

O que existe aqui é um *conjunto de normas* que podem ser também aplicadas *conjuntamente* pelo juiz. Esse conjunto de normas somado, segundo

319.WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 34.

320. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 43.

321.HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., p. 93.

Luiz Flávio Gomes, conduz “a um entrelaçamento simbiótico [e, poderíamos acrescentar, *mágico...*] entre todas as normas de Direitos Humanos”. Assim, se “*formalmente* se pode descrever o Direito como uma ‘pirâmide’, *materialmente* a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra, uma se comunica com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto”.³²² Poderíamos avançar no pensamento exposto para entender que os vasos jurídicos de comunicação, presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, permitem que o órgão julgador resolva a antinomia normativa entre o direito internacional e o direito interno pela aplicação da solução oferecida pelos próprios tratados de direitos humanos, segundo a qual sempre a norma *mais benéfica* – ou, em outros termos, a norma que *mais proteja* o sujeito de direito – é que deve prevalecer no caso concreto. A eleição sobre qual norma confere mais amplitude ao direito concreto caberia menos ao aplicador e mais às próprias fontes que dialogaram e chegaram a uma conclusão sobre a aplicação de tal ou qual direito. O juiz “ouve” esse diálogo e “coordena” a vontade das fontes daí proveniente.³²³

À medida que se entende que o sistema de direitos humanos “está situado no ápice do ordenamento jurídico, e constitui a ponte de integração do direito interno ao direito internacional”,³²⁴ não é irrazoável supor que deva o juiz conhecer essa *ponte* – que intercomunica o plano interno com o plano internacional – e coordenar os interesses (*valores...*) que por meio dela transitam. O problema da coordenação desses interesses (valores) surge sobretudo quando da interpretação que deve o juiz fazer desse “material normativo empiricamente

322. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 53.

323. Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259.

324. COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, in *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 15. Destaca ainda Comparato: “O que importa, antes de mais nada, do sistema de direitos humanos, é que ele representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representando assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada ‘sociedade universal do gênero humano’” (Idem, p. 16).

constatável e do preenchimento de suas lacunas”, para falar como Alexy.³²⁵ Daí ser possível, ainda segundo Alexy, falar-se “em um ‘*problema de complementação*’. E, na medida em que para a identificação do material normativo são necessárias valorações, a esse problema soma-se o *problema da fundamentação*”,³²⁶ o qual pode ser também revelado no plano do direito internacional, em resposta à indagação sobre o porquê da obediência às normas internacionais. Ademais, sabe-se atualmente que a aplicação (*enforcement*) do direito não é mais mera *subsunção* da norma ao caso concreto, mas um processo do qual também *participa* o sujeito.³²⁷ Em outros termos, a norma não mais “se retira exclusivamente da análise do texto”, por ser também “diretamente formada por uma parte da realidade social, o âmbito normativo, que será disciplinado, ou mesmo criado, pelo programa da norma”.³²⁸

Toda essa discussão reflete na interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos. Durante muito tempo (até a mudança de posição do STF no *RE 466.343-SP*) as mais altas cortes brasileiras equipararam os tratados de direitos humanos – mais do que equivocadamente – às leis ordinárias,³²⁹ o que criava ao juiz o problema de ter que aplicar “uma *ou* outra” norma no caso de conflito de leis (*v.g.*, uma lei ordinária *ou* um tratado de direitos humanos, que era a ela – repita-se: equivocadamente – equiparado), valendo-se do princípio *lex*

325. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 36.

326. ALEXY, Robert. *Idem*, *ibidem*.

327. V. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., pp. 23-28. Segundo a lição de Bornholdt, à época da burguesia havia “uma concepção da norma jurídica como identificada com a lei, que já traria em si a solução para os diversos casos em que deveria ser aplicada, bastando um trabalho mecânico e auxiliar do intérprete, a partir dos elementos de interpretação desenvolvidos por Savigny. A escola do direito público alemão acabou por acentuar a visão mecanicista destes elementos, sem que houvesse maior espaço para a atuação do intérprete”. E continua: “O direito, assim, como a norma, eram fatos, estudados apenas de modo formal, e independentemente das demais ciências, naturais ou sociais. Suas soluções deveriam ser encontradas de modo imanente, mediante a construção de um quadro conceitual logicamente estruturado e fechado, a partir de presumida suficiência para abarcar a diversidade da vida social, permitindo a subsunção da norma ao caso, por meio de uma prática cognitiva do jurista”. (*Idem*, pp. 30-31).

328. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., p. 36.

329. Cf. Acórdão nº 662-2, do processo de Extradicação julgado (por maioria) em 28.11.96 pelo Tribunal Pleno do STF (*DJ*, 30.05.97, p. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

posterior derogat priori. Raciocinava-se – explica Cançado Trindade – que “se aos tratados é dada a mesma hierarquia das leis, poderiam teoricamente uns e outras revogar-se mutuamente (e.g., uma lei posterior alterando uma disposição convencional), por força do simples critério cronológico”. E acrescenta: “Tratava-se de uma posição insustentável, e, sem sombra de dúvida, absurda, no campo da proteção internacional dos direitos humanos”, uma vez que, como “assinala a jurisprudência internacional, os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano”.³³⁰ Em outras palavras, o posicionamento anterior do STF não dava margem a qualquer tipo de diálogo entre as fontes em oposição à aplicação do modelo de convivência de normas que estamos a propor, baseado na regra “uma e outra”.

É bom fique nítido que tanto as normas quanto os *sistemas* de proteção dos direitos humanos também dialogam entre si. Quer global, quer regionais, os sistemas de direitos humanos existentes contêm disposições sobre a aplicação do princípio internacional *pro homine* que não podem passar despercebidas. Assim, tomemos como exemplo as relações entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos³³¹ com os sistemas nacionais dos seus Estados-membros. Com efeito, é sabido que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos atua *subsidiariamente* aos sistemas nacionais de proteção. Em outros termos, tem-se que a *obrigação de proteger* compete, primariamente, ao Estado do qual a vítima da violação de direitos humanos é jurisdicionada. Isso se explica, segundo Carlos Ayala Corao, pelo fato de que como habitantes ou cidadãos que somos dos Estados respectivos, estamos não só sujeitos à sua jurisdição, senão, também, sob a sua responsabilidade imediata. Por isto, seria impensável, em circunstâncias normais, que o sistema internacional de direitos humanos

330. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., p. 49.

331. V. GROS ESPIELL, Hector. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme, in *Recueil des Cours*, vol. 145 (1975-II), pp. 1-55.

substitua, por exemplo, aos tribunais nacionais em sua responsabilidade de proteger as violações aos direitos humanos dos habitantes de um Estado. Ademais, o acesso dos cidadãos aos tribunais locais deve ser muito mais imediato e eficiente. O ideal, em conseqüência, seria que, frente aos casos de violação dos direitos humanos imputáveis a um Estado, as vítimas pudessem ter acesso e obter as reparações efetivas por parte dos tribunais nacionais.³³²

Dentro desse contexto, o sistema americano poderia atuar como o sistema europeu de direitos humanos, em caráter verdadeiramente *secundário*, a fim de corrigir os defeitos que, porventura, se apresentassem nos sistemas de direito interno dos Estados-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e também, como leciona a doutrina, para estabelecer um *standard* comum de interpretação do Pacto de San José a todos os seus Estados Partes. Nesses casos, como destaca Ayala Corao, “os tribunais nacionais não só deveriam servir de instrumentos para executar, no direito interno, as decisões reparatórias ordenadas pelos órgãos do sistema interamericano (*ex*: investigar e sancionar aos responsáveis, e indenizar as vítimas ou seus familiares); senão que, ademais, deveriam tomar devida nota da jurisprudência estabelecida por aqueles órgãos, a fim de incorporá-la a sua jurisprudência interna e, assim, evitar que casos futuros tenham que ser levados ante os foros internacionais”.³³³ Ocorre que a situação crítica pela qual passam muitos Estados interamericanos tem impedido que estas proposições se efetivem eficazmente, resultando que os casos de violação de direitos humanos voltem a bater às portas do sistema interamericano com o fito de obter as reparações necessárias.

O diálogo entre o sistema interamericano e os sistemas nacionais de proteção tem progredido à medida que os Estados condenados pela Corte Interamericana passam a tomar consciência de que o prejuízo de uma condenação internacional é maior que o de uma condenação doméstica. Além do desgaste dos

332. AYALA CORAO, Carlos M. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional, in *Revista del Tribunal Constitucional*, nº 6, Sucre (Bolívia), nov./2004, p. 27.

333. AYALA CORAO, Carlos M. *Idem*, *ibidem*.

agentes do Estado relativamente ao acompanhamento (no exterior) da tramitação do processo internacional de responsabilidade, existe ainda o desgaste *moral* do próprio Estado no seio da sociedade internacional, o qual passa a não mais contar com o *seal of approval* do Direito Internacional relativamente à sua condição de garantidor de direitos das pessoas. Por isso, leciona Corao, se os Estados compreendessem e assumissem que a sua finalidade enquanto poder é a de corrigir as deficiências de seus poderes públicos e, em particular, o seu Poder Judiciário, a fim de que estes sejam a garantia efetiva da proteção judicial das pessoas frente às violações dos direitos humanos, a situação seria outra. Somente assim se poderia dizer, num diálogo entre uma “ordem de sistemas”, que os sistemas nacionais seriam os verdadeiros encarregados, pela regra geral, de garantir efetivamente a tutela dos direitos humanos, restando ao sistema interamericano em especial (ou ao sistema global, em geral) atuar de forma *complementar* às jurisdições nacionais.³³⁴ Somente com a adaptação do direito interno às prescrições das normas internacionais do sistema interamericano é que poderão os sistemas de direitos humanos (interamericano e interno) dialogar para resolver as antinomias entre eles existentes.

Uma coisa, porém, parece certa: um novo método de solução de antinomias e de conflitos de leis deve ser buscado na pós-modernidade. Esta pertence ao tempo atual que, diversamente do positivismo formalista e hermético do século XIX, mostra-se aberta e fluida, com capacidade de deixar de lado a *forma* para dar atenção ao *conteúdo* de uma norma, seja ela hierarquicamente superior, posterior à outra cronologicamente ou especial em relação à outra de caráter geral.

*

* *

334. Cf. AYALA CORAO, Carlos M. Idem, *ibidem*.

CAPÍTULO II

RESOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES

Este segundo capítulo, que agora se inicia, tem por objetivo principal propor um novo modelo para as soluções das antinomias entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno brasileiro, rechaçando os métodos tradicionalmente utilizados, quando em cena um direito humano fundamental ou um direito internacionalmente reconhecido. Essa nova proposição faz vir à tona parte de premissas encontradas na pós-modernidade jurídica¹ e na conseqüente fluidez que se deve fazer presente no Direito atual, como forma de amenizar as soluções do tipo *hard* ou inflexíveis,² que não mais se coadunam com a sistemática internacional de solução de controvérsias, notadamente na seara da proteção internacional dos direitos humanos.

-
1. V., a respeito, GHERSI, Carlos Alberto, *La posmodernidad jurídica...*, cit., pp. 55-71. Nestas páginas, Ghersi consegue bem demonstrar a *inversão de valores* presente na pós-modernidade jurídica em contraponto aos valores da modernidade, sobretudo os sociais e coletivos, exaltando o *super eu* em substituição do *eu* da sociedade do fim do século XX (cf. p. 55). Ainda sobre a pós-modernidade jurídica e a necessidade de mudanças, v. MARQUES, Claudia Lima, *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, cit., pp. 106 e ss.
 2. Essa inflexibilidade se faz ainda notar na doutrina constitucionalista mais atual, no que toca à colisão entre *regras* constitucionais, nestes termos: “Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. *As duas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico*” [grifo nosso]. Quanto à colisão de *princípios* constitucionais, essa mesma e abalizada doutrina (que é de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco) já aponta soluções mais fluidas e ao encontro deste estudo, quando assim leciona: “No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, *sem que tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro*”. (...) O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir ao menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, *incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados*” [grifos nossos]. V. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

Se na primeira parte deste estudo (Capítulo I) foi possível notar que os critérios clássicos ou tradicionais de solução de antinomias (o *hierárquico*, o *cronológico* e o da *especialidade*) são insuficientes para solucionar as antinomias jurídicas surgidas da diversidade de produção normativa (e da pluralidade de fontes) do direito contemporâneo, é chegado o momento (neste Capítulo II) de se propor uma nova fórmula para a resolução coerente desses conflitos, pautada na *coexistência* das ordens jurídicas (internacional e interna) e no “diálogo” dos seus instrumentos de proteção. Não se discutirá a insuficiência dos meios tradicionais de solução de antinomias para os casos dos conflitos de direito internacional-internacional³ e tampouco de direito interno-interno,⁴ mas somente para o caso daquelas encontradas nas relações do direito internacional (dos direitos humanos) com o direito interno, ao que se chamou de antinomias de direito interno-internacional.

É também necessário recordar aqui o que já dissemos (v. Capítulo I, *supra*) sobre não ser o conflito entre o direito internacional e direito interno nem um conflito de normas no tempo, nem ainda um conflito de normas no espaço, a significar que não estaremos a lidar quer com direito intertemporal, quer com o direito internacional privado. O caso que ora nos ocupa – repita-se – pertence a um *tertium genus*, chamado de “conflito entre fontes”,⁵ pertencente ao que se nominou de *direito constitucional internacional*.⁶

Pois bem, e já ingressando no tema a ser estudado neste Capítulo, a primeira premissa da qual partimos é a de que o direito pós-moderno é um direito dialógico, que se intercomunica (*dialoga*) com a diversidade cultural presente no

3. V. Capítulo I, Seção I, § 2º, letra A e a bibliografia ali citada.

4. Sobre o tema, v. MARQUES, Cláudia Lima, *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, cit., pp. 34-67; e MARQUES, Cláudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 87-99.

5. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 14.

6. V. MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Droit international et droit constitutionnel*, pp. 307-465.

mundo contemporâneo,⁷ sendo também um direito *inclusivo* e nunca *exclusivo*, que aceita as *diferenças*⁸ e os seus pontos de vista e, sobretudo, os conforma dentro de um sistema de proteção de direitos *plural*, muito mais apto a resolver os conflitos que dessa diversidade cultural inexoravelmente estão a surgir, que aquele nascido em uma fase anterior, a da chamada *modernidade* jurídica.

É bom desde já esclarecer que a *dialógica* não se confunde com a *dialética*. Esta última é atualmente designada – para além da mera “arte de discutir” – como “uma discussão de algum modo institucionalizada, organizando-se habitualmente em presença de um público que acompanha o debate – como uma espécie de concurso entre dois interlocutores que defendem duas teses contraditórias. A dialética eleva-se, então, ao nível de uma arte, arte de triunfar sobre o adversário, de refutar as suas afirmações ou de o convencer”.⁹ Por seu turno, a *dialógica* (ou *dialogismo*), sempre associada à obra do lingüista russo Mikhail Mikhailovich Bakhtin (1895-1975), entende “que todo o sentido é relativo, na medida em que ocorre apenas como resultado da relação entre dois corpos ocupando um espaço *simultâneo mas diferente*, sendo que corpos aqui podem ser entendidos como recobrando um leque que vai da imediatez dos nossos corpos físicos até aos corpos políticos e aos corpos de idéias em geral (ideologias)”.¹⁰ Na dialógica jurídica prevalece a lógica do *diálogo* e da coordenação (e também da coexistência) de interesses, ao invés da obrigatoriedade do triunfo de uma tese sobre a outra (ou de uma fonte sobre outra), como se dá na *dialética*. Pode-se dizer que a tese “uma *ou* outra norma” (que leva ao *monólogo* jurídico) é *dialética*, ao passo que a tese “uma *e* outra norma” (a qual já nos referimos *supra*, e que também será versada nas páginas que seguem) é *dialógica*, por admitir o convívio simultâneo de duas ou mais

7. Sobre essa diversidade cultural, v. JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 251; e DUPUY, René-Jean, *La clôture du système international...*, cit., p. 115.

8. Para a situação das “diferenças” na pós-modernidade, v. LINDGREN ALVES, José Augusto, *Os direitos humanos na pós-modernidade*, cit., pp. 9-15.

9. V. BLANCHÉ, Robert. *História da lógica de Aristóteles a Bertrand Russel*. Lisboa: Edições 70, 1985.

10. HOLQUIST, Michael. *Dialogism: Bakhtin and his world*. London: Routledge, 1990, p. 20.

normas, apenas com a variação do momento e da ordem de sua aplicação no caso concreto.

Assim, partindo das premissas da dialógica jurídica, esta tese defende o posicionamento de que os três critérios habitualmente utilizados para a solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade) não podem prevalecer quando o conflito de normas for relativo a um direito humano ou um direito fundamental, devendo-se aplicar aquilo que Erik Jayme chamou no seu Curso da Haia de 1995 de “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*). Nesse sentido, Jayme propõe – na sua visão pós-moderna e visionária¹¹ – que ao invés de simplesmente se excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre essas mesmas normas por meio de um *diálogo*.¹² Segundo Jayme, a solução para os conflitos de leis que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, os textos constitucionais, os tratados internacionais e os sistemas nacionais), mas, ao contrário, “falam” umas com as outras. Essa conversa entre fontes diversas permite encontrar a verdadeira *ratio* de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial).¹³

11. Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 663, para quem: “‘Diálogo das fontes’ é a expressão visionária do grande mestre Erik Jayme”.

12. Alberto do Amaral Júnior, ao também adotar a tese visionária de Jayme, assim leciona: “A utilidade que [o diálogo das fontes] proporciona reside em captar o modo de relacionamento entre normas pertencentes a subsistemas diversos segundo o princípio de coerência, que, numa era de proliferação normativa, busca conferir harmonia ao processo de aplicação do direito internacional. Consiste em recurso hermenêutico precioso para compreender a complexidade e o alcance das relações normativas surgidas a partir da expansão regulatória do direito internacional na última metade do século XX e no limiar do século XXI”. (O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 134).

13. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259: “Dès lors que l’on évoque la communication em droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles « parlent » l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces souces en écoutant ce qu’elles disent”.

Na lição de Claudia Lima Marques, seguindo os passos do mestre Jayme, também existe o chamado *diálogo das diferenças*¹⁴⁻¹⁵ “como resposta pós-moderna ao desafio da aplicação das leis no complexo sistema de direito privado atual.^[16] Em outras palavras, a ‘solução’ do denominado ‘conflito de leis no tempo’ emerge como resultado de um diálogo (aplicação simultânea, coerente e coordenada) das mais heterogêneas fontes legislativas, iluminadas todas pela nova força da Constituição. Fontes plurais que não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*^[17]), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (‘escutando-as’),

-
14. A expressão, como já se disse, é de René-Jean Dupuy. V., a propósito, DUPUY, René-Jean, *La clôture du système international...*, cit., p. 115, nestes termos: “(...) le droit à la différence. Son apparition est le signe d’une transformation radicale dans la perception de l’humanité”.
15. V., a propósito, a lição precisa (sobretudo a advertência) de LINDGREN ALVES, José Augusto, *Os direitos humanos na pós-modernidade*, cit., pp. 14-15, nestes termos: “O direito à diferença, agora tão propalado, ainda que não positivado nos termos em que se postula, não é nenhuma novidade no campo dos direitos humanos. É ele que subjaz a toda a argumentação iluminista em favor da igualdade. Apenas parcialmente implementado – como, de resto, todos os direitos –, é ele que se busca assegurar nas estipulações antidiscriminatórias da Declaração Universal de 1948, dos pactos sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, das convenções internacionais contra a discriminação racial e contra a discriminação da mulher, das declarações das Nações Unidas sobre os direitos das minorias e de muitos outros instrumentos (...) Enquanto as fórmulas antidiscriminatórias da modernidade eram igualitárias e universalistas, o direito à diferença, com as feições adquiridas nestes tempos ‘pós-modernos’, parece encarar as diferenças como superiores ao universal, o comunitário ou o meramente grupal acima do simplesmente humano. Em alguns casos a exacerbação desse enfoque pode produzir atitudes risíveis, como os excessos da linguagem ‘politicamente correta’. Pode, também, em aliança com os efeitos colaterais da globalização econômica, reacender a rejeição ao ‘diferente’ por membros da maioria – de que são evidências a renovada atração do ultranacionalismo, o neonazismo, o fundamentalismo de autodenominadas ‘milícias’ e bandos armados em defesa dos ‘valores comunitários’, as medidas antiimigratórias de todo o Primeiro Mundo, o racismo e a xenofobia largamente relançados com práticas ameaçadoras”.
16. Façamos aqui um parêntese para recordar a lição de Bobbio: “L’antitesi [doravante...] non sarà più quella di *pace-guerra*, a cui si arrestano i fautori del diritto come ordine, ma quella, poniamo, di *eguaglianza-desequaglianza*, da cui prendono le mosse i fautori del diritto come giustizia. Brevemente: la concezione del diritto come pace tende a eliminare la guerra come modo di risolvere i conflitti; la concezione del diritto come giustizia (in genere s’intende per giustizia l’applicazione ad alcuni rapporti sociali del principio di eguaglianza secondo criteri variabili, come quelli del mérito, del bisogno, del rango, del lavoro, ecc.) tende ad eliminare i conflitti medesimi”. (*Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1955, p. 148).
17. Façamos aqui outro parêntese. Como bem está a destacar Claudia Lima Marques, a expressão *diálogo* provém de *dia-logos*, que significa *duas* (ou *várias*) *lógicas*. É importante lembrar-se do *logos* na filosofia cristã. Parece que o seu conceito provém dos judeus helenistas, como Fílon, influenciados pela filosofia grega; nesse contexto o *logos* já foi

impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional”.¹⁸ Como se percebe, diálogo das fontes – explica ainda Claudia Lima Marques – é uma expressão retórica, para além de *semiótica*, pois denota sua própria finalidade de impor duas lógicas¹⁹ e de aplicar simultânea e coerentemente duas leis.²⁰

Pode-se afirmar ser o “diálogo das fontes” um dos princípios de justiça já identificados (ao menos doutrinariamente) no mundo jurídico a atuar de forma

identificado como um intermediário entre Deus e o homem, a exemplo do que seriam os anjos que agem como delegados de Deus; neste caso, Deus delegaria ao *logos* as tarefas que Ele (Deus) não poderia realizar pela sua própria pessoa, como descer à Terra e intervir nos negócios de um humano, o que seria uma presença insuportável a nós devido à imensidão do esplendor do Pai; seria como se o sol descesse à Terra e a devastasse (Eusébio, *Dem. Ev.* 4.6.4). Na doutrina cristã da Santíssima Trindade, o *logos* seria a sabedoria de Deus representada por Cristo: Deus o Pai, seu Filho-*Logos*-Sabedoria, e o Espírito Santo. Sobre o problema do *logos* na filosofia cristã, v. STEAD, Christopher, *A filosofia na antiguidade cristã*, Trad. de Odilon Soares Leme, São Paulo: Paulus, 1999, especialmente pp. 139-149. Foi o amigo e advogado em Maringá, Dr. Dirceu Galdino Cardin, quem nos fez atentar para a questão do *logos* na filosofia cristã e sua possível influência no mundo jurídico.

18. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., pp. 663-664. V. ainda, MARQUES, Claudia Lima, Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, São Paulo: RT, jan./mar./2003, pp. 71-99. A utilidade do critério do diálogo das fontes também foi atestada por Alberto do Amaral Júnior, para quem tal “diálogo” é ainda útil “para a realização da justiça concreta, entendida como a estipulação do valor que organiza as relações sociais e define o que é legítimo em determinado momento histórico. Esse fato se verifica, especialmente, quando uma das normas que dialoga apresenta conteúdo variável, vago ou indeterminado, sendo necessário, por isso, recorrer às valorações internacionais predominantes para garantir a sua aplicação. Expressões como moralidade pública, proteção à vida ou à saúde humana, vegetal ou animal e recursos naturais, entre outras, reclamam o apelo a valores, experiências e conceitos que transcendem o ordenamento jurídico propriamente dito e o colocam em contato direto com o sistema social no qual ele se insere. A elucidação do significado de tais normas obriga o intérprete a analisar o sentido das normas posteriormente criadas e os valores que se cristalizaram na vida internacional para saber o que deve ser aceito ou recusado. Amplia-se, em conseqüência, a legitimidade do direito internacional na medida em que ao processo de interpretação se incorporam expectativas, conhecimentos e valores surgidos após o aparecimento da norma. Não é difícil perceber nesse procedimento a natureza aberta, flexível e dinâmica do direito internacional manifestada na capacidade de adaptação às mudanças posteriormente ocorridas. A justiça concreta se realiza, nesse caso, pela ação direta do intérprete e não como fruto do processo criador de novas normas jurídicas”. (O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 137).
19. V., a propósito, a observação de VILANOVA, Lourival, *Lógica jurídica*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 32, de que: “Ante a lógica, há *termos* e há *conexão entre termos* para conduzir ao sentido coerente”.
20. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 88.

coadjuvante com o *princípio do pluralismo*, que conota “a *garantia da diferença*, sob o fundamento de que a afirmação do todo se dá pela afirmação das partes”.²¹ Tais princípios somados reafirmam o peso valorativo do núcleo cogente (*jus cogens*) dos direitos humanos e reforçam a tese segundo a qual os princípios jurídicos “têm uma capacidade operativa que praticamente *não deixam sem resposta a nenhum conflito jurídico* no qual se intente descobrir a conduta que juridicamente se deve fazer ou não fazer, ainda que estas definições possam ter uma universalidade que requer ser compatibilizada com o direito positivo de que se trate”.²²

Portanto, a aplicação de critérios mais fluidamente coordenados possibilita a *coexistência* e o *diálogo* entre as fontes jurídicas, tão heterônomas e plurais na atualidade. Reforça também o postulado da *coerência* no direito e a crença de que é possível manejar concomitantemente *vários direitos* e escolher o melhor deles (o *mais protetivo*) no caso concreto. Se todo *diálogo* pertence a um sistema lógico (que coordena essas *várias lógicas* ou esses *vários modos de pensar*),²³ parece certo que o *resultado* (ou a *conclusão*) dessa “conversa” entre as fontes deva ser também *coerente*. Tal aponta para uma nova reflexão sobre o papel das fontes do direito na atualidade, capaz de rechaçar a *exclusão* para dar lugar à *coexistência*, deixando de lado a *intransigência* a fim de aceitar o *diálogo*. Tal ainda permite que se inclua sistemicamente, nas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, a “coordenação solidária” e se afaste de vez o “antagonismo disfuncional”,²⁴ a permitir que uma fonte comunique à outra aquilo que entende viável a fim de resolver a antinomia no caso concreto; e o juiz, escuta o que tais fontes dizem, coordena esse “diálogo” em sua aplicação prática e, finalmente, decide com justiça o caso concreto.

21. FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 106.

22. VIGO, Rodolfo Luis. *Los principios jurídicos...*, cit., p. 36.

23. V. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 87.

24. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 146. V. ainda, AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Le “dialogue” des Sources: fragmentation et coherence dans le droit international contemporain, cit., pp. 7-33.

Em outras palavras, dentro desta visão pós-moderna de ordem jurídica, onde os sistemas e normas de Direito não se incompatibilizam propositalmente, mas antes interagem em busca de *ideais* diferentes, tem-se que a teoria da “tese *versus* antítese” com a conseqüente “síntese”, bem como as teorias sobre a hierarquia das leis no ordenamento jurídico,²⁵ não mais deveriam prevalecer. De acordo com a teoria *moderna* do Direito entre os três clássicos critérios de solução de antinomias – *hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade* – deve obrigatoriamente prevalecer o primeiro em detrimento dos demais.²⁶⁻²⁷ Ou seja, em detrimento da cronologia das leis (onde *lex posterior derogat legi priori*) e de sua especialidade (*lex generalis non derogat legi speciali*), deve sempre prevalecer a norma *hierarquicamente superior*, assim como a Constituição em relação às leis etc. Esse o entendimento de Kelsen, para quem havendo contradição de normas jurídicas “somente *uma delas* pode ser tida como objetivamente válida” [grifo nosso].²⁸ Essa norma *objetivamente válida* seria ou a *hierarquicamente superior* (quando se tratar de conflito entre normas de um escalão superior e normas de um escalão inferior), ou a *cronologicamente posterior* ou a *especial em relação à geral* (nos casos dos conflitos entre normas de um mesmo escalão). Rechaçando este critério simplista, o que pretendemos é dar lugar à *coordenação sistemática* de interesses (“sistemática” vez que *dentro* do sistema jurídico) em detrimento da *exclusão* de uma norma pela outra.²⁹ Tal é

25. Sobre o tema, v. GANNAGÉ, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Paris: LGDJ, 2001.

26. V. a lição e as críticas de MARQUES, Claudia Lima (*et al*), *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2006, p. 26.

27. Esta a clássica lição de BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 107-110, que prefere o critério *hierárquico* em detrimento tanto do *cronológico* como do da *especialidade*, e o da *especialidade* em detrimento do *cronológico*. V., ainda, BOBBIO, Norberto, Des critères pour résoudre les antinomies, in *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.), cit., p. 255. Cf., em paralelo, CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., p. 172, que também prioriza a solução hierárquica, conquanto não verse propriamente o conflito entre fontes *legislativas* (como o conflito entre a lei e um contrato, etc.).

28. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 229.

29. Veja-se o que diz Luiz Flávio Gomes a esse respeito, referindo-se ao Estado Constitucional de Direito: “Aliás, hoje, somente a complexa (e correta) articulação de todas as suas distintas fontes normativas (normas constitucionais, internacionais e ordinárias) é que possibilita (a) alcançar a justa solução para os conflitos que envolvem os direitos humanos e

o que se denomina – segundo Cláudia Lima Marques – de “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), a qual busca não só uma eficiência hierárquica das normas dentro do ordenamento jurídico, mas também *funcional* no quadro de um sistema plural e complexo do direito atual, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.³⁰

Fábio Konder Compatato – embora sem se referir expressamente ao *diálogo das fontes* – aceita a idéia de que, havendo conflito entre o direito internacional e o direito interno, novo fundamento deve ser encontrado pelo aplicador do direito, distinto dos habitualmente conhecidos:

“Justamente porque nos encontramos diante de um sistema que integra, num mesmo ordenamento, direito interno e direito internacional, a solução para esse conflito de normas *não pode ser encontrada* com fundamento numa pretensa superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais, ou vice versa. O intérprete é obrigado a remontar *ao princípio jurídico que legitima o sistema como um todo*. Esse princípio supremo é, evidentemente, o da dignidade transcendente da pessoa humana” [grifos nossos].³¹

Ora, se a lógica do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é diferente da lógica das relações recíprocas entre Estados (no plano internacional) ou daquela que liga (no plano do direito interno, especialmente do Direito Constitucional) o Estado às pessoas sujeitas à sua jurisdição, é coerente supor que a lógica da solução de controvérsias que deve ser aplicada quando em jogo os *direitos humanos* das pessoas deve também ser outra, mais pautada na coerência e na sua restauração.

Segundo o conceito formulado por Bobbio, *coerência* é “aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema *e* de uma certa norma *e* da norma contraditória”;

(b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo legal criminal”. (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 25).

30. MARQUES, Cláudia Lima (*el all*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 27.

31. COMPATATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, cit., p. 20.

portanto, “o nexa entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem”, motivo pelo qual se diz *incoerente* “um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite”, e *incompleto* “um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite”.³²

Assim, a coerência derivada ou restaurada terá a função prioritária de tornar *eficiente* a aplicação do direito – não só hierarquicamente, mas também funcionalmente, como leciona Claudia Lima Marques³³ – pela aplicação de critérios e técnicas mais fluidas e capazes de atrair (*atração jurídica*) ao julgador o melhor direito (o interno ou o internacional) aplicável ao caso concreto.³⁴ Essa força atrativa, que leva ao órgão julgador *qual das normas* serão aplicadas ao caso concreto, provém atualmente do valor supremo dos direitos humanos. Assim, é bom fique nítido que na pós-modernidade tanto os conflitos de leis no

32. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 116. O mesmo nexa entre *coerência* e *completude* é ainda reafirmado em BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 202-203. V., também, SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 125, para quem: “O sistema [jurídico] deve ser *coerente*, isto é, nele não podem coexistir normas incompatíveis, antinomias”.

33. Cf. MARQUES, Claudia Lima (*el all*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 27.

34. Esta idéia também pode ser aplicada em matéria de adoção internacional quando se aplicam os “vasos comunicantes” (v. Capítulo I, Seção II, § 2º, item B) entre o direito internacional e o direito interno. Veja, por oportuna, a lição de MARQUES, Claudia Lima, A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002, cit., p. 309: “Hoje, em tempos pós-modernos, mister afirmar que a expressão ‘melhor interesse’ (*best interest*), ‘bem-estar’ ou a expressão do art. 43 do ECA, ‘vantagem’ para a criança deve ser interpretada à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, à luz dos direitos básicos assegurados no ECA, exatamente como faz a Convenção de Haia de 1993, que impõe e organiza a subsidiariedade da adoção internacional. A expressão ‘vantagem para a criança’ passa a ter um duplo sentido: é bem-estar econômico e afetivo, mas é direito a sua identidade cultural, a manutenção do vínculo, é respeito aos seus novos direitos humanos, inclusive o protegido no princípio da subsidiariedade da adoção internacional. Os valores a ponderar são portanto dois: não há bem-estar econômico-afetivo, se violamos os direitos humanos culturais e de identidade da criança; não há respeito aos direitos humanos da criança, se a decisão desrespeita seu bem-estar afetivo ou econômico e lhe nega uma chance de um futuro melhor. Só a conjugação destes dois fatores é que realiza a expressão, o conceito aberto ‘melhor interesse’ ou ‘vantagem’, base da nova adoção internacional de crianças”.

tempo, quanto os conflitos de leis no espaço, e ainda os conflitos entre tratados e leis internas – que não são nem conflitos de leis no *tempo*, como conflitos de leis no *espaço*³⁵ – podem ser (melhor e mais coerentemente) resolvidos buscando-se uma solução que tenha como *força de atração* o valor dos direitos humanos. Será papel do aplicador do direito *valorar*³⁶ as normas em confronto coordenar a decisão (de aplicação) que elas mesmas tomaram quando – por meio das “cláusulas de diálogo” previstas nos tratados de direitos humanos – decidiram aplicar a norma internacional ou a interna. Daí se entender que o diálogo das fontes (e, tais *fontes* constituem-se em *normas*, que na visão alexyana podem ser *regras* ou *princípios*³⁷) admite a aplicação do melhor direito ao caso concreto, admitindo assim a ponderação também das *regras* (o que alguns contestam³⁸ e outros aceitam³⁹).

A força expansiva dos direitos humanos representa, no universo pós-moderno do Direito, um grande *pêndulo* cuja extremidade superior é fixada no plano internacional e a inferior beira o piso da legislação doméstica de um país, já dentro da ordem jurídica interna. Na solução das antinomias relativa à aplicação desta ou daquela norma (no tempo ou no espaço), o critério pós-moderno para tanto a ser aplicado é o da *força de atração*. Por meio deste critério, na aplicação simultânea de várias leis ou normas jurídicas, devem-se privilegiar as que atraem mais o *pêndulo*, por estarem dotadas de uma maior carga humanística em relação às outras. Em outras palavras, a força atrativa (para além de *expansiva*) dos direitos humanos permite dar novas soluções ao problema dos conflitos de normas.⁴⁰ Nesse sentido, como destaca Claudia Lima Marques, em tempos pós-modernos a solução sistemática “deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir

35. Como já dissemos nos parágrafos iniciais do Capítulo I deste trabalho.

36. Para um estudo dos valores como critérios de valoração, v. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 149-179.

37. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 91.

38. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., pp. 201-234; e SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito...*, cit., pp. 33-34.

39. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, cit., pp. 52-64.

40. Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 49.

maior mobilidade e fineza de distinções”. Ainda segundo a internacionalista, nestes tempos “a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita através da incorporação (...), e há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo”.⁴¹

A convivência dos paradigmas nos traz subsídios capazes de reconstruir a coerência entre o direito internacional e o direito interno na seara dos direitos humanos contemporâneos. Traz também elementos novos às relações entre ambas as ordens jurídicas que permitem construir um sistema de normas (internacionais *com as* internas) que não se confunde com um mero conglomerado de regras desconexas, aleatoriamente dispostas, sem qualquer critério organizacional que as reúna num mesmo todo harmônico e coerente.⁴²

Carnelutti, em uma passagem de infinita felicidade, leciona no sentido de que o problema das lacunas do direito se satisfaz com uma destas duas soluções: a *analogia* ou o *processo dispositivo*, ou, em outros termos, solução mediante *a lei* ou solução mediante *a equidade*. Segundo ele, postas assim no terreno lógico, as duas soluções acham-se nos dois extremos de uma antítese: a primeira solução é *rígida* e a segunda é *fluida*. A primeira “favorece [apenas] a

41. MARQUES, Claudia Lima (*el all*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 27-28. A mesma idéia é também encontrada em MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 89.

42. V., nesse sentido, AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*, cit., p. 146. Daí a conclusão de Amaral Júnior, nestes termos: “Nesse contexto, a regra lógica de não-contradição permitiu ao jurista, no curso dos séculos, desenvolver princípios para a resolução das antinomias. Os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade correspondem ao esforço despendido para manter o sistema coeso pela eliminação de uma das normas incompatíveis. Não obstante a utilidade intrínseca desses critérios, a regulação jurídica da vida internacional e a perspectiva de fragmentação nela implícita sugerem uma metodologia alternativa, voltada para a identificação da convergência entre as normas, de tal sorte que os princípios tradicionais para resolver as antinomias sejam um recurso extremo a ser usado quando outras vias vierem a falhar. O ‘diálogo’ das fontes concebe o direito internacional como um sistema em que as partes componentes estão intimamente relacionadas. A presunção contra o conflito, decorrência da regra de não-contradição, facilita a convergência normativa nas situações em que, muitas vezes, o conflito se afigura inevitável”. (Idem, *ibidem*).

conservação”, enquanto que a segunda (a “solução *fluida*”) favorece “a evolução do direito”. E ainda: “A primeira coloca a parte um frente do legislador, a segunda em frente do juiz. A primeira sujeita a justiça à certeza, a segunda faz prevalecer sobre a certeza a justiça. A primeira realiza-se por meio da formação de uma norma, a segunda por meio da formação de um preceito”.⁴³

Se o Direito é feito para reger a *convivência* humana, é um contra-senso pensar que as normas de dois ou mais ordenamentos jurídicos (que compõem um mesmo sistema de direito uno) não possam também conviver, a fim de justamente fazer prevalecer a *justiça* sobre uma solução *única* (mono-solução⁴⁴) e *predeterminada* (exclusiva, e não inclusiva). Doravante, não será mais possível a exclusão de uma norma pela outra (devendo-se pregar a sua *coexistência*), nem a intransigência de uma ordem “sobre” a outra (incompatíveis com o *diálogo das fontes*).

Parece certo que essa *fluidez* de que se falou acima só pode ser encontrada buscando-se uma *coordenação* de interesses na aplicação simultânea das fontes do direito, a fim de resolver as antinomias jurídicas com base na *coerência sistemática* das normas, a evitar-se a simplória técnica da *exclusão* de uma norma pela outra (“monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa, segundo Claudia Lima Marques), privilegiando a convivência dessas mesmas normas que “dialogam” entre si para alcançar a sua finalidade e razão de ser. Se a solução do problema é alcançada pelo *diálogo*, pela troca conseqüente de argumentos vindos das *duas lógicas* que ele (diálogo) representa, parece certo que tais fontes passarão a *conviver* (viver juntas) sem conflitos dentro do sistema que perfaz o universo jurídico. Daí a expressão precisa de Erik Jayme “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*), que possibilita a aplicação

43. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 188.

44. V. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1960, cit., p. 57.

simultânea de várias fontes jurídicas das mais heterogêneas, as quais “dialogam” entre si e têm como força de atração os direitos humanos.⁴⁵

A idéia mais importante a observar-se aqui é a de que as “soluções” para as antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno devem ser buscadas no reconhecimento de que, à medida que ratificado um tratado, e já se encontrando o mesmo em vigor no plano internacional, o seu estabelecimento de regras *mais protetoras* deve ser a baliza para a interpretação (coordenação pelo juiz) do diálogo entre as fontes internacionais e internas. Nesse sentido, não é absolutamente possível alegar-se que a ratificação de um instrumento internacional têm apenas valor para as relações recíprocas entre os Estados e não no interior desse mesmo Estado, à medida que a integração ratificatória (precedida de *referendum* congressional) já basta para inovar o acervo normativo nacional em matéria de direitos humanos e fundamentais.⁴⁶ A integração das “cláusulas de diálogo” previstas nos tratados de direitos humanos *constitucionaliza* (para nós, inclusive com característica de *jus cogens*) o método dialógico de solução de antinomias (*diálogo das fontes*).

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 2.591, já aceitou a tese do diálogo das fontes no que tange ao conflitos entre normas de direito interno. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto na referida ADIn nº 2.591 – mais conhecida como *ADIn dos Bancos*, onde concluiu o STF pela constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as relações e atividades bancárias –, deixou consignada a seguinte lição:

“[...] entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver.

45. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259. Segundo a lição de Claudia Lima Marques: “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”. (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 28-29).

46. V., nesse sentido, GORDILLO, Agustín, *Une introduction au droit*, cit., pp. 116-117.

Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis”.⁴⁷

Em outras palavras, o que deve se entender doravante (em tempos de pós-modernidade) é que, no plano material, torna-se sem qualquer relevância jurídica falar em critérios *exhaustivos* de soluções de conflitos de leis, notadamente em hierarquia das normas quando a matéria em causa é direitos humanos. Mas por que motivo? Pelo fato de no caso entro conflito entre tratados de direitos humanos e norma de direito interno (ainda que esta última seja a própria Constituição) dever sempre ser aplicável a norma que mais amplia o gozo de um direito ou liberdade ou de uma garantia (princípio internacional *pro homine*). Materialmente falando, não é a norma hierarquicamente superior que deve prevalecer no caso concreto, mas aquela que melhor proteja e garanta os direitos das pessoas; ou seja, não é o *status* hierárquico que deve ter prevalência, mas sim o *conteúdo* da norma jurídica sempre mais protetiva nesse âmbito.⁴⁸ Em outras palavras, “todas as normas de direitos humanos são vigentes, mas no momento de se eleger a que vai reger o caso concreto, aí sim ganha singular relevância o princípio *pro homine*, ou seja, vale a norma que mais amplia o direito, ou a liberdade, ou a garantia...”.⁴⁹ De algum modo esta tese não deixa de se equiparar ao princípio norte-americano das *preferred freedoms*, ou daquele mais europeu do

47. STF, ADIn nº 2.591, Tribunal Pleno, julg. 04.05.06, Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 351.

48. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., pp. 51-56. V. ainda, GARCÍA, Luis M., El derecho internacional de los derechos humanos, in *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires: Depalma, 2002, pp. 105 e ss.

49. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 53. Ainda segundo Gomes: “Por força do princípio interpretativo *pro homine*, desse modo, cabe enfatizar o seguinte: quando se trata de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito)” (Idem, p. 54).

in dubio pro libertate, que encontrou guarida em autores como Friedrich Müller e Konrad Hesse.⁵⁰

Não é outra a lição de Nestor Sagüés, para quem o princípio *pro homine* implica num “sério golpe à alegoria kelseniana da pirâmide jurídica”, uma vez que dá prevalência sempre à norma *mais favorável* à pessoa, que pode ser uma lei infraconstitucional que *amplia* um direito que, no texto constitucional, se encontra *menos protegido*. Em outras palavras, o juiz “terá que aplicar a norma mais favorável à pessoa, independentemente do seu nível hierárquico”.⁵¹ Nesse mesmo sentido, afirma Alberto do Amaral Júnior que esta complementaridade “deseja oferecer aos seres humanos protegidos a mais ampla tutela dos seus interesses e se funda na interpretação restritiva das cláusulas que venham a limitar os direitos já instituídos”, complementando que a “polêmica entre monistas e dualistas sobre a primazia do direito internacional ou do direito interno não parece, nesse plano, ter relevância, já que prevalece a norma mais favorável às vítimas, a despeito da sua origem”.⁵² De fato, a discussão sobre sermos *monistas* ou *dualistas*, se ainda faz algum sentido no quadro da teoria geral do direito internacional público,⁵³ na seara da proteção internacional dos direitos humanos não tem qualquer relevância, sendo adolecência jurídica pensar que uma ou outra convicção (desde Kelsen e Triepel) exerce alguma influência sobre as normas (internacionais ou internas) de salvaguarda dos direitos da pessoa humana.

Quando se tem um sistema completo e coerente tem-se também um sistema *não-antinômico*. Daí a necessidade conexas de, paralelamente às tentativas

50. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Los principios jurídicos...*, cit., p. 181.

51. SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, cit., p. 37. No original: “(...) el juez (sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico. Ello puede implicar un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica. Supóngase, v. gr., que una Constitución confiera un derecho humano en un sentido determinado, y que una ley del mismo Estado amplíe ese derecho. Pues bien: el principio *pro homine* hará prevalecer, en tal caso, el derecho de la ley”.

52. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103.

de superação das antinomias, também valorar os meios dialógicos de asserção à coerência e à complementaridade. Tanto aquele (coerência) como esta (complementaridade) são expressões (ou aspectos) de *valor* que guardam certa complexidade, posto que fundados numa relação causal.⁵⁴ A junção desses fatores leva a crer no acerto da tese de que os conflitos de leis no tempo e no espaço podem, na pós-modernidade, ser resolvidos pela *convivência* (ou *vivência simultânea*) das fontes do Direito, num espaço onde é possível o *diálogo* entre elas, isto é, a confluência de mais de uma lógica (dentro de um sistema) voltada à solução *pacífica* de determinado conflito de leis, sem exclusão de um argumento por outro, mas com a prevalência do *melhor* argumento para determinado caso.

O “diálogo” entre as fontes heterônomas (internacional e interna) propicia descobrir o fim (o *telos*) a que perseguem as normas em jogo, possibilitando desvendar-se coerentemente os pontos comuns que as aproximam. Assim, ao invés de escolher uma ou outra norma em consonância com os métodos tradicionais de solução de antinomias, aplica o intérprete, simultaneamente, ambas ou mais normas, restaurando a coerência que as ordens internacional e interna reclamam dentro do quadro do pensamento sistemático e da unidade do direito.⁵⁵ Daí a lição de Erik Jayme de que “a unidade do sistema jurídico não

53. Sobre a contraposição dessas duas correntes dentro do quadro da teoria geral do direito internacional público, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 53-72.

54. V. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 55. Sobre a complementaridade, em particular, assim leciona Carnelutti: “Diz-se que dois entes são complementares quando, segundo a previsão (fundada em regras de experiência) do desenvolvimento da situação de que fazem parte em um fato, são capazes de combinar-se em uma nova situação casualmente ligada à situação precedente. Chave e fechadura, pena e tinta, espingarda e projétil, apresentam entre si uma relação deste gênero. O mesmo se diga do homem ou do animal e da alimentação que pode matar-lhes a fome, ou da arma que os pode ferir. (...) Sendo as relações de complementaridade postas em relevo, não já através de uma sensação, como as relações de igualdade, mas antes através de um juízo, compreende-se a tendência, assaz difusa, de confundir o interesse com um juízo (concepção a que se costuma chamar concepção subjetiva do interesse). Mas é claro que assim se confunde relação, e portanto realidade, com a sua revelação. Do mesmo modo que a igualdade ou a diversidade não são sensações, mas sim elementos do objeto revelado através da sensação, assim também o interesse não é um juízo, servindo este apenas para o por em relevo.” (Idem, *ibidem*).

55. Cf., por tudo, AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*, cit., p. 147.

visa somente evitar as contradições, mas busca igualmente manter uma certa coerência de sentidos (*Sinnzusammenhang*) da ordem jurídica”.⁵⁶

Pode-se perceber do exposto que o direito pós-moderno ruma em direção a novos tipos de relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, relações estas não mais baseadas no modelo “uma norma *ou* outra”, quando presente um conflito entre normas internacionais (mesmo de *soft law*) e de direito interno, mas calcadas numa solução plural e muito mais fluida, capaz de superar a *exclusão* de uma fonte pela outra a fim de conseguir que elas *coexistam*. Eis aí a finalidade desta nova construção jurídica: criar um direito renovado e mais apto a lidar com as diferenças, em oposição a um sistema intransigente que não encontra no “diálogo” sua melhor racionalidade, principiologia e sentido.

Mister agora verificar quais os possíveis “diálogos” entre as normas (internacionais e internas) de proteção dos direitos humanos nos planos horizontal e vertical.

*

* *

56. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 129. No original: “L’idée de l’unité du système juridique ne tend pas seulement à éviter les contradictions, mais cherche également à maintenir une certaine cohérence de sens (*Sinnzusammenhang*) de l’ordre juridique”.

Seção I – Os diálogos possíveis entre as normas (internacionais e internas) de proteção dos direitos humanos

Como acabamos de verificar, a doutrina mais recente – que teve início, no Brasil, com as lições de Claudia Lima Marques, baseadas em Erik Jayme – já não mais se compraz com os métodos tradicionais de solução de controvérsias existentes.⁵⁷ A doutrina mais recente já começou perceber que a técnica do *diálogo das fontes* pode ser aplicada nos mais variados campos do Direito, como no campo dos direitos humanos (que é o caso deste estudo e, diga-se, onde esse *diálogo* entre fontes encontra seu melhor fundamento) e em outras áreas, como no Direito Civil no Direito Bancário. Tal também não passou despercebido pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. Recorde-se a famosa ADIn nº 2.591 (*ADIn dos Bancos*) julgada pelo STF em 2006, onde o tribunal reconheceu – também com base no *diálogo das fontes*, como se lê no Voto do Min. Joaquim Barbosa – a constitucionalidade da aplicação do CDC às operações bancárias. Também no Direito Comercial o diálogo das fontes foi utilizado doutrinariamente com sucesso. Alberto do Amaral Júnior, por exemplo, ao estudar o sistema de solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio (OMC), demonstrou ser plenamente viável a aplicação no direito do comércio internacional esse diálogo entre fontes.⁵⁸ No caso deste estudo a situação não é diferente: pretender-se-á visualizar *tipos de diálogos* entre as fontes internacionais e internas, com o fim de coordenar os interesses de ambos os ordenamentos jurídicos e buscar a sonhada *harmonia* entre eles.

Se o método visionário de Erik Jayme já foi aplicado entre nós para analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o

57. Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 89-98.

58. V. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 238-242. Nas suas palavras: “A doutrina mais recente não esconde a intenção de buscar a harmonia entre as normas, solução preferida à mera exclusão de uma delas pelos critérios tradicionais para a resolução das antinomias. Trata-se, pois, da ‘coerência derivada ou restaurada’, necessária para a eficiência funcional do sistema plural e complexo dos nossos dias. Erik Jayme não abdica do labor secular dos juristas para resolver as antinomias, mas sugere um segundo método, a coordenação das fontes, que deve coexistir com as soluções tradicionais”. (Idem, p. 239).

Código Civil de 2002,⁵⁹ a constitucionalidade da aplicação do CDC às relações bancárias⁶⁰ e, mais recentemente, para estudar as relações entre os tratados da OMC e demais normas internacionais,⁶¹ ainda não o foi para solucionar os conflitos entre tratados de direitos humanos e normas de Direito interno.

Primeiramente é necessário afirmar que o *diálogo das fontes* pode ser aplicado sempre que uma *fonte* jurídica esteja em conflito com *outra fonte* do direito, não importando a hierarquia entre essas mesmas fontes. O próprio mestre Jayme ratifica o acerto deste posicionamento, quando leciona que “la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes”, que são as normas de *direitos humanos*, as *constituições*, as *convenções internacionais* e os *sistemas nacionais*.⁶² Todas essas fontes são hierarquicamente *diferentes* e, não obstante, podem dialogar umas com as outras.⁶³ Mesmo as normas de *jus cogens*, que são superiores a quaisquer outras no direito internacional, dialogam com outras regras de direito das gentes e do direito interno, na medida em que elas (as normas de *jus cogens*) estão a revelar os mais altos propósitos da sociedade internacional, dentre os quais já se insere o propósito de prevalência dos direitos humanos, em consagração ao princípio internacional *pro homine*.

59. Cf. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, cit., pp. 34-67. V. ainda, MARQUES, Claudia Lima, Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”, in PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coords.), *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2005.

60. V. STF, ADIn nº 2.591, Tribunal Pleno, julg. 04.05.06, Voto do Min. Joaquim Barbosa, pp. 351-352.

61. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., pp. 238-242.

62. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

63. Em sentido contrário, v. AMARAL JÚNIOR, Alberto do, O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., pp. 134-135, para quem: “O ‘diálogo’ das fontes tem lugar entre regras horizontais, que se encontram no mesmo nível hierárquico. Difere, assim, da relação normativa hierárquica, que passou a dominar o direito internacional com o reconhecimento do *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Nesse caso, não há, a rigor, um ‘diálogo’, mas um ‘monólogo’, porque as regras superiores preponderam necessariamente sobre aquelas que se situam em patamar inferior. Conclui-se, por isso, que os tratados de um subsistema particular se sujeita às normas de *jus cogens* em razão da superioridade que preside o relacionamento entre tais regras”.

Não são poucos os que entendem que o papel primordial do Direito Constitucional Internacional é fazer “*dialogar* as normas de direito internacional com o direito interno, estabelecendo sistemas de *incorporação e hierarquização* entre as normas” [grifos nossos].⁶⁴ Abstraindo-se a referência ao sistema de *incorporação* de normas, é bem verdade que o Direito Internacional *westfaliano* sempre pregou pelo estabelecimento – ainda que não tenha conseguido chegar a esses propósitos tão facilmente – de regras sobre *hierarquização* de normas (notadamente as internacionais sobre as internas). Mas essa solução não mais se adapta à pós-modernidade, onde se pretende cada vez mais deixar de lado “critérios fechados” de solução de antinomias (sempre a solucionar o conflito pela *mono-solução...*), a fim de se chegar ao ápice da fluidez voltada sempre às soluções plurais.

Tome-se como exemplo a lição de alguns autores – como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins – que colocam como *condição* para que um tratado de direitos humanos complemente o rol de direitos fundamentais da Constituição a de que “o tratado não contrarie norma constitucional”, uma vez que se deve “reconhecer a absoluta prevalência das normas constitucionais em relação a todas as normas de direito internacional público”. Segundo tais autores (que são constitucionalistas) esse entendimento “permite afastar de plano a possibilidade de existência de normas de um tratado internacional que contrariarem normas constitucionais, pouco importando se se está diante de normas constitucionais anteriores ou posteriores ao tratado (introduzidas mediante emenda constitucional)”. Por último, aduzem que a posição dos autores que consideram que não há possibilidade de incompatibilidade entre essas espécies normativas “não convence [citam Flávia Piovesan nesse ponto, discordando de sua lição], pois a antinomia é possível se um tratado estabelecer medidas protetoras de um

64. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 181.

direito humano que afetam (restringem ou suspendem) direitos fundamentais garantidos na Constituição”.⁶⁵

Passagens como estas acima transcritas demonstram nitidamente que certa parte da doutrina ainda intenta resolver o problema das antinomias pela *mono-solução*⁶⁶ (aplicação da regra: “ou *uma* ou *outra*”⁶⁷) e não pelo *diálogo das fontes* ou pelo princípio *pro homine*. Demonstram também que ainda não se entendeu aquilo que Cançado Trindade – num texto memorável “em prol de uma *nova mentalidade* [frise-se o rechaço do autor à “velha mentalidade”] quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional” – está a proclamar com veemência: que “o direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum da salvaguarda dos direitos do ser humano”; e também que “na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna”.⁶⁸

Esse horizonte fechado ainda impregnado entre nós (e também em vários outros países do mundo, infelizmente) não consegue ir além do simples texto constitucional – que, para a doutrina mais abalizada do mundo, é um simples *fato* perante o ordenamento internacional, ou seja, “inteiramente irrelevantes”⁶⁹ – para resolver um problema que não é *do Estado* em suas relações recíprocas, mas *da humanidade* em suas relações com os Estados. É bom fique

65. DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., pp. 43-44.

66. V. MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1960*, cit., p. 57.

67. V., também, SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 125, que assim leciona: “Duas normas incompatíveis não podem ser válidas simultaneamente: ou uma foi revogada pela outra, ou a incompatibilidade é sanável (aparente), ou, então, uma delas deve perder sua eficácia, na aplicação ao caso concreto”. Perceba-se, também aqui, a aplicação do critério “ou *uma* ou *outra*”.

68. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*, cit., p. 10.

69. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, p. 209, nota nº 6.

nítido que quando um Estado adere a um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, não está ele limitando a aplicação desse instrumento tão-somente à sua jurisdição doméstica, mas sim reconhecendo *valores e interesses comuns* entre todos os membros da sociedade internacional que a ele aderiram, valores estes traduzidos sob a forma de direitos e obrigações recíprocos, com a conseqüente indisponibilidade unilateral da norma internacional integrada, cabendo em caso de conflito uma solução *plúrima* e não *única* para um determinado caso, dentro de um leque de possibilidades existentes.

As relações pós-modernas entre o direito internacional e o direito interno devem afastar a *excludência* de uma norma pela outra e ceder à *coexistência* entre elas, além de também rechaçar todo tipo de *intransigência* quando o sujeito de direitos for um ser humano, dando então lugar ao *diálogo* entre tais fontes heterônomas, para que melhor se proteja esse sujeito de direito. Vise-se com isto – explica Claudia Lima Marques – à “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.⁷⁰ Nessa ordem de idéias, o julgador, tendo presente os valores fundantes dos direitos humanos e o peso axiológico dos princípios fundamentais de proteção desses mesmos direitos, ver-se-á na contingência de compreender o significado do que as fontes (internacionais e internas) dizem, a fim de aplicar a solução melhor, que não obrigatoriamente será uma fonte em detrimento da outra mais favorável,⁷¹ mas, eventualmente, as duas coordenadamente quando transigem entre si relativamente ao âmbito de sua aplicação prática.

70. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 87-88.

71. Cf. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 247.

Estamos convictos que o *diálogo das fontes* é condição necessária para a unidade sistêmica das ordens jurídicas,⁷² à base dos direitos humanos, pois é sabido que “a paz, a estabilidade e a previsão dos comportamentos estão associadas ao valor da ordem na vida social; tais objetivos não se realizam se normas contraditórias fornecerem aos homens orientações opostas, deixando-os em situação de permanente incerteza”.⁷³ A busca pela *certeza* e pela *justiça* só se realiza no pensamento filosófico ocidental⁷⁴ pela realização concreta da *igualdade*,⁷⁵⁻⁷⁶ pois “todos concordam que ser justo é tratar da mesma forma os seres que possuem a mesma característica, razão pela qual é possível agrupar os detentores dessa característica em uma única classe ou categoria” e, se é assim, tem-se que a “incoerência entre as normas jurídicas é fonte de injustiça ao dispensar consideração desigual àqueles que pertencem à mesma classe ou categoria”.⁷⁷ Portanto, o que o *diálogo* entre fontes faz é quebrar as barreiras que impedem a justiça no caso concreto,⁷⁸ dando ao juiz a possibilidade de *escolher* qual norma, no caso concreto, melhor atende aos direitos da pessoa humana

72. Segundo Ferraz Jr.: “Bastante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. (...) Para a dogmática analítica, ordenamento é um conceito operacional que permite a integração das normas num conjunto, dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas. Concretamente, seu repertório não contém apenas elementos normativos, mas como vimos, também não normativos. A decisão de incluí-los ou não na consideração do ordenamento como *sistema* é uma opção teórica cujo fundamento último é um problema *zetético*”. (*Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 177-178).

73. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 240.

74. Cf., a propósito, PANIKKAR R., La notion des droits de l’homme est-elle un concept occidental?, in *Interculture*, vol. XVII, n° 1, Cahier 82 (1984), pp. 3-27.

75. V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 18, para quem “a exigência de ‘ordem’ resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘consequentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os, até ao fim’, em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, – ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*”.

76. V. LYOTARD, Jean-François. The other’s rights, in SHUTE, Stephen & HURLEY, Susan (eds.), *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures*, New York: Basic Books, 1993, pp. 135-147.

77. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 240.

78. Cf., a propósito, PANIKKAR R., A dialogue on human rights, in *Interculture*, vol. XVII, n° 2, Cahier 83 (1984), pp. 78-85.

(princípio *pro homine*) e julgar da maneira que lhe parece mais adequada. Evita-se, novamente, a solução *única* (ou a *mono-solução*) para se permitir uma possibilidade *plúrima* de soluções, muito mais apta a reger o ordenamento jurídico pós-moderno.

Ilude-se, segundo Claudia Lima Marques, quem considera que a solução do conflito de leis viria somente pelo próprio legislador, tal como pensa Maria Helena Diniz, para quem uma antinomia “só poderá ser eliminada por meio da ação legislativa”.⁷⁹ Na maioria das vezes, diz Claudia Lima Marques, é o próprio aplicador da lei – e não o legislador – que “soluciona as aparentes contradições no sistema do direito e casuisticamente”, o que mais uma vez demonstra “a importância do diálogo das fontes que já parte da premissa de que haverá aplicação simultânea das leis, variando apenas a ordem e o tempo dessa aplicação, de forma a restabelecer a coerência no sistema”.⁸⁰

Segundo Erik Jayme, a missão dos juízes num quadro de conflito de leis é “coordenar essas fontes escutando o que elas dizem”,⁸¹ para poder então, aplicando o que as próprias fontes decidiram, superar as antinomias entre as normas internacionais e de direito interno. Perceba-se que estamos propondo que o juiz *escute* o diálogo das fontes e resolva o caso concreto aplicando *o que elas próprias* decidiram, sem que necessite recorrer à ideologia. Mister, portanto,

79. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 17.

80. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 95. Ainda segundo Marques “raramente é o legislador quem determina esta aplicação simultânea e coerente das leis especiais (um exemplo de diálogo das fontes ordenado pelo legislador é o art. 117 do CDC, que mandou aplicar o Título III do CDC aos casos da anterior Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, isto ‘no que for cabível’, ‘à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais’), e sim, geralmente, tal diálogo é deixado ao intérprete e aplicador da lei, que geralmente aplica o CDC” (Idem, p. 96). No mesmo sentido, a lição de GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 61, nestes termos: “Especialmente no que se refere às normas de direitos humanos, considerando-se o princípio *pro homine* (já analisado acima), impõe-se ao *intérprete e aplicador* considerar todas as regras relacionadas com o direito que está em debate ou em consideração. E vale, como vimos, a que mais amplia o seu exercício. (...) Nem o *intérprete nem o aplicador* atuarão corretamente se desconhecerem o conjunto normativo tripartido acima referido (Constituição, Direito internacional e Direito ordinário)” [grifo nosso].

81. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259.

estabelecer critérios capazes de auxiliar o julgador na missão de *coordenar* tais fontes em razão do que elas dizem.⁸²

Parece-nos possível propor dois principais tipos de diálogos que podem existir para intentar resolver as eventuais antinomias existentes entre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e as normas do Direito interno. Em nossa visão podem existir duas espécies de “conversa entre as fontes” internacionais e internas de proteção dos direitos humanos, às quais chamamos de *diálogo horizontal* e de *diálogo vertical*. É importante fique nítido que o resultado concreto de todo *diálogo* é a *solução* para determinado problema jurídico. Assim, partindo-se da concepção de que no âmbito de um *diálogo* não se pode ter *conflito*, é que se entende que a “conversa” entre as fontes do Direito das mais heterônomas tem que ser a solução para a nova técnica de solução de antinomias no Direito Internacional. Segundo nos parece, essa experiência – inédita na literatura jus-internacionalista brasileira – pode ser capaz de aprimorar a comunicação entre os sistemas normativos (externo e interno) de proteção dos direitos da pessoa humana a partir de uma perspectiva unificadora. Com efeito – destaca Alberto do Amaral Júnior –, “o ‘diálogo’ das fontes não é estranho à tradição do direito internacional público consolidada em torno da preocupação com a unidade e coerência, graças à atuação de princípios comuns”.⁸³

À luz de uma visão sistêmica do Direito – ou, mais propriamente, do *universo jurídico* –, parece claro que as soluções de antinomias no mundo contemporâneo devem encontrar lugar no âmago do arcabouço jurídico (ou seja, da *normativa jurídica*) e não fora dele. Em outras palavras, as soluções dos conflitos hoje existentes no mundo jurídico devem encontrar amparo *dentro* do próprio universo jurídico e não em outro contexto. Para tanto, deve-se buscar

82. Não é objeto deste trabalho, contudo, estudar o tema da racionalidade e da justificação do direito e das decisões judiciais. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., especialmente pp. 39-48; e pp. 165-294.

83. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 280. Frise-se que o estudo de Alberto do Amaral Júnior dedica-se, no seu Capítulo 5, ao estudo do diálogo de fontes tão-somente *internacionais*, notadamente os conflitos *entre tratados* envolvendo a Organização Mundial do Comércio (OMC). No nosso caso, estudaremos as relações (e os possíveis *diálogos*) entre as normas internacionais (e, especificamente, as de *direitos humanos*) com as normas internas de proteção dos direitos humanos.

compreender o sistema jurídico pós-moderno como uma ordem axiológica de valores que converge, em última análise, para a salvaguarda do ser humano.⁸⁴ Trata-se de entender essa ordem de valores dentro do quadro da teleologia dos direitos humanos, havendo por isso já quem defenda a existência de um *direito internacional da humanidade*.⁸⁵

A convergência dessa ordem de valores de que se falou tem como fio condutor a dignidade da pessoa humana. Esta, que serve também como *força de atração* à norma mais favorável (*loi la plus favorable*)⁸⁶ ao ser humano (ou o *mais fraco* da relação⁸⁷), atualmente se encontra no centro da problemática dos valores envolvendo os conflitos entre tratados internacionais de direitos humanos e o Direito interno. Levando-se em consideração a hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é possível visualizar quatro tipos de diálogos entre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e o ordenamento jurídico interno.⁸⁸ Desses quatro diálogos dois são *horizontais* e dois são *verticais*, como passamos a explicar neste momento.

§ 1º – Os diálogos horizontais

84. Cf., a propósito e para pormenores, o pensamento de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 66-76. Cf., em paralelo, a obra de BULTRINI, Antonio, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei Diritti dell'Uomo in Europa*, Torino: Giappichelli, 2004.

85. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 365-409. V., ainda, seu belo curso da Haia, *International law for humankind: towards a new jus gentium* (Tomos I e II): general course on public international law, in *Recueil des Cours*, vol. 316 (2005), pp. 9-439 (Tomo I) e *Recueil des Cours*, vol. 317 (2005), pp. 9-312 (Tomo II).

86. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 83.

87. Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 88.

88. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 280. Frise-se que o estudo de Alberto do Amaral Júnior dedica-se, no seu Capítulo 5, ao estudo do diálogo de fontes tão-somente *internacionais*, notadamente os conflitos *entre tratados* envolvendo a Organização Mundial do Comércio (OMC). No nosso caso, estudaremos as relações (e os possíveis *diálogos*) entre as normas internacionais (e, especificamente, as de *direitos humanos*) com as normas internas de proteção dos direitos humanos.

Os *diálogos horizontais* são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro guardam ou relação de complementaridade ou de integração. São diálogos em que não se presencia nenhum tipo conflito mais agressivo de normas, que se agridem mutuamente, mas apenas uma relação em mesmo pé de igualdade entre os ordenamentos interno e o internacional. Trata-se de estudar o impacto *jurídico* dos tratados internacionais de direitos humanos no plano do direito interno sob a ótica *horizontal* da complementaridade e da integração.

Os diálogos horizontais são a representação mais nítida de que os “ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos”,⁸⁹ não mais comportando a qualificação – como outrora estabelecido – de serem ordens jurídicas separadas e estanques.⁹⁰

Os diálogos horizontais podem dar-se de duas maneiras: *a)* a norma de direito constitucional é mera *repetição* de um direito que já vem expresso em tratado internacional, caso em que, inegavelmente, o valor extrínseco da norma convencional será o de “norma materialmente constitucional”, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrário; ou *b)* a norma internacional vem suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais.⁹¹ Ao primeiro se nomina de *diálogo de complementaridade* e ao segundo de *diálogo de integração*. O primeiro caso versa aquilo que Carnelutti chamou de “problema do muito”, quando há uma pluralidade de fontes normativas que repetem os mesmos comandos; e o segundo versa o que o mesmo

89. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., pp. 10-11.

90. Triepel propõe exatamente esta fórmula, quando diz que “le droit international régit les relations entre les États, et le droit interne les relations entre les individus” (cf. TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international, cit., p. 95), o que se chamou – como se sabe – de doutrina *dualista* do direito internacional público.

91. V. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 91-98.

jurista chamou de “problema do muito pouco” (que é o problema das *lacunas*), quando *falta* norma jurídica a regular determinado caso concreto.⁹²

Em ambos os casos a “conversa” que o direito internacional dos direitos humanos tem com o direito interno é mais fluida, vez que não se depara com a hipótese de um dos atores em causa (o *internacional* e o *interno*) ter que tomar, em relação ao outro, qualquer medida *insertiva* ou, tampouco, ter que transigir com este de qualquer maneira.

A – Diálogo sistemático de complementaridade

O diálogo sistemático de complementaridade – na expressão cunhada por Claudia Lima Marques – é aquele que consegue coordenar dois tipos de normas, fazendo com que ambas sejam igualmente aplicadas no caso concreto. Nesse sentido, uma lei ou norma passa a *complementar* a outra e vice versa, por serem coincidentes os seus enunciados. Nas palavras de Claudia Lima Marques, na aplicação coordenada de duas leis “uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário, ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra”.⁹³

92. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 168. Ainda sobre o problema das lacunas no sistema jurídico, v. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 239-241.

93. V. MARQUES, Claudia Lima (*et all*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 30-31. Cf. também, as explicações de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 211-212.

Entende-se que somente o pensamento *sistêmico* poderá responder às questões colocadas sobre como pode o direito internacional dos direitos humanos complementar a proteção desses mesmos direitos no plano do direito interno. Sabe-se que o pensamento jurídico trouxe a alternativa da *tópica-retórica* em oposição ao pensamento sistêmico, excluindo-se as proposições lógicas do positivismo a fim de pensar o Direito pelos seus *problemas*.⁹⁴ Em outros termos, a tópica visa (*re*)conciliar o Direito com a realidade. Assim, partindo “da consideração do caso concreto como eixo do trabalho interpretativo, a tópica recusa qualquer sistematização que não leve em conta as peculiaridades daquele”.⁹⁵ Por esse método, deve-se encontrar a resolução dos problemas jurídicos encontrando-se os *topoi* (pontos de vista) necessários ao direcionamento das soluções possíveis, dentre os quais se destacam os princípios como norteadores da atividade judicial.⁹⁶ A tópica é o paralelo alemão do *case system* norte-americano, pela qual – diz Luís Roberto Barroso – “se sustenta o primado do problema sobre a norma jurídica e sobre o sistema, onde a interpretação se apresenta como um método aberto de argumentação, indutivo e não dedutivo”, e onde “a ordem jurídica é apenas uma referência, um dos argumentos, um dos *topoi* a serem levados em conta na solução das situações concretas”.⁹⁷ Ocorre

94. A obra de referência sobre o tema é de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, de 1953.

95. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, cit., p. 25, nota nº 6.

96. Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 24, nota nº 15. Sobre a tópica, v. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, Trad. de Tercio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979; e FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito...*, cit., pp. 327-331. Este último filósofo, sobre o assunto, assim leciona: “De moro geral, pode-se dizer, que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estíolo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, à medida que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade em suas tarefas práticas. Por sua origem, pode-se dizer que a tópica apareceu, simultaneamente, como uma *teoria dos lugares comuns* e como uma *teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos*. Temos, assim, desde logo, uma *acepção estrita* e uma *acepção ampla*. No primeiro caso, a tópica era, no seio da retórica, um conjunto mais ou menos organizado de categorias gerais, nas quais se agrupavam os argumentos básicos para as técnicas da disputa e da persuasão. Tratava-se, então, de um ou mais repertórios de termos-chaves, que facilitavam a *ars inveniendi*. No segundo caso, a tópica revelava-se uma técnica de raciocínios dialéticos, aqueles que tinham como premissa opiniões verossímeis, assimilando-se a um modo de pensar não apodítico” (Idem, p. 328).

97. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, cit., p. 5.

que, atualmente, a doutrina mais abalizada está a procurar soluções mais harmônicas e menos conflituosas à resolução dos conflitos, com maior fluidez e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico.⁹⁸ Trata-se de avançar no tempo e buscar a “restauração da coerência” num momento posterior à descodificação,⁹⁹ à tópica¹⁰⁰ e à microrrecodificação, alcançando alternativas capazes de buscar “uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo”,¹⁰¹ que passe da exclusão à coexistência e que supere a intransigência (aplicação de “uma *ou* outra” norma) para dar lugar ao “diálogo” das várias fontes jurídicas (aplicação de “uma *e* outra” norma).¹⁰²

Como já se falou alhures, a seguir os critérios habituais de solução de antinomias apenas *uma das normas* em causa pode ser aplicada, devendo a outra (por meio da *ab-rogação*, *derrogação* ou *revogação*) ser excluída do sistema. Ter-se-ia, neste caso, o que se pode chamar de “monólogo” legislativo, onde uma fonte não “conversa” com a outra a fim de buscar nesta outra uma complementação àquilo que ela não tem, mas a fim apenas de “comunicar” à outra (sem qualquer possibilidade de “resposta” desta outra) a solução que entende “justa”.¹⁰³ O que estamos a propor, porém, é que tais fontes “conversem” e busquem, uma na outra, um complemento para aquilo que cada qual tem de insuficiente.

98. Cf. MARQUES, Claudia Lima (*el all*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 26-27.

99. Sobre a chamada “era da descodificação”, v. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè 1999.

100. Perceba-se que Canaris constrói todo o seu conceito de *sistema* justamente criticando a tópica. V., por tudo, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., especialmente pp. 243-277.

101. V. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 87.

102. Esta idéia parte ainda do princípio, reconhecido pela Corte Suprema argentina, no caso *Shoklender* (“Fallos”, 311-1348), de que “ningún derecho esencial de los que la ley suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente, porque todos forman un complejo de operatividad concertada, de manera que el estado de derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (“Fallos”, 256-241, 258-267, 259-403”). V. VIGO, Rodolfo Luis. *Los principios jurídicos...*, cit., p. 183.

103. Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 88.

No caso do Direito Internacional o diálogo de complementaridade terá lugar quando a norma de direito internacional e a Constituição têm os seus enunciados coincidentes. Em outras palavras, o texto constitucional brasileiro traz normas de idêntica racionalidade e com o mesmo conteúdo valorativo ético que as previstas em tratados internacionais de direitos humanos, inclusive com redação em tudo semelhante, senão absolutamente idêntica.¹⁰⁴ Assim é que o art. 5º, inciso III, da Constituição de 1988, que prevê que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, é mera repetição do art. V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”), do artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes...”) e também do art. 5º (2) do Pacto de San José da Costa Rica (“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes...”). Da mesma forma, o *princípio da presunção de inocência*, é previsto pelo art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, pelo art. XI, 1, da Declaração Universal (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”), pelo art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”), e pelo art. 8 (2) da Convenção Americana (cuja redação é *ipsis literis* à do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos). Ainda, o *princípio da igualdade*, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consagrado pelo *caput* do art. 5º da Carta Magna brasileira, é reflexo do art. VII da Declaração Universal de 1948 (“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”), do art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei”) e do art. 24 do Pacto de San José

104. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 92.

da Costa Rica (“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”).

A reprodução de normas internacionais pelo direito interno brasileiro leva à conclusão que o ordenamento jurídico nacional dialoga com o internacional no sentido de complementação da ordem interna. Tal fato reflete, nas palavras de Flávia Piovesan, não só o fato “do legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional”.¹⁰⁵

Pode-se dizer que o diálogo sistemático de complementaridade entre a ordem internacional e a ordem interna pressupõe uma *parceria* entre o Direito Internacional e o Direito interno pautada na *solidariedade* de ambos os ordenamentos em prol da proteção (também nesses *ambos ordenamentos*) do ser humanos, o que faz supor estar correta a tese carneluttiana de que “a solidariedade é uma espécie de complementaridade, e o contrário do conflito”.¹⁰⁶ Em outras palavras, quando existe *sintonia* entre a ordem internacional e a ordem interna, ou seja, quando ambas primam por proteger, até igualmente (uma se inspirando na outra), interesses fundamentais, pode-se dizer existir aí a *solidariedade*¹⁰⁷ na relação dialógica, não existente quando o interesse (internacional ou interno) é de mera exclusão do outro ou de intransigência em relação ao outro.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – para falar de um tratado do contexto regional interamericano – tem disposição expressa sobre o diálogo de complementaridade: trata-se do seu art. 29, alínea *b*, segundo o

105. PIOVESAN, Flávia. *Idem*, *ibidem*.

106. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., pp. 61-61.

107. Cf., sobre esse tema, CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., pp. 88-89.

qual nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”.¹⁰⁸ Tal significa que as normas internacionais e internas de proteção devem convergir para uma mesma finalidade, sendo complementares umas das outras. Em última análise – para falar como Alberto do Amara Júnior – a complementaridade, assim percebida, “deseja oferecer aos seres humanos protegidos a mais ampla tutela dos seus interesses e se funda na interpretação restritiva das cláusulas que venham a limitar os direitos já instituídos”.¹⁰⁹

Ainda nas palavras de Alberto do Amaral Júnior, a “unidade dos tratados de direitos humanos é perceptível, também, na aplicação do critério da norma mais favorável às vítimas [que chamamos de princípio *pro homine*] de alguma violação eventualmente perpetrada”, surgindo assim “uma nova permeabilidade normativa a diluir a separação absoluta entre o direito internacional e o direito doméstico, motivo de previsão expressa em vários tratados recentes”.¹¹⁰ No plano global de proteção, podem ser citados, nesse sentido, o art. 5(2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 5º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que dispõem,

108. V. os nossos comentários a esse dispositivo em GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., pp. 175-180.

109. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 141. A convergência entre as normas internacionais e internas (por meio do *diálogo das fontes*) também encontra um fértil campo de aplicação em matéria de adoção internacional. O assunto já foi bem estudado por MARQUES, Claudia Lima, in *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts...*, cit., pp. 124 e ss. Neste e em outros estudos Claudia Lima Marques comprova que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.068/90), quando a Convenção de Haia de 1993 sobre adoção internacional (internalizada pelo Decreto nº 3.087/99), representam “uma nova visão da adoção internacional, concentrada agora nos direitos humanos da criança, no seu bem estar e no seu interesse superior. Supera-se, assim, a visão anterior da adoção concentrada nos interesses patrimoniais familiares, no eventual direito de procriação dos pais adotivos e seus interesses de continuação da família” (MARQUES, Claudia Lima, A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002, cit., p. 281).

110. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça, cit., p. 141.

respectivamente, que “[n]ão se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”, e que “[n]enhuma disposição desta Convenção prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção”.

O diálogo de complementaridade, então, aplica-se no âmbito do Direito Internacional de maneira imediata, operando-se *ipso facto* e sem a necessidade de se buscar fora desse contexto qualquer outra justificativa.

B – Diálogo rogatório de integração

Neste segundo caso, o direito internacional dos direitos humanos permite, em certas hipóteses, a integração (preenchimento) das normas internas com o preenchimento de lacunas apresentadas tanto na Constituição como em leis de cunho infraconstitucional.¹¹¹ Em tal situação, o direito interno passa a pedir (*rogar*) ao direito internacional a integração normativa pela via dos tratados internacionais, a fim de suprir as lacunas existentes na ordem doméstica relativamente a dado direito ou garantia, seja quando faltam critérios de solução no plano interno para a integração legislativa ou, ainda, quando ali se carece de uma solução satisfatória (justa). Trata-se do que a doutrina italiana (Carnelutti, em especial¹¹²) chamou de *hetero-integração*, método segundo o qual, em caso de lacuna do direito positivo, podem as mesmas ser integradas recorrendo-se a ordenamentos diversos.¹¹³

No diálogo rogatório de integração, o ordenamento diverso rogado pelo direito interno a integrá-lo é o *ordenamento jurídico internacional*. Referido

111. V., por tudo, PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 94-98.

112. V. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., pp. 187-189.

113. Cf. também a aceitação do fenômeno por BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 146-147.

diálogo decorre da necessidade de coordenar a ordem jurídica interna com a ordem (de proteção) internacional, de modo preencher eventuais vazios presentes no ordenamento interno capazes de impedir ou dificultar aos indivíduos o acesso a uma proteção de direitos eficaz. Pela integração normativa, advinda da ordem internacional, o direito interno se completa e amplia à pessoa o leque de possibilidades de que dispõe para salvaguardar seu direito violado.

Como se pode desde já perceber, esse tipo de diálogo proposto visa suprimir as *lacunas* apresentadas no direito interno. Com isto pretende-se dizer, como faz Carnelutti, “que no tecido da ordem jurídica há soluções de continuidade que deixam fugir um ou outro caso”.¹¹⁴ A lacuna do direito interno passa a existir quando um caso específico (ainda que hipotético) não encontra regulamentação ou complemento em fonte legislativa também interna, fazendo com que esta ordem jurídica rogue à ordem internacional (em vigor no mesmo Estado cuja produção normativa doméstica é incompleta) que eficazmente a integre.

Poderia se objetar que, na presença de lacunas na ordem jurídica, possível seria recorrer-se ao Judiciário para que as colmate pela criação de uma correspondente norma jurídica. Tal raciocínio é equivocado,¹¹⁵ uma vez que não leva em consideração o princípio geral segundo o qual a falta de dever jurídico de realização de determinada conduta é *permissiva* de sua realização; ou, como diz Kelsen, “quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta”.¹¹⁶ Tudo o que não se pode fazer é interpretar este princípio geral *ex parte principis* (ou seja, a favor do Estado), a significar que na falta de lei protetiva *pode* o Estado desproteger. Daí o anseio do direito interno em *rogar* ao direito internacional que o complete, a fim de suprir as lacunas (de *proteção*) da ordem jurídica doméstica.

114. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., pp. 173-174. O mesmo jurista, contudo, alerta que apenas as lacunas *voluntárias*, e não as *involuntárias*, “aquelas a que se refere o chamado problema das lacunas o qual é, pois, o problema da deficiência na produção do direito”. (Idem, p. 174).

115. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 273.

116. Cf. KELSEN, Hans. Idem, *ibidem*.

A respeito da necessidade da ordem jurídica lacunosa ser eficazmente integrada, assim leciona Carnelutti:

“É natural que as deficiências da ordem jurídica tenham de ser preenchidas. A ordem jurídica faltaria à sua finalidade se houvesse conflitos de interesses que, por falta de composição, pudessem dar origem à violência. É preciso achar um meio para tal fim, ou seja, um meio para a sua integração. Em tal sentido pode enunciar-se o princípio da completabilidade (*compiutezza*) da ordem jurídica, segundo o qual esta deve possuir a capacidade de se completar”.¹¹⁷

Pois bem, sabe-se que dentro da visão tradicional (notadamente positivista) o ordenamento jurídico tem três características básicas: a unidade, a coerência e a *completude*.¹¹⁸ O problema das lacunas no direito aparece neste último ponto (o qual, segundo Bobbio, é o “coração do coração” do positivismo jurídico¹¹⁹). Dentro dessa visão, à medida que a ordem jurídica integra um sistema, que é também *uno* e *coerente*, não é demais supor que – ao menos no plano *ideal* – uma norma deveria existir para regular cada caso, não faltando ao julgador elementos normativos (ainda que antinômicos) para a resolução de um caso concreto. A falta desses elementos é que se entende por *lacuna*.¹²⁰ Daí não serem poucos os ordenamentos que têm no “dogma da completude”¹²¹ um

117. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 175.

118. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 115; e BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 207-210.

119. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...*, cit., p. 207.

120. Veja-se, a propósito, a lição de Bobbio: “Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende *nem* a norma que proíbe um certo comportamento *nem* a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que *nem* a proibição *nem* a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 115).

121. Para as origens históricas do “dogma da completude”, v. BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 119-120, de onde se pode extrair a seguinte lição:

princípio de caráter geral, que parte do pressuposto de que o Estado e o direito que dele emana são Onipotentes, devendo regular cada caso possível. Pensar de maneira contrária era entender que o direito estatal não era completo e que estava a admitir um direito *concorrente*, nascido fora do domínio (monopólio) estatal. Assim nasceram as grandes codificações que viam ali a completude do direito, era chamada por Bobbio de *fetichismo da lei*.¹²² Pouco a pouco, começou-se a entender que o problema das lacunas não poderia ser somente resolvido por um direito proveniente *do Estado*, mas também por outras fontes, como os costumes e os princípios gerais de direito (que não deixam jamais de serem *jurídicos* apenas por não provirem do Estado).

Foi Eugen Ehrlich, pai da sociologia jurídica, no seu clássico *A lógica dos juristas*, quem fortemente reagiu ao fetichismo jurídico e ao dogma da completude. Não são raros os autores clássicos, a exemplo de J. L. Brierly, que lecionam no sentido de ser insustentável a conclusão “de que o direito internacional contém lacunas ou ‘vazios’”, uma vez que “o direito internacional, como qualquer outro ordenamento jurídico, constitui no ponto de vista formal (e sem dúvida só neste) um ordenamento ‘perfeito’: é capaz de dar solução a qualquer caso apresentado perante um tribunal porque aceita a regra de que o juiz tem de ‘encontrar’ uma norma jurídica aplicável à questão que lhe é posta”.¹²³ Ao contrário do que se lê em Brierly, o que Ehrlich demonstrou em sua *A lógica dos*

“Regredindo no tempo, esse dogma da completude nasce provavelmente da tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus iuris*, ao qual não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém as regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido. Caso nos fosse permitido resumir com uma frase o caráter da jurisprudência desenvolvida sob o império e à sombra do Direito romano, diríamos que ela desenvolveu o método da *extensio* em prejuízo do método da *equidade*, inspirando-se no princípio de autoridade em vez de no princípio da natureza das coisas”.

122. BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 121.

123. BRIERLY, J. L. *Direito internacional*, 2ª ed. Trad. de M. R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 67.

juristas foi que o “estadismo” iniciado no século XIX, responsável por impregnar na jurisprudência de então o dogma da completude, deveria ceder a uma escola de direito *livre*.¹²⁴ O ponto-chave da questão estava em fazer os teóricos tradicionais do direito aceitarem que o direito *não é completo*¹²⁵ e que, portanto, existem nele *lacunas* que podem ser superadas por outros meios, a exemplo do poder criativo do juiz.¹²⁶ Seguiu esse caminho a disposição do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.707, de 4 de setembro de 1942), ao dispor que quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, demonstrando assim a intenção de superação, por esses outros meios, das lacunas presentes na ordem jurídica do Estado.¹²⁷

Será o *diálogo rogatório de integração* (ou *integratório*) o responsável pelo preenchimento dessas lacunas (constitucionais ou legais) existentes no ordenamento interno relativas à proteção de um direito garantido por norma internacional. O nexó entre a *falta* de norma interna (ou de norma interna *satisfatória*¹²⁸) capaz de guarnecer a proteção de um direito e a *existência* de

124. V., por tudo, EHRLICH, Eugen, *Die juristische Logik*, Aalen: Scientia Verlag, 1966, 337p. (edição fac-similar da publicada em Tübingen, em 1925). No mesmo sentido, v. também GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, vol. II, 2e ed., Paris, LGDJ, 1919, p. 324. É certo que os positivistas logo rejeitaram a escola do *Direito livre*, notadamente pela defesa daquilo que chamaram “espaço jurídico vazio”, no sentido de que aquilo que não pertence à juridicidade é *irrelevante*, por se situar fora do universo jurídico. Para Bobbio, tal teoria parte de uma “falsa identificação do jurídico como obrigatório”; segundo ele, o que se chama de “liberdade não-jurídica poderia ser melhor definida como ‘liberdade não-protégida’”. (*Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 130).

125. Sobre a incompletude do sistema jurídico, v. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 109-112, que demonstra ser a formulação do sistema jurídico “um processo infundável” (Idem, p. 111).

126. Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 123. Para Bobbio, vários são os motivos da derrocada do estadismo e do dogma da completude: 1) as insuficiências (e o envelhecimento) da codificação no decorrer dos tempos; e 2) o anacronismo da legislação frente a novos desafios da sociedade, como a Revolução Industrial. (Idem, pp. 123-124).

127. Sobre o assunto, v. DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 96-143.

128. À falta de norma interna *satisfatória* para solucionar o problema de eventual lacuna no sistema dá-se o nome de “lacuna ideológica”. Não se trata, aqui, da falta de uma norma, mas da falta de uma *norma justa*, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe, conforme explica Bobbio. A esse respeito, v. BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 139-143.

norma internacional que o integralize deve realizar-se com a introdução supletória da norma internacional na lacuna presente no ordenamento interno. Nesse caso, o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos é rogatório de um auxílio (ou um *pedido*) de completude, o qual deverá o juiz escutar coordenando-os. Será mais propriamente de *integração* esse diálogo, premente que está o direito interno de preenchimento da lacuna existente.

A título de exemplificativo, pode-se destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no *Habeas Corpus* nº 70.389-5/SP (Tribunal Pleno, julgado em 23.06.94, rel. Min. Sidney Sanches; rel. para o Acórdão Min. Celso de Mello).¹²⁹⁻¹³⁰ Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (art. 233 do Estatuto). A polêmica se instaurou dado ao fato desta norma consagrar um “tipo penal aberto”, passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Neste sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”.¹³¹ Lembre-se que só em 7 de abril de 1997 é que foi editada a Lei nº 9.455, definidora do crime de tortura.

129. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 95-98.

130. Sobre este mesmo julgamento, v. LAFER, Celso, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005, pp. 42-43.

131. V. o Acórdão respectivo no DJ de 10.08.01, p. 3. Veja-se a íntegra da ementa deste caso: “Tortura contra criança ou adolescente – Existência jurídica desse crime no direito penal positivo brasileiro – Necessidade de sua repressão - Convenções internacionais subscritas pelo Brasil – Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 233) – Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal

Como se pode perceber do exemplo acima citado, a integração da legislação brasileira (realizada pelo STF) relativamente à tipificação da *tortura* (antes do advento da lei brasileira sobre tortura) bem demonstrou como opera o diálogo vertical de integração. Em outras palavras, demonstrou que o preenchimento de lacunas legislativas pelos tratados de direitos humanos se dá como resultado de um “diálogo integratório” entre as normas do Direito interno

– *Delito imputado a policiais militares – Infração penal que não se qualifica como crime militar – Competência da justiça comum do Estado-membro – Pedido deferido em parte. Previsão legal do crime de tortura contra criança ou adolescente – observância do postulado constitucional da tipicidade.* – O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura – por comportar formas múltiplas de execução – caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. – A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). *A tortura como prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa.* A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. *Necessidade de repressão à tortura – Convenções internacionais.* – O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, ‘caput’, *in fine*). *Tortura contra menor praticada por policial militar – Competência da justiça comum do estado-membro.* – O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as conseqüências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição. - O crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual”.

(v.g., a Constituição ou as demais leis do país) e as do Direito Internacional dos Direitos Humanos, diálogos estes que foram “ouvidos” pelos magistrados da Suprema Corte e “coordenados” por ele, exatamente como propõe Erik Jayme.¹³²

O exercício de aceitação da aposição do tratado na órbita interna com o fim de integrar as normas do ordenamento interno com o preenchimento das lacunas apresentadas pelo Direito doméstico também não passa de um exercício que pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*) dentro de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico.¹³³

Tal diálogo entre a normativa internacional de proteção dos direitos humanos e a legislação interna, constitucional e infraconstitucional, permite assim a integração normativa do direito interno brasileiro, que acaba se completando com o suprimento das lacunas porventura existentes.

§ 2º – Os diálogos verticais

Os chamados *diálogos verticais* são aqueles em que existe, entre o direito internacional e o direito interno, certa agressão maior relativamente ao problema das antinomias. Neste caso, temos também duas situações: *a)* ou a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na Constituição, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente garantidos; ou *b)* a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional do direito interno, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição. Ao primeiro caso chamamos de *diálogo de inserção* e ao segundo de *diálogo de transigência*. Embora exista certa “disputa” entre a norma internacional e a norma interna, numa aparente rivalidade entre ambas, temos como certo que a solução dessas antinomias mais agressivas também se resolve pelo *diálogo* dessas fontes, uma vez que – como ensina o

132. Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

133. Cf. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1960, cit., pp. 57-58.

mestre de Heidelberg Erik Jayme – diante do atual “pluralismo pós-moderno” e da existência de variadas fontes, característica dos sistemas jurídicos atuais, é necessário encontrar a solução dos conflitos que surgem entre elas, preferencialmente por meio da *coordenação* das fontes.¹³⁴

Os diálogos verticais têm a característica de serem mais rígidos e menos fluidos que os diálogos horizontais, vez que demandam dos atores em causa (o *internacional* e o *interno*) medidas, senão *insertivas*, que sejam ao menos capazes de fazer com que um ator (v.g., o *internacional*) consiga convencer o outro (v.g., o *interno*) da necessidade de transigir com ele e *ceder* em determinado momento, para que a sua proteção (no caso exemplificado, a *internacional*) seja efetivamente garantida no plano do direito interno. A recíproca também é verdadeira, caso em que o ator *interno* propõe a transigência e o ator *internacional* cede (também com autorização das suas “cláusulas de diálogo”) ao seu sistema protetivo.

A – Diálogo de inserção

Talvez o mais importante dos diálogos entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro seja o chamado *diálogo de inserção*. Neste caso ocorre o que se pode chamar de *efeito aditivo* dos tratados na ordem jurídica interna, uma vez que estes passam a adicionar (*inserir*) ao direito doméstico e, mais precisamente ao “bloco de constitucionalidade” do texto constitucional, direitos que a ordem jurídica interna não prevê expressamente. Cuida-se do que se costuma chamar de “direito decorrente”, pelo fato de os tratados ampliarem o universo dos direitos constitucionalmente protegidos. Ou se poderia falar também, como faz Carnelutti, em *importação do direito*.¹³⁵ O próprio Carnelutti, que nos idos de 1940 ainda não visualizava os problemas que

134. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., pp. 60-61. V., também, MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., pp. 88-89. Sobre o tema do pluralismo jurídico, v. ainda VACHON, Robert, L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, nº 29 (1990), pp. 163-173.

135. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 188.

se colocam neste estudo, já admitia que esta fórmula “alude a uma troca de normas e preceitos entre diversas ordens, a qual se verifica principalmente (as veremos que não exclusivamente) por força da coexistência dos Estados”.¹³⁶

Os direitos decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas podem vir a provir de tratados protetivos de direitos humanos a que o Brasil seja parte, passando assim a integrar o “bloco de constitucionalidade”. Tais direitos *ampliam* o núcleo de proteção do direito interno e o rol originário dos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição.¹³⁷

Exemplificativamente, como direitos que ampliam o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, podem ser citados os seguintes: *a)* direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; *b)* proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 13 (5) da Convenção Americana; *c)* direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião¹³⁸ e usar sua própria língua, nos termos do artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e

136. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, p. 194. Ainda segundo este jurista: “O mais complexo e o mais conhecido dos fenômenos a que dá lugar esta troca de normas e de preceitos jurídicos entre as várias ordens jurídicas, designa-se, como já adverti, pelo nome de direito internacional privado. O adjetivo internacional alude precisamente à troca entre diversos direitos nacionais, e com o adjetivo privado que dizer-se que o instituto diz respeito ao regime dos conflitos entre cidadãos dos diversos Estados (que se designam, por antonomásia, por sujeitos privados) e não entre os próprios estados (*sic*). O problema teórico do direito internacional privado consiste em saber como é que tem lugar a introdução das normas e dos preceitos de um direito em um direito diverso”. (*Idem*, pp. 195-196).

137. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 93-94.

138. Sobre o tema, v. JAYME, Erik, *Ordre public, droits de l’homme, diversité de religion*, in *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West* (Hrsg. Christian von Bar), Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück, Köln, Berlin, Bonn, München (1999), pp. 221-229.

Políticos e artigo 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança; *d*) direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio indivíduo, de acordo com o art. 7º, 2ª parte, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos; *e*) proibição do reestabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, de acordo com o artigo 4 (3) da Convenção Americana; *f*) direito da criança, que não tenha completado quinze anos, de não ser recrutada pelas Forças Armadas para participar diretamente de conflitos armados, nos termos do art. 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança; *g*) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o artigo 2 (1) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; *h*) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas temporárias e especiais que objetivem acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, nos termos do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; *i*) vedação da utilização de meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões, nos termos do art. 13 da Convenção Americana; *j*) direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial, mínima, nos termos dos arts. 8º, 2, *h* e 25 (1) da Convenção Americana; *k*) direito do acusado ser ouvido, nos termos do art. 8º (1), da Convenção Americana; *l*) direito de toda pessoa detida ou retida de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, nos termos do art. 7º (5), da Convenção Americana; *m*) proibição da extradição¹³⁹ ou expulsão de pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões de que poderá ser submetida à tortura ou a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, nos termos do art. 3º da Convenção contra a Tortura e do art. 22, VIII da Convenção Americana.¹⁴⁰

139. Sobre o tema, v. DEL'OLMO, Florisbal de Souza, *A extradição no alvorecer do século XXI*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 328p.

140. Todos os exemplos são de PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., pp. 93-94.

Dos direitos acima elencados, mister se faça uma breve análise daquele respeitante ao *duplo grau de jurisdição*, expressamente consagrado pela Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica), como garantia judicial mínima, nos seus arts. 8º, 2, *h* e 25 (1), que assim dispõem:

“Art. 8º (*Garantias judiciais*).

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

“Art. 25 (*Proteção Judicial*).

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

Deve-se doravante entender que em matéria criminal o princípio do duplo grau vem agora expresso no Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual toda pessoa acusada de um delito tem o direito, em plena igualdade, “de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8º, 2, alínea *h*).¹⁴¹ O direito ao *duplo grau de jurisdição* no âmbito criminal, sem qualquer condição ou restrição, assim como todos os outros direitos consagrados pelo Pacto de San José e demais tratados pelo Brasil ratificados e não expressamente consagrados pela Constituição, passa, então, a fazer parte do elenco dos direitos

141. Sobre o tema, v. a excelente monografia de GOMES, Luiz Flávio, *Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1996, 256p.

constitucionalmente protegidos, descabendo qualquer disposição em contrário na legislação infraconstitucional.¹⁴²

Com base nestes mesmos preceitos é que alguns juízes têm entendido que a regra expressa no art. 594 do Código de Processo Penal, que exige o recolhimento do réu à prisão para poder apelar, é inconstitucional, por violar a garantia do duplo grau de jurisdição implicitamente reconhecida pela Carta Magna, e revigorado pela regra expressa na Convenção Americana, devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* de norma constitucional.¹⁴³ Aliás, mesmo que assim não se entendesse, como já vimos, a legislação processual penal brasileira tem regra expressa acerca da prevalência dos tratados internacionais. Como já se verificou, o Código de Processo Penal brasileiro, dispõe, no seu art. 1º, inc. I, que o “processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, *ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional*”, e assim o fazendo, deixou claro que os tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro detém um *status* de supra-legalidade, eis que prevalecem sobre a legislação processual penal ordinária.

A esse respeito, aliás, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 15 de junho de 2000, encaminhou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição fundamentada, insurgindo-se contra a referida norma, por

142. V., em detalhes, GOMES, Luiz Flávio, Sistema interamericano de direitos humanos e direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal, in RIBEIRO, Maria de Fátima & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.), *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Prof^a Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 287-298.

143. Cf. a declaração de voto vencido da Juíza Angélica de Almeida, na Apelação nº 1.011.673/4, do TACrim/SP, 5ª Câm., julg. 29.05.1996, rel. designado Juiz Walter Swensson, in *RJTACrim*, v. 31, jul./set. 1996, pp. 120-124. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já decidiu de modo contrário, nestes termos: “O Plenário do STF já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressaltando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes” (HC nº 73.151/1-RJ – Rel. Min. Moreira Alves, m.v., 1ª Turma do STF, julg. 18.12.1995, DJU 19.04.1996, p. 12.216). Mas é de se ressaltar, também, que o próprio STF já reconheceu expressa a garantia do duplo grau de jurisdição, insculpida no Pacto de San José da Costa Rica: “No art. 8º, 2, *h*, da Convenção, tem-se iniludível consagração, como garantia, ao menos na esfera processual penal, do duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’” (STF – RHC nº 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence – Ação Penal Originária e Duplo Grau [Transcrições], in *Informativo nº 187 do STF*).

violar o disposto nos arts. 8º, 2, *h*, e 25, 1, da Convenção Americana. O caso dizia respeito a um acusado em processo criminal, que fugiu do distrito policial onde encontrava-se recolhido, tendo sido, por este fato, a apelação de seu defensor julgada deserta, nos termos do art. 595 do CPP. Apresentado pelo Procurador do Estado defensor o *habeas corpus*, a fim de se dar prosseguimento à irresignação defensiva, o mesmo foi denegado tanto pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*HC* nº 284.923.3/6-00, 1ª Câmara Criminal), como pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (*HC* nº 9102-SP), em flagrante violação ao disposto no art. 8º, 2, *h*, da Convenção Americana. Assim foi que, esgotados os recursos internos sem que tenha obtido êxito, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo viu-se obrigada a encaminhar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição fundamentada requerendo: *a*) o processamento do recurso de apelação interposto naquele caso concreto; *b*) a harmonização do Direito Brasileiro às previsões da Convenção Americana, com a recomendação ao Governo Brasileiro de revogação expressa dos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal; e *c*) a adoção das medidas administrativas, legislativas e judiciais que sejam necessárias para a reparação da violação denunciada.

Somente em 17 de abril de 2007 que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* 88420/PR, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu de vez a questão do direito de apelar em liberdade. Como destaca o *Informativo do STF* a respeito, a Turma “deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do crime de supressão ou redução de tributo ou contribuição social na forma continuada (Lei 8.137/90, art. 1º, incs. I e IV, c/c o art. 71, CP), cuja sentença — confirmatória da decretação de prisão preventiva — condicionara o direito de apelar em liberdade ao seu prévio recolhimento à prisão”. Asseverou-se que, na hipótese, teria havido conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista pelo art. 8º, § 2º, alínea *h*, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF, e a exigência de o condenado recolher-se à prisão para que a sua apelação fosse processada, conforme previsto no art. 594, do Código de Processo Penal. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, salientou que o

direito ao duplo grau de jurisdição integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que o Pacto de San José fôra incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro posteriormente ao CPP. Em sua conclusão o Ministro lecionou no sentido de que “mesmo que lhe seja negada envergadura constitucional, essa garantia [do duplo grau de jurisdição] deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP”, asseverando ainda que “o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada, podendo esta subsistir independentemente de ser admitido o processamento do recurso”.¹⁴⁴ Tal decisão foi aplaudida pela doutrina especializada, segundo a qual é inconstitucional toda norma que vincula a “prisão cautelar” com o “direito de apelar”, uma vez que o direito de apelação integra a ampla defesa, nos termos do art. 5º, inc. LV, da Constituição de 1988.¹⁴⁵

Em suma, o diálogo de inserção entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro permite a ampliação do rol dos direitos constitucionalmente protegidos pela integração dos tratados de direitos humanos no ordenamento nacional, na medida em que os direitos neles contidos não estão previstos de forma expressa pela Constituição.

B – Diálogo de transigência

Resta, por fim, analisar o mais difícil dos diálogos entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro, por nós chamado de *diálogo de transigência*. Um conflito dessa natureza tem lugar quando o tratado de direitos humanos consagra determinado direito cuja execução é proibida pelo ordenamento interno. Em outros termos, existe a previsão de um *direito* consagrado por instrumentos internacionais, mas que o texto constitucional (para falar da mais alta norma jurídica do plano interno) expressamente rechaça e impede sua aplicação. Tal faz com que ambos os ordenamentos (o internacional e

144. V. *Informativo do STF 463*, de 16 a 20 de abril de 1007.

145. Cf. GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos de & BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, vol. 1. São Paulo: RT, 2007, pp. 271-272.

o interno) entrem em choque: um *permite* algo e o outro *proíbe* esse mesmo algo.¹⁴⁶ Neste caso, a antinomia surgida será resolvida pelo diálogo que nominamos de “diálogo de transigência”.

Perceba-se, *a priori*, que este diálogo – onde o tratado internacional de direitos humanos *conflita* com o direito interno – poderia ser interpretado como sendo um diálogo de *colisão*, pelo fato de (aparentemente) as duas fontes legislativas “colidirem” uma com a outra. Mas, como corretamente leciona Claudia Lima Marques, a expressão “diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o ‘conflito’ leva à exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei”, sendo certo que esse “esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação”. Ainda segundo a grande mestre da UFRGS, tal visa evitar “a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial (...)”.¹⁴⁷ Daí termos denominado esse diálogo entre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição, quando ocorre um desentendimento entre elas, de *diálogo de transigência*, onde não há – nessa “conversa” entre as fontes” – qualquer *conflito* entre as mesmas, mas sim um *recuo* de uma delas em sua posição originária (ou, se se preferir, em seu *argumentum*), para “ouvir” o que a outra diz e dar-lhe razão naquele caso concreto.

Considerando-se que *transigir* significa “fazer concessões recíprocas” – lembrando-se do ditado de que *mais vale transigir que demandar* –, pode-se então dizer que o *diálogo de transigência* ocorre quando uma norma de direito

146. Para um estudo da expressão “direitos a algo”, v. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 193-217.

internacional conflita com um preceito do texto constitucional e ambos os ordenamentos jurídicos – o *internacional* (tratado) e o *interno* (Constituição) – “conversam” entre si e decidem resolver o conflito pelo estabelecimento de concessões recíprocas. Nesse diálogo entre as fontes internacional e interna a transigência das partes leva a um resultado amigável por meio de concessões: a Constituição cede ao ordenamento internacional quanto este é mais benéfico e vice versa. É como se existisse uma zona de atração em cada pólo (ordenamento) jurídico e um pêndulo imantado fosse atraído para aquela ordem (internacional ou interna) que mais proteção assegurasse ao sujeito de direito.

O clássico conflito conhecido no Brasil, que pode ser resolvido pelo diálogo de transigência, diz respeito à prisão civil de depositário infiel.¹⁴⁸ Trata-se de antinomia existente entre *um único inciso* do art. 5º da Constituição e *um único inciso* do art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, os quais são mais benéficos e menos benéficos simultaneamente, precisando dialogar e transigir a fim de bem estabelecerem qual deles prevalecerá em cada caso. Em outras palavras, tratando-se de prisão de *depositário infiel* e de *devedor de alimentos*, a Constituição num único inciso do art. 5º será mais benéfica num caso (o do devedor de alimentos) e menos benéfica no outro (no do depositário infiel), enquanto que o Pacto de San José é menos benéfico num caso (o do devedor de alimentos) e mais benéfico em outro (o do depositário infiel).

Assim estatui o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição de 1988:

“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O Pacto de San José da Costa Rica, versando sobre o mesmo tema, assim estabelece em seu art. 7º (7):

147. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1002, cit., p. 57.

148. Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, 252p.

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Não se tem dúvida que o Pacto foi mais benéfico que a Constituição de 1988 ao ter excluído das possibilidades de prisão civil a do *depositário infiel* (possibilidade esta consagrada pelo texto constitucional).¹⁴⁹ Mas porque foi o Pacto *menos benéfico* em relação à prisão por dívida alimentar? A explicação é a seguinte: a Constituição de 1988, após dizer que “não haverá prisão civil por dívida”, excepciona o caso daquele que *voluntária e inescusavelmente* deixa de cumprir com a obrigação de pagar alimentos (descumpra a dívida alimentar). Atente-se bem: a Constituição somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento *voluntário* “e” *inescusável* da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que gera a prisão. O inadimplemento pode ser *voluntário* mas *escusável*, no que não se haveria falar em prisão nesta hipótese. De qualquer forma, o que se pretende observar é que a redação dada pela Constituição de 1988 a esta matéria (prisão civil por dívida alimentar), difere da redação dada pelo Pacto de San José da Costa Rica, que, depois de estabelecer a regra genérica de que “ninguém deve ser detido por dívidas”, acrescenta que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º, nº 7). Ou seja, o Pacto permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. Não diz mais nada; basta o simples *inadimplemento* da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor.

A Constituição brasileira, como se percebe, vai mais além: inseriu na exceção respeitante ao devedor de alimentos, explicitamente, adjetivação

149. Frise-se que o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel (que viola frontalmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) acarreta a *responsabilidade internacional* do Estado que a implementa. Sobre o assunto, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Prisão civil por dívida *versus* responsabilidade internacional do Estado, in CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.), *Arte jurídica: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina*, vol. 1, Curitiba: Juruá, 2005, pp. 317-328.

restringente, exigindo que este inadimplemento seja *voluntário e inescusável*. De forma que, sem sombra de dúvida, neste ponto, é a Carta Magna brasileira *mais benéfica* do que o tratado, pois melhor protege a liberdade individual. E como resolver essa antinomia? O método não pode ser outro senão a concessão que deve a Constituição fazer ao Pacto relativamente a impossibilidade de prisão do depositário infiel e o Pacto fazer à Constituição no que respeita à possibilidade de se prender *mais dificilmente* o devedor de alimentos, aplicando-se a adjetivação restrigente prevista na Constituição e não no Pacto. Tais concessões recíprocas consistem no resultado de um diálogo aberto e franco entre a normativa interna e a normativa internacional em verdadeira *transgência* de ambos os ordenamentos jurídicos.

Outro exemplo desse tipo de conflito pode ser colhido no art. 8º, nº 2, do Pacto de San José, que autoriza os acusados no processo penal a “defender-se pessoalmente” em juízo. A Constituição de 1988 não autoriza a autodefesa ou a falta de assistência técnica no processo penal, uma vez que dispõe (art. 5º, inc. LV) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo certo que entre tais *meios e recursos a ela inerentes* se encontra a assistência por profissional habilitado. Dessa forma, segundo concepção doutrinária, para a Constituição de 1988 a defesa técnica é *indisponível* no processo penal.¹⁵⁰ Assim, a pergunta que se deve fazer é: qual dos dois dispositivos *garante mais* o direito do cidadão, o da Convenção Americana, que autoriza a *autodefesa* no processo penal, ou o da Constituição, que a proíbe? Neste caso – assim como em todos os outros em que as disposições interna e internacional são divergentes – o direito nacional (Constituição) e o internacional

150. V. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92: “Muitas das garantias supranacionais [da Convenção Americana] já se encontram contempladas em nossa Constituição. Em alguns pontos, a Lei Maior brasileira é mais garantidora do que a Convenção (por exemplo, *quando não permite a mera autodefesa, entendendo sempre indisponível a defesa técnica no processo penal*). Em outros, a Convenção explícita e desdobra as garantias constitucionais brasileiras (assim, em relação ao direito do acusado ao intérprete, à comunicação livre e particular com o defensor, ao comparecimento do perito, à concessão do tempo e meios necessários à preparação da defesa)” [grifo nosso].

(Convenção Americana) terão que *dialogar* e *transigir*, fazendo concessões recíprocas. Mas, nesse “diálogo” entre fontes, qual das “partes” na conversa terá o melhor argumento, a convencer a outra do acerto de sua tese? Mais uma vez aplica-se a teoria da *força de atração*: o pêndulo da dignidade da pessoa humana se atrai para o lado da Constituição brasileira neste caso,¹⁵¹ uma vez que o nosso texto constitucional proíbe a autodefesa judicial, dando-lhe então o *melhor argumento* no diálogo com a Convenção Americana, a qual, neste caso, deverá ceder à garantia constitucional que exige a defesa técnica de qualquer acusado no processo penal, impedindo que ele se defenda pessoalmente em juízo. A nossa Constituição *proteje mais* que a Convenção Americana e, por causa disso, deverá ser aplicada em detrimento dela nesse diálogo de transigência. Aqui, novamente, esse saudável *diálogo* entre as fontes resolve o problema de forma ética e plúrima, evitando-se novamente a *mono-solução*.

Um exemplo derradeiro – trazido agora por Flávia Piovesan – é a questão do direito à liberdade sindical. Assim, nos termos do art. 22 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, encontra-se estabelecido o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.¹⁵² Preceito idêntico se encontra insculpido no art. 8º do Pacto internacional dos Direitos Econômicos,

151. Lembre-se que a “dignidade da pessoa humana” deve ser entendida – segundo Paulo Bonavides – como o *ponto de chegada* na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga. Para este constitucionalista: “Ponto de chegada também na escala evolutiva do direito em sede de positivação, porquanto o Direito, depois de ser direito natural, com a teologia e a metafísica, direito positivo com a dogmática e, finalmente, à míngua doutra dicção mais adequada, direito interpretativo com a hermenêutica, ocupa, por derradeiro, o universo dos valores, o mundo novo dos princípios, o extenso campo das formulações axiológicas da razoabilidade que são o fundamento normativo, por excelência, dos sistemas abertos, onde nem sempre a lógica axiomático-dedutiva do formalismo positivista tem serventia ou cabimento, substituída, designadamente, em questões constitucionais, por métodos argumentativos e axiológicos desenvolvidos pela Nova Hermenêutica” (in *Prefácio* à 1ª edição da obra de SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 15).

152. Sobre o tema da ordem pública e os direitos humanos, v. JAYME, Erik, *Ordre public, droits de l’homme, diversité de religion*, cit., pp. 221-229.

Sociais e Culturais, bem como no art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, consagra o princípio da unicidade sindical, nos termos de seu art. 8º, inc. II, prevendo que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial”.¹⁵³

Mas, como resolver o problema de eventual conflito entre uma norma emanada de tratado internacional de proteção dos direitos humanos e um dispositivo constitucional? É dizer, como se resolvem os conflitos que podem surgir entre a Carta da República e determinado tratado de direitos humanos, visto que ambas as normas estão no mesmo grau de “normas constitucionais”? Para a resposta do problema será necessário um estudo mais detalhado de um ponto que passa quase despercebido pela maioria da doutrina, e que por isso merecerá nossa maior reflexão *infra*. Mas pode-se, desde já, dizer que qualquer critério tradicional de solução de antinomias (notadamente o *lex posterior derogat priori*) não pode ter qualquer aplicação aqui.¹⁵⁴

Será então mister estudar os limites à produção normativa interna – relativamente às antinomias entre as *leis* e as normas a elas *superiores*, dentre as quais as provenientes de tratados de *direitos humanos* ratificados pelo Brasil; bem como entre duas normas de *hierarquia* constitucional, como é o caso dos tratados de direitos humanos e a própria Constituição – e a consagração do princípio internacional *pro homine* a ponderar os “diálogos” entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e o sistema de direito interno.

Para que se chegue a uma conclusão coerente do problema é necessário estudar o assunto em capítulo separado, como faremos a seguir (Seção II, *infra*).

*

* *

153. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 100.

154. Nesse exato sentido, v. PIOVESAN, Flávia, *Idem*, pp. 98-99.

Seção II – A produção do direito e o duplo limite material vertical

De tudo o que foi estudado até o presente momento já se pôde perceber que os tratados de direitos humanos efetivamente modificaram a lógica interpretativa que vinha sendo adotada no Brasil até pouco tempo atrás. O velho Estado de Direito passa agora a se tornar um Estado Constitucional e Humanista de Direito, rompendo com os velhos paradigmas que até então se faziam presentes em nosso país quando da interpretação das regras jurídicas do Direito positivo.

Recorde-se – com Luiz Flávio Gomes – “que o Estado, enquanto regido (exclusivamente) pelas regras, valores, normas, princípios e garantias do clássico Estado de Direito (ED), que é sinônimo de Estado de legalidade, talvez tenha alcançado, nas últimas décadas, sua mais aguda crise”. Dentre as várias facetas dessa crise, como explica o mesmo criminalista com base em Ferrajoli, sobressaem três: *a*) crise de legalidade (estamos vivenciando verdadeiros Estados de sublegalidade); *b*) crise na sua função social (os Estados modernos estão se tornando cada vez mais neoliberais, deixando de cumprir suas tarefas básicas consistentes na distribuição da justiça, saúde, educação etc.); e *c*) crise do tradicional conceito de soberania (os Estados decidem cada vez menos os seus destinos, que freqüentemente são ditados e guiados por órgãos internacionais).¹⁵⁵

A produção do Direito, dentro desse novo quadro que integra a força expansiva dos princípios em seu bojo, passa agora a ter que respeitar um duplo limite material vertical, qual seja, a Constituição Federal e os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país. Em outras palavras, todas as normas infraconstitucionais que vierem doravante a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* ratificados pelo Brasil (material

155. V. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 15.

ou formalmente constitucionais); e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país.

A compatibilidade com o texto constitucional não mais garante à lei *validade* no plano do Direito interno. Para tal deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo Brasil. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no país, ela poderá ser considerada *vigente* – e continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados – mas não *válida*, por não ter passado imune ao segundo limite material vertical agora existente: os tratados internacionais em vigor no país. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica ou com a Constituição ou com os tratados de direitos humanos alçados ao nível dela torna *inválidas*¹⁵⁶ as normas jurídicas de direito interno.

Não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente *eficácia*) das normas jurídicas, seguindo-se agora a lição de Luigi Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.¹⁵⁷⁻¹⁵⁸ Assim, é certo que toda lei vigora formalmente até que não seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores) a lei é *vigente*¹⁵⁹ em território nacional

156. Cf., em paralelo, BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico...*, cit., pp. 137-138.

157. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20.

158. A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen, nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto” (*Teoria pura do direito*, cit., p. 235).

159. Perceba-se o conceito de *vigência* do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos

(podendo ter que respeitar eventual *vacatio legis* ou seguir a regra da LICC de quarenta e cinco dias),¹⁶⁰ o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).¹⁶¹ Ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei *vigente* é aquela que já *existe*,¹⁶² por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República, promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai auferir sua *validade*, para em último lugar perquirir-se sobre sua *eficácia*.¹⁶³ Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las”.¹⁶⁴ Mas vigência e eficácia não coincidem

que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade eu constitui a vigência do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, vincula-se a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de vigência *social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross: “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. V. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 59.

160. Para uma panorama das discussões quanto ao início de vigência da lei, v. TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 193-197.

161. A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio: “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afora isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa], em função da qual se pode exigir algum comportamento: é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 121).

162. Perceba-se que o próprio Kelsen aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada” (*Teoria pura do direito*, cit., p. 11).

163. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 193.

164. SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., pp. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente”. (Idem, p. 93).

cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país), já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.¹⁶⁵ Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu conseqüente *desuso* social.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que fazia o positivismo clássico (legalista, kelseniano), que atribuía *validade* à lei *vigente*,¹⁶⁶ desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes, “não se aceitava, nesse tempo, a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima,

165. Nesse sentido, a posição coincidente de KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 12: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se a confusão kelseniana mais uma vez aqui. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

166. V., a propósito, a lição de KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 9, nestes termos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (*vigente*), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a *vigência (validade) de uma norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” (Idem, p. 11) [grifos nossos].

preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.)”.¹⁶⁷ Deve-se afastar também os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo).¹⁶⁸

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser válida deverá ainda ser *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei vigente com lei válida. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade*¹⁶⁹ (trata-se de uma escala de valores, onde em primeiro lugar encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).¹⁷⁰ Por isso não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa¹⁷¹ (que, para nós, é a lei *vigente*), e *vigente* a que já foi *publicada*.¹⁷² O

167. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75.

168. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 51.

169. Daí a afirmação de Miguel Reale, de que quando se declara “que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente” (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua *aplicação*, passando pelo momento de *interpretação*, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia” (Idem, p. 33).

170. Cf., por tudo, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 20 e ss. V., também, GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos de, *Direito penal: parte geral*, vol. 2, São Paulo: RT, 2007, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade”.

171. Goffredo Telles Junior elenca *duas* condições de validade das leis: *a) o seu correto domínio; e b) a sua correta elaboração*. Quanto à primeira “condição de validade, assinale-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*”, e quanto “à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende, não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas” [grifos do original] (*Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 162).

autor conceitua vigência como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outros termos, como “a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”.¹⁷³ Não aceitamos essa construção segundo a qual uma norma “pode ser válida sem ser vigente”, e tampouco a de que “a norma vigente seja sempre válida”.¹⁷⁴

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,¹⁷⁵ que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a lei vigente compatível com o texto constitucional¹⁷⁶ e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia.¹⁷⁷ Apenas havendo compatibilidade material vertical com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente* e *válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da

172. Idêntica lição é encontrada em DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., pp. 51-52. Neste caso, a autora nomina a *vigência* de vigência em sentido estrito, para diferencial da *vigência* em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a *vigência* em sentido estrito pode se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”. (Idem, p. 52).

173. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...*, cit., p. 198.

174. Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes, para quem: “(...) nem toda lei vigente é válida”. (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75).

175. Assim também, ROSS, Alf, *Direito e justiça*, cit., p. 128: “Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, *direito vigente*, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais” [grifo nosso].

176. V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.

177. Cf. SCHNAID, David, *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 123.

compatibilidade material vertical com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do Direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem referir-se aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”¹⁷⁸ [grifos do original], à qual se pode aditar os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale mostrar é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional *e com as normas internacionais*, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”.¹⁷⁹

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen, para quem a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada [o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando Kelsen escreveu a 2ª edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960].¹⁸⁰

Segundo Luiz Flávio Gomes o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do Direito, “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”. Para esse mesmo jurista, o

178. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito...*, cit., p. 13.

179. REALE, Miguel. *Idem*, *ibidem*.

180. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., pp. 367-368.

“equivoco metodológico-científico decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmitt etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais”.¹⁸¹

Mais à frente, na mesma obra, o citado jurista conclui: “De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da ‘legalidade’ e da ‘vigência’. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou

181. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 27.

entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei”.¹⁸²

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal relativamente ao tema do conflito entre tratados e leis internas se deu com o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no *RHC 79.785/RJ*, onde entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter *supralegal*. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara no STF com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do *RE 466.343-1/SP*, onde se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”. E continua: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à

182. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, pp. 76-77. Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, admite-se contudo uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto *formal*. Neste caso, “não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto formal (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal” (*Idem*, p. 77).

legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.¹⁸³

Ocorre que mesmo essa posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima comentado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.¹⁸⁴ A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

Na Alemanha este também é o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por este país (art. 59, da Lei Fundamental: “Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal”), que passam a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Este entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior; mas é bom fique nítido que naquele país também se encontram

183. V. o voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, no RE 466.343-1/SP, p. 21.

184. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 694-701.

correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional pelo menos à Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁸⁵

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns* – é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), mas também com dois limites verticais materiais, quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b*) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil seja parte (que têm *status* supralegal).¹⁸⁶ Para a existência de

185. V., por tudo, BANK, Roland, Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10º año, Tomo II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 721-734. Sobre o tema, v. ainda GROS ESPIELL, Hector, La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l’homme: analyse comparative, in *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), pp. 167-412; e FACCHIN, Roberto, *L’interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova: CEDAM, 1990. Para um estudo do papel da União Europeia em matéria de direitos humanos, v. RIDEAU, Joel, Le rôle de l’Union européenne en matière de protection des droits de l’homme, in *Recueil des Cours*, vol. 265 (1997), pp. 9-480.

186. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 34. Este autor, contudo, não obstante aceitar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. *Op. cit.*, p. 32), ainda entende que a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais *comuns* “é uma questão aberta”, uma vez tratar-se “de uma zona do Direito (ainda) indefinida”. (Idem, p. 36). Este mesmo criminalista cita um caso da Suprema Corte Mexicana, onde se reconheceu o *status* supralegal dos tratados relativos à matéria tributária (os quais, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, no Brasil, já têm esse mesmo nível por expressa disposição legal). Eis trecho da explicação do caso (por Priscyla Costa, in *Consultor Jurídico* de 15.02.07) citado por Luiz Flávio Gomes: “Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais. (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição. O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há ‘mais proximidade’ das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para

vigência e concomitante *validade* das leis deverá ser respeitada uma dupla compatibilidade vertical material, ou seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, inc. X da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF) mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.¹⁸⁷

Doravante é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso Direito interno segundo a tese que aqui estamos defendendo: *a*) se a lei conflitante é anterior à Constituição o fenômeno jurídico que surge é o da *não-recepção*, com a conseqüente invalidade material da norma a partir daí; *b*) se a lei antinômica é posterior à Constituição nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela

permitir a convivência, ‘em particular o tráfico mercantil’. Há ainda outros 14 pedidos de *Habeas Corpus* apresentados por diversas empresas, que alegam aplicação de leis contrárias ao estabelecido em tratados internacionais, especialmente no caso do Nafta” (Idem, p. 36).

187. Segundo Luiz Flávio Gomes: “Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (CF, art. 52, X), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (...) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (...) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (...) Para que não paire dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige *quorum* qualificado de 2/3 dos Ministros do STF).” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., pp. 85-86).

via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos legitimados do art. 103 da Constituição); *c*) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e em vigor no país, a mesma é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, a ela também é *superior*); e *d*) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição) tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente*).¹⁸⁸

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua validade e conseqüente eficácia, em estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão desta *dupla compatibilidade vertical material*, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país.

O respeito à *Constituição* faz-se por meio do *controle de constitucionalidade* das leis, e o respeito *aos tratados* (de direitos humanos ou não) faz-se pelo *controle de convencionalidade*, conforme abaixo se verá com detalhes.

§ 1º – O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade

Primeiramente, para a vigência e validade da produção de um Direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, a qual pode ser combatida pela via *difusa* (de *exceção* ou *defesa*) ou pela via concentrada (ou *abstrata*) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando

188. V., nesse sentido, o HC 88.420-SP do STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ainda o HC 90.172-SP, também do STF, rel. Min. Gilmar Mendes, onde fica expresso o novo entendimento da Suprema Corte que atribui aos tratados de direitos humanos (e somente a estes por enquanto) o *status* de supra-legalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

se fizer presente um caso *concreto*) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.¹⁸⁹

Então, a primeira idéia a fixar-se é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível com a Constituição do Estado (e, posteriormente, com os tratados internacionais de direitos humanos). Assim, como explica Luiz Flávio Gomes, “não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade”. E o mesmo criminalista continua: “Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, quorum mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito] a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc”.¹⁹⁰

189. Nos termos desse dispositivo: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

190. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 65.

A compatibilidade com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição.

A – A obediência aos direitos expressos na Constituição

Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, § 2º da Constituição, segundo o qual “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”. Desmembrando este dispositivo, o que se extrai é que além dos direitos expressos na Constituição (*primeira vertente*), existem também os direitos nela implícitos (*segunda vertente*), que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (*terceira vertente*), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provém ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.¹⁹¹

A primeira das três vertentes dos direitos e garantias no texto constitucional brasileiro diz respeito àqueles *expressos* na Carta. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua criadora, que é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Perceba-se a referência aos “direitos e garantias *individuais*” pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os

191. Sobre essas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 684-685.

demais direitos fundamentais não-individuais (v.g., os *sociais*, os *econômicos* e os *culturais*) e todos os outros de cunho *coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional de 1988, sobre a inclusão de *outros direitos* ao rol das chamadas “cláusulas pétreas”, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de Ingo Sarlet – não é aceitável que os direitos não-individuais (v.g., uma direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição.¹⁹² Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4º, inc. IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional deve-se substituir a expressão “direitos e garantias *individuais*” pela expressão “direitos e garantias *fundamentais*”.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer que é a produção normativa doméstica, para auferir a *validade* necessária à sua posterior *eficácia*, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite vertical material do qual estamos a falar.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado *controle de constitucionalidade*.¹⁹³ Apenas cumpre informar que neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o texto magno, a falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da “conversa” a lei que não tem

192. V., por tudo, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 422-428.

193. Sobre o tema, v. KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., pp. 300-306. Na doutrina brasileira, v. especialmente MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 64-94 e pp. 146-250, respectivamente; e BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, 333p. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade entre nós, v. ainda BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, 164p.

argumentos válidos (pois é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se da lei a possibilidade de “conversar” e de “dialogar” com as outras fontes jurídicas, deixando somente participar da “conversa” fontes válidas e eficazes.

Apenas a declaração de inconstitucionalidade *formal* afeta (desde logo) o plano de *vigência* da norma (e, conseqüentemente, os da *validade* e *eficácia*), como já se falou anteriormente.¹⁹⁴ Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de declaração de inconstitucionalidade do “programa abstrato de aplicação” da norma, a mesma continua *vigente*, mas *inválida* (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.¹⁹⁵

B – A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5º, § 2º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provém ou podem vir a provir “do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”. Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.¹⁹⁶

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material.

194. Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77.

195. Não é outra a lição de Luiz Flávio Gomes, nestes termos: “(...) toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu “programa abstrato de aplicação”. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu “programa normativo” desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 2º da Lei no 8.072/90 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidade (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei no 11.464/07)”. (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 77).

196. V. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88.

Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos *decorrentes*, provém ou podem vir a provir do *regime* ou dos *princípios* adotados pela Constituição. E aqui teríamos então mais uma subdivisão: a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um *princípio geral de direito*. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do diálogo travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos é papel do aplicador do direito.¹⁹⁷

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre o

197. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., pp. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz: “Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validade normativa onde houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: a) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos. Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; b) derivados das idéias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando um acerta conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apóiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e c) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de “nações civilizadas” e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 96-97] se tiverem *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral”. (Idem, p. 59).

que são *princípios jurídicos* e quais são os princípios regentes do sistema constitucional brasileiro.¹⁹⁸

A Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos junto à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu “haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos”, não obstante, na prática, ser ele “mais aparente do que real”.¹⁹⁹ De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* se compõe de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o outro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais*

198. Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, v. BONIFÁCIO, Artur Cortez, *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., pp. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: “Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe especial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como *Standards*, padrões de observância obrigatória no sistema de direito” (Idem, pp. 133-134).

favorável.²⁰⁰ Por *dignidade da pessoa humana* pode-se considerar, segundo Maria Garcia, a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.²⁰¹

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na *medida* e para o *fim* de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje.²⁰² Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.²⁰³ Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em

199. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais, cit., p. 92.

200. Cf. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., pp. 92-96.

201. GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 211. Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio, “importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supervalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 174).

202. Cf. GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 200-203.

203. Como anota Artur Cortez Bonifácio, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores

seu primeiro artigo. Segundo este dispositivo, inserto no capítulo primeiro da Carta, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, nº 1). Assim estatuinto, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da *missão constitucional*. Esse fundamento ético é “anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais”.²⁰⁴

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição.

Não se pode esquecer a lição de Peter Häberle, para quem se tem que caracterizar a Constituição como um “sistema de valores”, impedindo-se entender os “valores” no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo Häberle os valores não são “impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la ‘singular índole’ de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo

constitucionais” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., pp. 174-175).

204. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 175. Ainda segundo Bonifácio: “Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente” (Idem, p. 175).

jurídico”.²⁰⁵ Em outras palavras, como leciona Bidart Campos, num sistema de normas “que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto”.²⁰⁶

Outro princípio regente do sistema constitucional brasileiro é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4º, inc. II, da Constituição brasileira de 1988. Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio *pro homine*, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que prevalecerá – deve ser sempre do ordenamento que melhor amparar os direitos humanos.²⁰⁷

Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

205. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 9-10.

206. BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III, cit., p. 277.

207. Como leciona Artur Cortez Bonifácio, o art. 4º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”, posto que nele temos “a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de *jus cogens*, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração” e, assim sendo, todos eles compõem “um conjunto normativo e axiológico que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbítrio” (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., p. 201). Daí se entender, junto a Otto Bachof, que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por “direito” as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém “um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria” (*Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 2).

§ 2º – O respeito aos tratados internacionais e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das leis

A segunda compatibilidade material vertical para a vigência e validade do Direito infraconstitucional deve ser realizada com os instrumentos internacionais (de direitos humanos e comuns) em vigor no país. Como já se falou anteriormente, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. A *contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja comum de *status* supralegal), pois nesse caso operar-se-á de imediato a terminação da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de Direito interno).

A compatibilidade do Direito doméstico com os tratados internacionais em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.²⁰⁸ O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados que o país se encontre vinculados por diversos atos de caráter soberano, como a ratificação ou a adesão ao tratado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres

208. Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, v. SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro, El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla, in *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, nº 2, pp. 201-219.

no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu Direito interno.²⁰⁹ Não somente os tribunais internos devem realizar doravante o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais)²¹⁰ criados por convenções entre Estados, onde estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fôra decidido e a dar seqüência, no plano do seu Direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.²¹¹ O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico garante a legitimidade do controle de convencionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.²¹²

Para realizar o controle de convencionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público os tribunais internacionais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo

209. V., assim, a lição de ALCALÁ, Humberto Nogueira, Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, in *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, n° 1, 2007, p. 87: “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid”.

210. Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Européia de Direitos Humanos) no que tange aos direitos humanos, v. respectivamente, GOY, Raymond, *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 2002; TIGROUDJA, Hélène, *La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles: Bruylant, 2003; e MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 3e éd., Paris: Dalloz, 2005.

211. Sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, v. RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 439p.

212. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso V. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 1-13.

incorporados ao Direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.²¹³ Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.²¹⁴ Mas também pode existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os de *direitos humanos*) internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição de 1988.²¹⁵ Tal demonstra que, doravante, os parâmetros de controle (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição *e os tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo governo e em vigor no país.

Esta compatibilidade do Direito doméstico com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada simultaneamente em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados e (2) em relação àqueles direitos previstos nos tratados *comuns* em vigor no país, tratados estes que se encontram *abaixo* da Constituição, mas *acima* de toda a normatividade infraconstitucional.

213. A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”. V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso V. Peru*, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 11.

214. V. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, cit., p. 259.

215. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, cit., p. 239.

A – Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de *direitos humanos*, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos aqui a compatibilidade que têm que ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos *expressos* nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte, estando todos publicados no *Diário Oficial da União* desde a sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados (e ao depósito no Secretariado da ONU dos seus instrumentos constitutivos).

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *invalida* a produção normativa doméstica fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixaram de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram à primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida*, e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país) não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no *diálogo das fontes* já estudado, uma vez que para se chegar à justiça da decisão deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*dia*) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Essa tese foi aceita pelo Min. Celso de Mello em antológico voto (*HC 87.585-8/TO*) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008, onde reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3º do art. 5º da Constituição) dos tratados sobre essa matéria. Ficou ali assentado pelo Min. Celso de Mello que as fontes internas e internacionais devem *dialogar* entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras: “Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, *ao diálogo entre essas mesmas fontes*), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais” [grifo nosso].²¹⁶

O que se nota com clareza meridiana no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revogara sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. *HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35*) – aceita agora a tese do *diálogo das fontes* e a aplicação do princípio *pro homine* (este último, há vários anos consagrado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos). Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e dinâmica que deve existir no âmago da questão relativa aos conflitos de leis.

216. V. STF, *HC 87.585-8*, do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12.03.08, p. 19.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio *pro homine*. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras também de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis.

Pode-se dizer que o princípio internacional *pro homine* decompõe-se em dois outros princípios (ou, se se quiser, pode-se até mesmo dizer que esses dois outros princípios *formam* o princípio da primazia), que são o *princípio da prevalência dos direitos humanos* e o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Essa confluência principiológica atribui à força expansiva dos direitos humanos especial realce: o de servir ao Direito como instrumento da paz. Esse valor *paz* reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre *anterior* às normas jurídicas que o absorvem e sempre *mais amplo* que elas.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados (que se encontram no mesmo pé de igualdade na escala hierárquica das normas, tendo assim o mesmo *status* jurídico). Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação daquela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes e válidas*, deverão submeter-se a esta dupla compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de favorecer a “evolução do direito”²¹⁷) e mais consentânea com a pós-modernidade.

217. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 188.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão se *unir* em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que *todo* o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição da República quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, chegando-se assim a uma ordem jurídica interna *perfeita*, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido.

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge ainda uma questão a se versar. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5º, § 3º da Constituição de 1988. Neste caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvencionalidade...*) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daqueles § 3º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5º, § 3º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*”.²¹⁸

No raciocínio do professor José Afonso da Silva, apenas os tratados de direitos humanos internalizados pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º, seriam paradigma de controle de constitucionalidade (para nós, de

218. V., por tudo, SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179.

convencionalidade...), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que são internalizados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, devendo o conflito ser resolvido pelos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”²¹⁹).

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,²²⁰ podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5º, § 3º do texto constitucional faz é tão somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º da Constituição de 1988. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.²²¹ Sem retomar esta discussão, a qual não tem lugar nesta Tese, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle de constitucionalidade.²²² Assim, à medida que estes tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

219. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179.

220. V. as críticas de BONIFÁCIO, Artur Cortez, *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, cit., pp. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diversos do nosso.

221. V. explicação detalhada em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 694-701. V. ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, in *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.

222. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*, cit., p. 207.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é a seguinte tese: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com tais medidas sempre que *a Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. Doravante – após a Emenda Constitucional 45/04 – é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição, as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de tal direito e estando este mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.²²³

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim perante o controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionalizaria utilizando-se emprestado de uma ação (v.g., uma ADIn ou uma ADPF) do controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que o tratado-paradigma em causa seja *equivalente* a uma emenda constitucional.

223. V., nesse exato sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional...*, cit., p. 239, que diz: “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvenionalidade*), a ADECON (para garantir a norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Enfim, muito embora não tenhamos visto ninguém suscitar este posicionamento, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa José Afonso da Silva – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”.²²⁴ Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle *concentrado*, enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com

224. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179.

aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: *a*) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle concentrado, cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; *b*) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade.

Como já falamos anteriormente, os tratados contemporâneos de direitos humanos já prevêem “cláusulas de diálogo” (v.g., o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais “cláusulas de diálogo” passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes* no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna (que Erik Jayme chamou de *diálogo das fontes*²²⁵) passa a ficar *constitucionalizado* em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição) e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a

internalização das “cláusulas de diálogo” dos tratados de direitos humanos (e, conseqüentemente, do *diálogo das fontes*) dá-se em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Como já se falou anteriormente (v. Capítulo I, Seção II, § 2º, B, *supra*), reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquele mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”.²²⁶

A integração do método dialógico de Erik Jayme no Brasil passa a ter caráter de norma de *ordre public* nacional, para além do caráter internacional também reconhecido de *jus cogens*, à medida que os tratados de direitos humanos que consagram as chamadas “cláusulas de diálogo” são normas aceitas e reconhecidas pela sociedade internacional dos Estados em seu conjunto, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por outras da mesma natureza, fazendo eco à regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tudo o que acima foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico com os direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, para que só assim possam ser vigentes *e válidos* na ordem jurídica interna, também deve ser aplicado em relação aos direitos *implícitos* nesses mesmos tratados de direitos humanos. Os chamados direitos *implícitos* são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito da segunda compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem que passar o direito doméstico, para somente assim poder este último sobreviver.

225. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

226. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 34.

B – Os direitos previstos nos tratados comuns

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – da Constituição e dos tratados de *direitos humanos* dos quais o Brasil é parte –, uma segunda conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais *comuns* em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível *supralegal* no direito brasileiro. Norma *supralegal* é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se justamente da posição em que se encontram tais instrumentos (*comuns*) no nosso direito interno.

Infelizmente não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2º e 3º do art. 5º, aos quais já nos referimos. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, inc. III, alínea *b*). Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas *supralegal*) a tais tratados. Assim, em relação aos tratados comuns o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele *posterior* ou *especial* em relação a ela (na aplicação daqueles critérios *clássicos* de solução de antinomias), mas sim em decorrência do *status* de supralegalidade desses tratados no plano doméstico. Nesta ordem de idéias a *lei posterior* seria *inválida* (e, conseqüentemente, *ineficaz*) em relação ao tratado internacional, que não obstante *anterior* é hierarquicamente *superior* a ela.²²⁷

227. V., por tudo, PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de, *Manual de direito internacional público*, 3ª ed. rev. e aum. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2001, pp. 121-123.

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível *supralegal* no Brasil, a iniciar-se pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.²²⁸

Na redação do art. 98 do CTN os tratados em matéria tributária *revogam ou modificam* a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser *observados* por aquela *que lhes sobrevenha*. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados *comuns*, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia *superior* às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): *a*) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas *materialmente constitucionais* – art. 5º, § 2º – ou *material e formalmente constitucionais* – art. 5º, § 3º); e *b*) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, como aduz Alberto do Amaral Júnior, “os tratados internacionais de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade revogam todas as normas inferiores que os contrariarem, tenham ou não precedência temporal”, o que significa dizer que “não é relevante se a norma referida é anterior ou posterior ao advento do tratado”, pois o “simples fato de revestir posição hierárquica superior lhe dá

228. Para uma análise detalhada deste dispositivo no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 314-322. Cf., ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro, in *Revista Forense*, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar./abr./2007, pp. 583-590.

incontestável primazia, quando em confronto com eventuais normas colidentes”.²²⁹

O problema que visualizamos em relação aos tratados *comuns* diz respeito à falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre têm dispositivos no sentido de *não excluir* a aplicação do direito doméstico (ainda que em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for *mais benéfica* aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Neste caso, parece estar comprovado – por tudo o que até aqui já dissemos – que os critérios tradicionais de solução de antinomias (*hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade*) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de *direitos humanos* e as normas de direito interno veiculadoras de *direitos fundamentais*, devendo os mesmos ser resolvidos pela aplicação do *diálogo das fontes*, quando o juiz “escuta” o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as “coordena” para aplicá-las (com *coerência*) ao caso concreto. E esta “conversa” entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios “vasos comunicantes” (ou *cláusulas de diálogo*) previstos tanto nas normas internacionais (v.g., o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (v.g., o art. 5º, § 2º, c/c art. 4, inc. II, ambos da Constituição de 1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais do direito interno devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*.²³⁰ Assim, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e tratados de direitos humanos, os

229. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*, cit., p. 487.

230. Muitos autores que versaram a *teoria geral do direito* não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, CARNELUTTI, Francesco, *Teoria geral do direito*, cit., pp. 162-167.

juízes e tribunais brasileiros deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado enquanto este vincular o Estado.²³¹

A solução para este caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.²³² O “direito interno” referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, *todo* o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado.²³³ Contudo, à medida que se entende que os tratados comuns *cedem* ante a Constituição, este dispositivo deve passar a ser interpretado como os temperamentos que o Direito Constitucional lhe impõem.²³⁴

*

* *

231. Cf. PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, cit., p. 123.

232. Não cabe aqui um estudo deste dispositivo. Para tal, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 203-207.

233. Cf. PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, cit., p. 120.

234. Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: “(...) a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensamos que eles cedem perante a Constituição, por força dos preceitos constitucionais que sujeitam os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade. Somente na falta desses comandos constitucionais é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de *todos* os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, inc. III, alínea *b*), e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infraconstitucional a tais tratados, ainda que supralegal” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 205-206).

SÍNTESE CONCLUSIVA

O PRINCÍPIO INTERNACIONAL *PRO HOMINE*

Este estudo pretendeu demonstrar que as relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno estão a rumar para um novo horizonte em tempos pós-modernos. Este horizonte é o da primazia dos direitos humanos independentemente do sistema jurídico provêm. Esta primazia consolida-se como um princípio *do* direito internacional público²³⁵ pós-moderno, já nominado de princípio internacional *pro homine*.²³⁶ Por meio dele, não há que se falar na primazia absoluta de uma norma em rechaço a outras, nem tampouco no estabelecimento de critérios ou fórmulas *fechadas* de solução de antinomias, incapazes de levar ao diálogo das fontes e de sopesar qual o “melhor direito” para o ser humano no caso concreto. Se os métodos tradicionais de solução de antinomias somente levam à *mono-solução*,²³⁷ o princípio internacional *pro homine* leva à solução plural, em que o juiz “coordena” o diálogo das fontes “escutando” o que elas dizem.²³⁸

É esta, a nosso ver, a tese que melhor atende às preocupações da sociedade internacional sobre a proteção dos seres humanos e que melhor se adapta à fluidez que a normativa internacional de proteção dos direitos humanos está a exigir, sem levar em consideração o fato de que o “diálogo das fontes” e o seu consectário (o princípio internacional *pro homine*) se desvencilham dos antigos dogmas existentes (*v.g.*, o do domínio reservado do Estado), dando vida e

235. Os princípios gerais *do* direito internacional são os que provêm, direta e originariamente, da própria prática internacional, e não da convicção jurídica generalizada dos sistemas jurídicos *internos* dos Estados. Sobre esta diferenciação, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 98-99.

236. Cf. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., pp. 92-96.

237. *V.* MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 1960, cit., p. 57.

238. *V.* JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259; e MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., pp. 663-664.

efetividade à proteção jurídica dos direitos da pessoa humana.²³⁹ Poder-se-ia também acrescentar que o “diálogo das fontes” e o princípio internacional *pro homine* ajudam o Estado – quase que como um “absolvição sumária”, se fosse possível fazer esta analogia – a se libertar de eventual responsabilização internacional por violação de direitos humanos quando a discussão sobre a omissão (ou falta de proteção) estatal recair sobre a não-aplicação de um direito *internacional* previsto em tratado de direitos humanos de que esse mesmo Estado é parte.

Este estudo tencionou também propor a exclusão do modelo “uma norma *ou* outra”, nos casos de conflitos entre normas internacionais (mesmo de *soft law*) e de direito interno, a fim de consagrar-se uma solução pelo modelo “uma norma *ou* outra”, deixando a cargo do juiz escutar o diálogo de tais fontes e coordenar o que elas dizem a fim de aplicar, no caso concreto, a norma (internacional ou interna, indiferentemente) que *mais proteja* o ser humano sujeito de direitos. Esta solução é mais fluida que uma solução do tipo *fechado*, uma vez que – diferentemente desta última – é capaz de superar a exclusão de uma fonte pela outra simplesmente, permitindo que elas coexistam e convivam em harmonia e com coerência.

Do estudo realizado verificou-se que o caminho trilhado pelo direito internacional dos direitos humanos junto ao direito interno dos Estados é o da “identidade fundamental de propósitos”,²⁴⁰ a demonstrar que ambas as ordens jurídicas (a internacional e a interna) rumam à cada vez mais intensa *interação*, para além da *coexistência* inclusiva (em rechaço à *exclusão* de uma ordem pela outra em caso de antinomias) já garantida pelas “cláusulas de diálogo” dos contemporâneos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Portanto, a primeira conclusão a que se pode chegar (antes das conclusões numeradas *infra*) do estudo que acabamos de fazer, é a de que os

239. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., p. 10.

240. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, p. 292.

critérios tradicionais de solução de antinomias não têm aptidão para lidar com os conflitos que surgem entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Tais conflitos encontram solução no princípio internacional *pro homine*, que representa o “resultado” que as fontes (internacional e interna) chegaram em seu “diálogo”. Assim, pode-se dizer que nas relações entre o direito internacional dos direitos humanos com a ordem jurídica interna:

a) o *critério hierárquico* fica afastado quando, por meio do princípio internacional *pro homine*, se autoriza a aplicação de uma norma de hierarquia *inferior* em detrimento de outra de hierarquia *superior*, quando a norma hierarquicamente inferior for mais protetora que a norma de hierarquia superior.²⁴¹ Evidentemente que se a norma de hierarquia superior (v.g., um tratado internacional de direitos humanos em confronto com uma lei ordinária interna) for mais benéfica e mais protetora ao ser humano que a norma inferior, aquela é que deve ser aplicada, não em razão de sua hierarquia (que, como se viu, pouco está a importar neste caso), mas em razão de ali se conter o *melhor direito* ao ser humano protegido;

b) o *critério cronológico* não será aplicado quando a norma *anterior* for mais benéfica que a norma *posterior* de mesma hierarquia, perdendo esta última sua aptidão para revogar (derrogar ou ab-rogar) a norma anterior. Por meio dessa nova solução jurídica, também decorrente do princípio internacional *pro homine*, a norma anterior mais favorável fica *conservada* no tempo, uma vez que a norma posterior menos benéfica não tem qualquer aptidão para revogá-la,²⁴² em homenagem também ao princípio da *vedação do retrocesso*. Aqui também é necessário deixar claro que as próprias normas internacionais têm disposição no sentido de que devem elas ser inaplicadas caso uma norma interna anterior seja mais benéfica que a proteção convencional (v.g., art. 5, § 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civís e Políticos de 1966, no contexto *global*; e art. 29, alínea *b* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, no contexto

241.Cf. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, cit., p. 93.

242.Cf. HENDERSON, Humberto. Idem, p. 94.

regional interamericano). A recíproca também é válida aqui: uma norma interna *posterior* mais benéfica que o tratado de direitos humanos *anterior* deve ser aplicada em detrimento deste, também como consagração do princípio internacional *pro homine*²⁴³;

c) o *critério da especialidade*, da mesma forma, perde aplicação quando a norma *geral* é protetivamente mais ampla que a norma *especial* menos protetora. Neste caso o juiz deve coordenar as fontes (internacional e interna) no sentido de delas extrair a máxima eficácia de proteção ao ser humano, nada impedindo que se complemente a norma geral mais benéfica com aspectos da norma específica menos protetora nos casos não disciplinados pela norma geral. Caso a norma *especial* seja a mais protetora, não há problemas de interpretação e de aplicação da norma pelo juiz, uma vez que, além de *especial*, é também a norma *mais protetora*. O problema hermenêutico surge quando a norma *geral* protege mais que a norma *especial*, quando então deverá o juiz rechaçar o critério tradicional da *especialidade* e aplicar a norma mais benéfica, ainda que se utilize da norma especial menos protetora para suprir eventuais lacunas da norma geral caso esta não discipline todos os aspectos necessários à boa aplicação da norma em causa ao caso concreto.

Eis então a finalidade desta nova construção jurídica: formatar um direito renovado e mais apto a lidar com as diferenças, em franca oposição a um sistema intransigente, que não encontra na dialógica necessária às melhores relações humanas sua melhor racionalidade, coerência, principiologia e sentido.

É impossível lograr a construção de um sistema perfeito para as soluções de antinomias, notadamente em tempos pós-modernos. Mais impossível ainda é resolver todos os problemas possíveis que o tema das soluções de antinomias apresenta. Como restou claro no desenvolver dessa investigação, o que se pretendeu foi romper com uma lógica tradicional ainda impregnada na doutrina atual, que na pós-modernidade jurídica não mais resolve, com coerência, o complexo de problemas que advêm das relações entre o direito internacional

243. Cf. HENDERSON, Humberto. *Idem*, p. 97.

dos direitos humanos e o direito interno. Tais *problemas*, porém, não são problemas de conotação *absolutamente* negativa. Os “problemas” que as relações entre ambas as ordens (a internacional e a interna) apresentam têm um cunho – e, poder-se-ia dizer, um *fim* – de caráter *positivo*, eis que visam desenvolver novos métodos que sejam capazes de sempre *proteger mais* o ser humano em seus direitos frente às suas violações. Contudo, ainda aqui, fica o problema da impossibilidade de esgotamento do tema, que já é aprioristicamente complexo. Mas a nenhum jurista é impossível desvendar soluções ao menos *coerentes* para os problemas que o Direito apresenta, pois “a perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno”.²⁴⁴

*
* *

Pois bem, ao fim e ao cabo desta exposição teórica têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

1. O tema dos *direitos humanos* tornou-se contemporaneamente o tema mais importante da agenda internacional estatal e o grande *leitmotiv* que deve conduzir a cultura jurídica atual. Se a modernidade atribuiu prevalência para as fontes internas de proteção, não há dúvidas que a pós-modernidade passa a dar proeminência às fontes internacionais de direitos. Em outras palavras, os direitos humanos – para além dos *direitos fundamentais* constitucionalizados – tornaram-se a grande *meta superior* da sociedade internacional pós-moderna e a questão mais premente da *ordre public* internacional do nosso tempo.

2. Um dos veículos mais importantes introdutórios dos direitos humanos internacionalmente consagrados nas ordens jurídicas internas é o *tratado internacional*, que no caso da veiculação de normas de direitos humanos têm uma especial força normativa, que não se iguala à dos tratados tradicionais, que apenas regulam as relações recíprocas entre Estados. Os tratados de direitos humanos, por representarem a ordem do *jus cogens* internacional e introduzirem

244. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O *Habeas Data* brasileiro e sua lei regulamentadora, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 138, Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1998, p. 90.

no plano interno as metas de proteção *erga omnes* da sociedade internacional contemporânea, são tratados em tudo *especiais* e como tais devem ser compreendidos.

3. A internalização dos tratados de direitos humanos no plano do direito interno não passa imune a potenciais *conflitos* de normas porventura existentes entre a ordem jurídica internacional (de onde eles provêm) e o ordenamento jurídico interno (onde eles irão se incorporar). Daí o esforço da doutrina jurídica e da jurisprudência (tanto nacional como internacional) em desvendar *critérios* para a resolução desse problema que ocorre na prática, quando da incorporação de um instrumento internacional no plano do direito interno estatal.

4. Os critérios tradicionalmente utilizados para a resolução dos conflitos entre regras – e para o conseqüente conflito entre regras *internacionais* e *internas* – são o da *hierarquia*, o *cronológico* e o *hierárquico*, respectivamente conhecidos pelos brocardos *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Por meio do primeiro, a lei hierarquicamente superior sempre há de prevalecer sobre a hierarquicamente inferior; pelo segundo, a norma editada (ou que tenha entrado em vigor) posteriormente prevalece sobre a norma anterior; e, pelo terceiro critério, as normas especiais deverão prevalecer sobre as regras gerais.

5. A utilização desses critérios tradicionais de solução de antinomias tem encontrado aplicação tanto no direito interno como no direito internacional. Em outras palavras, tais critérios clássicos (hierárquico, cronológico e da especialidade) têm sido aplicados relativamente entre o conflito entre (a) duas normas internas, entre (b) duas normas internacionais e entre (c) uma norma interna e outra internacional, indistintamente.

6. No campo do direito constitucional têm-se também utilizado outros critérios para a solução das antinomias nesse campo, a exemplo da regra da *proporcionalidade* e da técnica da *ponderação de interesses*. Doutrinariamente não se tem versado tais métodos no campo do direito internacional e, mais especificamente, no plano do direito internacional dos direitos humanos, o que

também não significa que não possam ser utilizados com sucesso também nesta seara.

7. A própria doutrina que aceita e ainda mantém os critérios tradicionais de solução de antinomias (v.g., Bobbio, na Europa, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, no Brasil) também aceita a idéia de que os mesmos são insuficientes para resolver todos os problemas (antinomias) porventura existentes dentro do universo jurídico.

8. Mesmo a doutrina mais moderna (como a de Robert Alexy) que versou especificamente o problema dos direitos fundamentais – ainda que não tenha versado propriamente a questão da integração dos tratados de direitos humanos na ordem interna e os possíveis *diálogos* entre as ordens internacional e interna – não conseguiu apontar outra solução para o conflito de regras senão aquelas que apregoam a *exclusão* de uma regra em detrimento da outra, sistema que reputamos *intransigente* e que impossibilita o *diálogo das fontes*.

9. No plano do direito internacional dos direitos humanos, os próprios instrumentos internacionais de proteção, que têm especial força normativa, já prevêem certos “vasos comunicantes” ou “cláusulas de diálogo” entre as ordens internacional e interna, no sentido de dar sempre prevalência à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses do ser humano em causa (*la loi la plus favorable*), o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos originalmente nominou de princípio internacional *pro homine*.

10. O diferencial que têm os tratados de direitos humanos dos tratados internacionais comuns é o fato de visualizarem o papel do Estado sempre sob a ótica *ex parte populi*, que tem como ponto de partida os interesses *da pessoa*, e não sob a ótica *ex parte principis*, que leva em consideração apenas os interesses *do governo*. Por tal motivo é que o *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos passa a ter natureza jurídica *objetiva*, na medida em que resguarda as relações dos Estados com os indivíduos sujeitos à sua jurisdição, e não as relações estritas *entre Estados*.

11. A força expansiva e o *telos* dos tratados de direitos humanos leva o aplicador do direito a buscar novos métodos para a solução das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, em franca oposição aos critérios tradicionalmente utilizados. Na pós-modernidade, essa nova proposição deve ser mais fluida e flexível do que as soluções do tipo *hard* ou inflexíveis. Em outras palavras, as soluções para os conflitos de normas no direito pós-moderno não devem ser alcançadas aplicando-se o tradicional modelo “uma ou outra norma” (que leva apenas à *mono-solução*), mas sim o modelo “uma e outra norma” que, além de mais aberto e fluido, é também mais coerente.

12. Devem as relações pós-modernas entre o direito internacional e o direito interno afastar a *excludência* de uma norma pela outra e ceder à *coexistência* entre essas mesmas normas, além de também afastar todo tipo de *intransigência* quando o sujeito de direitos for um ser humano. A coexistência entre as ordens interna e internacional é decorrência do *diálogo das fontes*, a permitir a aplicação da norma que, no caso, mais proteja esse sujeito de direitos.

13. Se o Direito existe para reger a convivência humana, configura-se um contra-senso entender que as normas de dois ou mais ordenamentos jurídicos não possam também dialogar e viver juntas em harmonia. O *diálogo das fontes* é condição necessária para a unidade sistêmica das ordens jurídicas, à base dos direitos humanos. O *diálogo* entre fontes quebra também as barreiras que impedem a justiça no caso concreto, ao dar ao juiz a possibilidade de *escolher* qual norma, no caso concreto, melhor atende aos direitos da pessoa humana (princípio *pro homine*) e julgar da maneira que lhe parece mais adequada.

14. Os *diálogos* entre as ordens interna e internacional podem ser *horizontais* e *verticais*. Os primeiros podem ser (a) *sistemático de complementaridade* e (b) de *integração*. Os segundos podem ser (a) de *inserção* e (b) de *transigência*. Os *diálogos horizontais* ocorrem quando: a) a norma de direito constitucional é mera *repetição* de um direito que já vem expresso em tratado internacional (*diálogo sistemático de complementaridade*), caso em que o valor extrínseco da norma convencional será o de “norma materialmente

constitucional”, possuindo o poder de revogar todas as disposições internas em contrario; ou *b*) a norma internacional vem suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais (*diálogo de integração*). Por sua vez, os *diálogos verticais* irão ocorrer quando: *a*) a norma internacional dispõe sobre direito não expressamente consagrado na Constituição, o que irá gerar sua inclusão no rol dos direitos constitucionalmente garantidos (*diálogo de inserção*); ou *b*) a norma internacional entra em choque frontal com uma disposição constitucional do direito interno, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição (*diálogo de transigência*).

15. É salutar ao sistema jurídico a transigência das normas em lugar da intransigência e da exclusão de uma norma por outra. Se há transigência é porque houve *diálogo* e, se houve diálogo, é porque a solução do conflito proveio do próprio sistema jurídico, em demonstração de que ele (o sistema jurídico) almeja sempre a *melhor solução* para um conflito de normas ou até mesmo de interesses. O juiz, neste caso, terá por missão “coordenar” tais fontes jurídicas e “escutar” o que elas dizem. Ouvido o *diálogo das fontes* estará o magistrado habilitado a aplicar a “solução” (ou a “conclusão”) do respectivo diálogo, atribuindo a cada ser humano protegido o melhor (mais benéfico) direito no caso concreto.

16. A consagração da técnica do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine* estão a revelar que o velho Estado de Direito passa agora ao novo Estado Constitucional e Humanista de Direito, que rompe com os velhos paradigmas jurídicos e traz à luz novos métodos de interpretação do direito positivo. Dentre as facetas da crise do velho Estado de Direito sobressaem a *crise da legalidade*, a *crise na função social* e a *crise do tradicional conceito de soberania*. Esta última é revelada pela cada vez mais crescente atuação de organismos supranacionais e pelas responsabilidades que impõem aos Estados as normas internacionais de direitos humanos. À medida que tais normas têm *status* diferenciado (no Brasil, esse *status* é de norma constitucional) na ordem jurídica interna, tem-se que a produção do direito doméstico deve não somente respeitar a Constituição, mas ainda as normas internacionais ratificadas pelo governo e em vigor no país. Em outros termos, todas as normas infraconstitucionais que vierem

a ser doravante produzidas devem passar por dois níveis de aprovação: (1) o da *Constituição* e dos *tratados de direitos humanos* ratificados pelo Brasil (material ou formalmente constitucionais); e (2) o dos *tratados internacionais comuns* também já ratificados e em vigor no país.

17. Uma lei interna somente será *válida* se passar pelo exame de compatibilidade vertical com a *Constituição* e com os *tratados* (de direitos humanos ou não) em vigor no país. Caso a norma esteja de acordo com a *Constituição*, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no país, ela poderá ser considerada *vigente* mas não *válida*, por não ter passado imune ao segundo limite material vertical. Não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente *eficácia*) das normas jurídicas, como fazia o positivismo legalista kelseniano. Tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores) a lei é *vigente* em território nacional (podendo ter que respeitar eventual *vacatio legis* ou seguir a regra da LICC de quarenta e cinco dias), o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*). Ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo, por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República, promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*. Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai auferir sua *validade*, para em último lugar perquirir-se sobre sua *eficácia* (esta última, ligada à realidade social que a norma almeja regular). Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ainda ser *vigente*. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade* (trata-se de uma escala de valores, onde em primeiro lugar encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).

18. A produção normativa doméstica está a contar não somente com limites formais (procedimentais) senão também com limites *materiais*. Doravante, a compatibilidade das leis com o texto constitucional não mais garante *validade* à norma jurídica em questão. Somente sendo compatível com a *Constituição e com os tratados internacionais* em vigor no país é que se poderá

dizer ser *válida* (e, conseqüentemente, potencialmente *eficaz*) uma norma produzida pelo direito doméstico.

19. O *status* jurídico diferenciado dos tratados de direitos humanos é altamente salutar à proteção dos direitos humanos uma vez que constitucionaliza (ao menos em *nível*) as “cláusulas de diálogo” que consagram o princípio internacional *pro homine*, tornando o *diálogo das fontes* princípio constitucional de interpretação jurídica e de solução de antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que se atribui *status* constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado e à medida que tais instrumentos prevêm as chamadas “cláusulas de diálogo” em seus textos, a conclusão mais consentânea com a lógica da proteção dos direitos humanos é que a técnica do *diálogo das fontes* passa doravante a ser cláusula materialmente constitucional. Em outras palavras, a autorização convencional para se aplicar a “melhor norma”, em consagração ao modelo “uma e outra”, passa a ser considerada autorização – ou mandamento – de nível materialmente constitucional, acabando vez por todas com um sistema intransigente que não enxerga na coexistência (e no *diálogo*) das normas uma maior racionalidade, coerência e sentido.

*

* *

BIBLIOGRAFIA*

1. Livros e trabalhos de conteúdo geral

ABRAMOVICH, Victor; BOVINO, Alberto & COURTIS, Christian (orgs.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *O direito dos tratados na Constituição. A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7^a ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BADIALI, Giorgio. *La tutela internazionale dell'ambiente*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Il Mulino, 1984.

* Dividimos a bibliografia deste estudo em suas seções. A primeira é dedicada apenas aos livros e trabalhos de conteúdo geral, que ultrapassam a qualificação de *artigos* ou *papers*. A segunda decide-se a estes últimos, que são trabalhos menores, como capítulos de livros, artigos e cursos publicados em periódicos.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. & BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 327-378.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima & BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

BIDART CAMPOS, German J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 1995.

_____. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLANCHÉ, Robert. *História da lógica de Aristóteles a Bertrand Russel*. Lisboa: Edições 70, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1955.

_____. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*, 8ª ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes, vol. 8).

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*, 1º vol. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2005.

BRIERE, Carine. *Les conflits de conventions internationales en droit privé*. Paris: LGDJ, 2001.

BRIERLY, J. L. *Direito internacional*, 2ª ed. Trad. de M. R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Trad. de Maria Manuela Farrajota (*et all.*). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas, GROS ESPIELL, Héctor, GROSSMAN, Claudio & MAIER, Harold G. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BULTRINI, Antonio. *La pluralità dei meccanismi di tutela dei Diritti dell'Uomo in Europa*. Torino: Giappichelli, 2004.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *El sistema en la jurisprudencia*. Trad. de Juan Antonio García Amado. Madrid: Fundación Cultura del Notariado, 1998.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 1ª ed., vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, 2ª ed. atual. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. III. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*. Barcelona: Ariel, 1968.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1940.

_____. *Teoría general del derecho*. Trad. de Carlos G. Posada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

_____. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARREAU, Dominique. *Droit international*, 8ª ed. Paris: A. Pedone, 2004.

CASSESE, Antonio. *Il diritto internazionale nel mondo contemporâneo*. Bologna: Il Mulino, 1984.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Paris: LGDJ, 1977.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, 6ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUPUY, René-Jean. *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. Paris : Economica/UNESCO, 1986.

_____. *La clôture du système international: la cité terrestre* (Grand Prix de Philosophie de l'Académie Française). Paris, PUF, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EBERHARD, Christoph. *Droits de l'homme et dialogue interculturel*. Paris: Éditions des Écrivains, 2002.

EHRlich, Eugen. *Die juristische Logik*. Aalen: Scientia Verlag, 1966.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, 2ª ed. Tübingen: C.B. Mohr, 1964.

FACCHIN, Roberto. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1990.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *A ciência do direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FREIRE, Paulo. *Política e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.

FRIEDMAN, Lawrence M. *The horizontal society*. London: Yale University Press, 1999.

GANNAGÉ, Léna. *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*. Paris: LGDJ, 2001.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GAUCHET, Marcel. *La révolution des droits de l'homme*. Paris: Gallimard, 1989.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, vol. II, 2º ed. Paris, LGDJ, 1919.

GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica: una discusión abierta*. Buenos Aires: Gowa, 1999.

GIUDICE, Frederico del (*et all.*). *La Costituzione esplicata*, 5ª ed. Napoli: Simone, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. MOLINA, Antonio García-Pablos de & BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, vol. 1. São Paulo: RT, 2007.

_____. & MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*, vol. 2. São Paulo: RT, 2007.

_____. & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (Coleção Ciências Criminais, vol. 4). São Paulo: RT, 2008.

_____. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008 (Coleção de Direito e Ciências Afins, vol. I – direção Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini).

GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GOY, Raymond. *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*. London: Esperia Publications Ltd., 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Toronto: Butterworths, 1991.

HERON, Jacques. *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLQUIST, Michael. *Dialogism: Bakhtin and his world*. London: Routledge, 1990.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffré 1999.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights, from ancient times to the globalization era*. Berkeley: University of California Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Projet de Paix Perpetuelle*. Trad. de J. J. Barrère e C. Roche. Paris: Nathan, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *Traité de droit européen de l'environnement*. Paris: Frison-Roche, 1995.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LEARY, Virginia. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMONGI FRANÇA, R. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: RT, 1969.

_____. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

_____. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 10ª ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*. 3^e éd. Paris: Dalloz, 2005.

MARINHO, Ilmar Penna. *Nova tendência do direito internacional: garantia supra-estatal para os direitos humanos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MARQUES, Claudia Lima. *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts: Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht*. Frankfurt-Berlin: Verlag für Standsamtwesen GmbH, 1997.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V. & MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MATHIEU, Jean-Luc. *La protection internationale de l'environnement*. Paris: PUF, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Curso de direito internacional público*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Coletânea de direito internacional*, 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*, 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. ; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os pactos internacionais de direitos do homem*. Lisboa: Petrony, 1976.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MOURGEON, Jacques. *Les droits de l'homme*. Paris: PUF, 2003.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Thex, 1995.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OPPETIT, Bruno. *Droit e modernité*. Paris: PUF, 1998.

_____. *Essai sur la codification*. Paris: PUF, 1998.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, 3ª ed. rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA DE ARAÚJO, João Hermes. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores/Seção de Publicações, 1958.

PERELMAN, Chaim (ed.). *Les antinomies en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1965.

_____. *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1974.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*, Tomo III, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 6ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2004.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Sérgio André. *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro: o caso das convenções para evitar a dupla tributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROMANI, Carlos Fernandez de Casadevante. *La protección del medio ambiente en derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, vol. 1 (Introdução e Parte Geral – Direito das Pessoas). Trad. de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934.

SALVIA, Michele. *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

SCHRÖDER, Meinhard (Ed.). *350 Jahre Westfälischer Friede: Verfassungsgeschichte, Staatskirchenrecht, Völkerrechtsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

SENARCLENS, Pierre de. *La crise des Nations Unies*. Paris: PUF, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. São Paulo: RT, 1993.

STEAD, Christopher. *A filosofia na antiguidade cristã*. Trad. de Odilon Soares Leme. São Paulo: Paulus, 1999.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip & GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: law, politics, morals*, 3th ed. New York: Oxford University Press, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes, vol. 1).

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, 6ª ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*, 2ª ed., rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991.

TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

_____. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às novas perspectivas*. Trad. de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: PUF, 1990.

WATERS, Malcolm. *Globalization*, 2nd ed. London: Routledge, 2001.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZANGHI, Cláudio. *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 2^a ed. Torino: Giappichelli, 2006.

2. Capítulos de livros, artigos e cursos publicados em periódicos

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, n° 1, 2007, pp. 59-88.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O direito internacional: entre a ordem e a justiça. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, n° 177, Brasília: Senado Federal, jan./mar./2008, pp. 129-148.

_____. Le “dialogue” des sources: fragmentation et coherence dans le droit international contemporain. In: JOUANNET, Emmanuelle; FABRI, Hélène Ruiz; & SOREL, Jean-Marc (orgs.). *Regards d'une génération sur le droit international*. Paris: A. Pedone, 2008, pp. 7-33.

ARAÚJO, Nadia. Dispute resolution in Mercosur: the Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court”. *Inter-American Law Review*, University of Miami, vol. 32, n° 1, Winter-Spring 2001, pp. 25-56.

AYALA CORAO, Carlos M. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre (Bolivia), nov./2004, pp.9-63.

BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10° año, Tomo II. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 721-734.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O *Habeas Data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n° 138, Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1998, pp. 89-101.

_____. O direito em tempos de globalização. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n° 20, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002, pp. 13-27.

BARRAL, Welber. Reforma do judiciário e direito internacional. *Informativo Jurídico do INCIJUR*, n.º 04, nov./1999, pp. 03-04.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 1, São Paulo, 1993.

_____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto & PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 185-208.

BIEDERMAN, Soledad Villagra de. Implementación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el Paraguay. *Derechos Humanos en Paraguay*. Assunción: Serpaj, 1996.

BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1965, pp. 237-258.

BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. *American Journal of International Law*, n° 76, april/1982, pp. 1-27.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights: at global and regional levels. *Recueil des Cours*, vol. 202 (1987-II), pp. 9-435.

_____. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1996.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: ARAUJO, Nadia & BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 7-62.

_____. International law for humankind: towards a new *jus gentium* (I): general course on public international law. *Recueil des Cours*, vol. 316 (2005), pp. 9-439.

_____. International law for humankind: towards a new *jus gentium* (II): general course on public international law. *Recueil des Cours*, vol. 317 (2005), pp. 9-312.

_____. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, pp. 207-321.

CHUECA SANCHO, Angel G. El derecho al desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos. *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos*. M. Contreras, L. Pomed & R. Salanova (coords.). Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de

Derechos Humanos (Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 2). Zaragoza: Gobierno de Aragón, 1998, pp. 47-74.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, nº 736, fev./1997, pp. 503-532.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto [Editor]. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 2ª ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH [et al.], 1996.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, pp. 15-29.

DUMAS, Jacques. La sauvegarde internationale des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 59 (1937-I), pp. 1-97.

EBERHARD, Christoph. Derechos humanos y dialogo intercultural. In: GARCIA, Manuel Calvo (ed.). *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Instituto Internacional de Sociologia Juridica de Onati/Dykinson, 2002, pp. 255-289.

_____. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. *Direito e Democracia: revista de ciências jurídicas*, vol. 3, nº 2, Canoas: Ed. ULBRA, 2002, pp. 489-530.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In: FERRAZ, Sergio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, pp. 7-37.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. História e razão do paradigma vestefaliano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º año, Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1445-1465.

GARCÍA, Luis M. El derecho internacional de los derechos humanos. *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 2002.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09 (Le droit subjectif en question). Paris: Sirey, 1964, pp. 177-192.

GOLSONG, H. Implementation of international protection of human rights. *Recueil des Cours*, vol. 110 (1963-III), pp. 1-151.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, vol. 710, dez./1994, pp. 21-31.

_____. Sistema interamericano de direitos humanos e direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal. In: RIBEIRO, Maria de Fátima & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Prof.^a Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 287-298.

GROS ESPIELL, Hector. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 145 (1975-II), pp. 1-55.

_____. La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), pp. 167-412.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267.

_____. Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. Int. Privatrecht und Europarecht (1997), pp. 230-236.

_____. Droit international privé et droit international public: utilité et nécessité de leur enseignement dans un cours unique. *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 67, Tome II, Paris (1998), pp. 99-109.

_____. Identité culturelle et droit international privé. *Kultur, Tradition, eigenes Kulturbewußtsein und Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Bericht über das dreißigste Gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg. 19. Juni/1. Juli 1998, Heidelberg (1999), pp. 261-275.

_____. Ordre public, droits de l'homme, diversité de religion. *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West* (Hrsg. Christian von Bar). Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück, Köln, Berlin, Bonn, München (1999), pp. 221-229.

_____. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours*, vol. 282 (2000), pp. 9-40.

_____. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, n° 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 93-103.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 105-114.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 115-131.

_____. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 1, nº 1 (mar./2003), 2ª ed, Porto Alegre: PPGDir, 2004, pp. 133-146.

JENKS, Wilfred. The conflict of law-making treaties. *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), pp. 401-453.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours*, vol. 4 (1926-IV), pp. 227-331.

KLUG, Ulrich. Observations sur le problème des lacunes en droit. *Le problème des lacunes en droit* (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1968, pp. 86-89.

LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights. *Recueil des Cours*, vol. 70 (1947-I), pp. 1-108.

LINDGREN ALVES, José Augusto. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: ARAUJO, Nadia & BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 139-166.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, pp. 91-106.

LYOTARD, Jean-François. The other's rights. In: SHUTE, Stephen & HURLEY, Susan (eds.). *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures*. New York: Basic Books, 1993, pp. 135-147.

MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties. *Journal of World Trade* 35 (6), Geneva, 2001, pp. 1081-1132.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: KRIEGER, Maria da Graça, & ROCHA, Marininha Aranha (orgs.). *Rumos da pesquisa: múltiplas trajetórias*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

_____. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. *Estudos em*

Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 263-309.

_____. Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales. *Revue du Droit Uniforme/UNIDROIT*, vol. VIII, Roma, 2003 (1/2), pp. 465-484.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, São Paulo: RT, jan./mar./2003, pp. 71-99.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 51, São Paulo: RT, jul./set./2004, pp. 34-67.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, pp. 17-86.

MATSCHER, Franz. Quarante ans d’activités de la Cour européenne des droits de l’homme. *Recueil des Cours*, vol. 270 (1997), pp. 237-398.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista da AJURIS*, ano XXVI, nº 81, Tomo I (doutrina), Porto Alegre, mar./2001, pp. 306-325.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, nº 154, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2002, pp. 15-29.

_____. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, nº 156, Brasília: Senado Federal, out./dez./2002, pp. 169-177.

_____. El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, San José, Costa Rica: IIDH, enero/junio. 2004, pp. 203-229.

_____. Prisão civil por dívida *versus* responsabilidade internacional do Estado. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina*, vol. 1. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 317-328.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.

_____. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista Forense*, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar./abr./2007, pp. 583-590.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. A norma jurídica no direito internacional público. In: FERRAZ, Sergio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, pp. 243-269.

_____. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob (org.). *A nova Constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, pp. 19-38.

_____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-33.

MERON, Theodor. International law in the age of human rights: general course on public international law. *Recueil des Cours*, vol. 301 (2003), pp. 9-489.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Droit international et droit constitutionnel. *Recueil des Cours*, vol. 38 (1931-IV), pp. 307-465.

PANIKKAR R. La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental? *Interculture*, vol. XVII, n° 1, Cahier 82 (1984), pp. 3-27.

_____. A dialogue on human rights. *Interculture*, vol. XVII, n° 2, Cahier 83 (1984), pp. 78-85.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos en la 'L' conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. In: MANCHEGO, José F. Palomino & CARBONELL, José Carlos Remotti (coords.). *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 405-421.

RIDEAU, Joel. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 265 (1997), pp. 9-480.

SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. In: MANCHEGO, José F. Palomino & CARBONELL, José Carlos Remotti (coords.). *Derechos humanos y Constitución*

en Iberoamérica : libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 33-52.

SALMON, Jean. Les antinomies en droit international public. *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1965, pp. 285-314.

SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, n° 2, pp. 201-219.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: BONAVIDES, Paulo (Ed.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n° 1. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jul. 2003, pp. 607-630.

SPERDUTI, Giuseppe. Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne. *Recueil des Cours*, vol. 153 (1976-V), pp. 319-411.

STEFANO, Maurizio de. La diretta applicabilità dei diritti umani nell'ordinamento giuridico italiano. *Il Fisco*, n° 12, de 26.03.01, pp. 4.689-4.694.

TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n° 43, São Paulo: RT, abr./jun. 2003, pp. 57-72.

TRIAS DE BES, J. M. Règles générales des conflits de lois. *Recueil des Cours*, vol. 62 (1937-IV), pp. 1-93.

TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours*, vol. 1 (1923-I), pp. 77-121.

VACHON, Robert. L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 29 (1990), pp. 163-173.

VANDER ELST, Raymond. Antinomies en droit international privé. *Les antinomies en droit* (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1965.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n° 167, Brasília: Senado Federal, jul./set./2005, pp. 135-170.

VASAK, Karel. Le droit international des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 140 (1974-IV), pp. 333-416.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VON SIMSON, Werner & SCHWARZE, Jorge. Integración europea y Ley Fundamental: Matrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán. In: BENDA, Ernst (*et all.*). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

VRANES, Erich. The definition of 'norm conflict' in international law and legal theory. *European Journal of International Law*, vol. 17, nº 2, april 2006, pp. 395-418.

WALZ, Gustav Adolf. Les rapports du droit international et du droit interne. *Recueil des Cours*, vol. 61 (1937-III), pp. 375-456.

WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, vol. 237 (1992-VI), pp. 9-370.