

OS DIREITOS HUMANOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS: PARÂMETRO NORMATIVO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NA ARGENTINA

HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL TREATY: REGULATORY PARAMETER IN CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZIL AND ARGENTINA

Edimar Carmo da SILVA¹

Resumo: Os direitos humanos, tais como reconhecidos pela literatura e pelos tribunais internacionais, estão assumindo um papel central nas relações internacionais. A dimensão fundamental desses direitos se projeta para a ordem interna de cada país quando são contemplados na respectiva Constituição Nacional. A atual literatura jurídica confere a primazia na interpretação dos direitos humanos, dando-lhes a nota da essencialidade, inclusive para fins de superação da soberania interna frente às decisões oriundas de tribunais internacionais na tutela desses direitos. A previsão contida no § 3º do art. 5 da Constituição Federal brasileira, conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, acolhe formalmente os tratados e convenções internacionais de direitos humanos com a hierarquia de emenda constitucional. Nada obstante, a redação contida no § 2º do mesmo dispositivo Constitucional também confere dignidade constitucional a esses documentos jurídicos internacionais ratificados e inseridos na ordem jurídica interna brasileira. De outro ponto situa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, dentre outros, confere dignidade de norma supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos anteriores à mencionada Emenda Constitucional. De outra via, tanto a Constituição Nacional quanto a Corte Suprema da Nação Argentina contemplam os tratados e convenções internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional, conforme previsto no n. 22

¹ *Aluno regular no curso para doutorado, área de Direito Constitucional, da Universidade de Buenos Aires-UBA (ARG). Mestre em Ciências Criminais – PUC/RS. Promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor convidado da pós-graduação do Centro Universitário Estácio/ Facitec - DF.*

do art. 75 da Constituição Nacional, com redação dada pela Reforma Constitucional de 1994.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Fundamentais. Constitucionalidade. Brasil. Argentina.

Abstract: *The human rights, such as recognized by international courts and literature, are assuming a central role in international relations. The fundamental dimension of these rights is designs for internal order of each country when they are included in its National Constitution. The current legal literature gives primacy in the interpretation of human rights, giving them the note of essentiality, including for purposes of overcoming the internal sovereignty in the face of the decisions from international courts in safeguarding these rights. The forecast contained in § 3 of art. 5 of the Brazilian Federal Constitution, conferred by constitutional amendment No 45/2004, welcomes formally the international treaties and conventions on human rights with the hierarchy of constitutional amendment. However, nothing the essay contained in § 2 of the same Constitutional device also gives constitutional dignity to these international legal documents ratified and entered into the national legal systems in Brazil. Another point is the case law of the Federal Supreme Court, among others, confers dignity supralegal standard to human rights treaties and conventions preceding the mentioned constitutional amendment. Another via both the National Constitution as the Supreme Court of the nation Argentina contemplate the treaties and international human rights conventions with constitutional hierarchy, as provided for in paragraph 22 of the art. 75 of the National Constitution, with wording by Constitutional Reform of 1994.*

Keywords: *Human Rights. Fundamental. Constitutionality. Brazil. Argentina.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A dimensão atual dos direitos humanos na ordem jurídica internacional. 3. A previsão normativa dos Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira pela Emenda Constitucional nº 45/2004. 4. A previsão normativa dos Direitos Humanos na constituição nacional argentina pela reforma constitucional de 1994. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar, em breves considerações, os pontos de coincidência e as possíveis distinções dos direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica internacional e sua respectiva inserção como parâmetro normativo no controle de constitucionalidade nas ordens jurídicas brasileira e argentina.

O tema em questão ganha significativa expressão quando considerada a reforma constitucional levada a cabo na Argentina, em 1994, que traz uma mudança paradigmática no tratamento dispensado aos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais ratificados ao tempo da mencionada reforma constitucional.

No tocante ao tratamento dispensado pelo direito constitucional brasileiro, ganha relevância o procedimento estabelecido pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, também, em certa medida, fixando parâmetros para que os direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais possuam dignidade de norma constitucional.

Nesse sentido, buscar-se-á analisar, em primeiro ponto, a atual dimensão dos direitos humanos na ordem jurídica internacional; em seguida, a previsão normativa acerca da recepção constitucional dos direitos humanos segundo a Constituição Federal brasileira; em igual medida será exposta a atualizada previsão constitucional, pela Constituição Nacional Argentina, pela reforma de 1994, acerca dos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais aprovados pelo Estado argentino; por fim, pretende-se estabelecer os pontos afins e possíveis distinções entre as ordens jurídicas brasileira e argentina acerca do tratamento dispensado a esses mesmos direitos humanos.

2. A DIMENSÃO ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Sem a pretensão de aprofundar acerca da precisa origem e evolução histórica do que se convencionou, na cultura ocidental, como direitos humanos, convém consignar o conceito aproximado e que melhor retrata a constituição desses direitos essenciais das pessoas.

Para o professor Ricardo Rabinovich-Berkman os direitos humanos podem ser entendidos como aqueles amparados por uma comunidade, os quais geram condutas obrigatórias aos demais e cujo titular seja um homem. Nas palavras do mencionado professor por “derechos humanos podríamos entender aquellos poderes amparados por una comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de *ser un miembro de la especie del homo sapiens sapiens*. Es decir, la nuestra”².

² RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *¿Cómo se Hicieron los Derechos Humanos?: un viaje por la historia de los*

Não diferente é a conceituação de direitos humanos, segundo a ótica de Sieckmann. Em primeiro momento, Sieckmann pondera no seguinte sentido: “los derechos humanos se definen como derechos que rigen para todo ser humano por la sola condición de ser humano”³. Contudo, após ter como problemática a mera condição de ser humano para fundamentar tais direitos, além da qualificação de certos grupos específicos de pessoas, o mesmo Sieckmann conceitua os direitos humanos pelo modo de validez. Assim, são direitos humanos “los derechos de los seres humanos, que rigen y se deben observar en todos los sistemas jurídicos, independientemente de la normativa en el derecho positivo”⁴.

Ademais, como preconizado por Nowak, não por outra razão na origem do racionalismo ocorreu o “reconocimiento de los seres humanos como sujetos dotados de derechos contra la sociedad y ubicados en el centro del sistema social y jurídico”⁵.

Sem embargo, apesar de no presente texto se fazer referência aos termos direitos humanos e direitos fundamentais como expressões sinônimas, convém deixar assente que certa doutrina faz a devida distinção. Nesse sentido, para Sarlet direitos humanos dizem respeito aos direitos contemplados nos documentos internacionais, enquanto que direitos fundamentais são os “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo”⁶.

Consoante autorizada doutrina⁷, as primeiras formulações históricas dos direitos humanos advêm da segunda metade do século XVIII, precisamente: da Constituição de Virgínia de 1776 e na declaração francesa dos direitos humanos, de 1789. Contudo, convém consignar que essa concepção de direitos humanos em muito resultou da invocação do direito natural, mas cuja existência depende do direito positivo.

Piovesan, abordando a proteção dos direitos humanos na ordem internacional, assevera no sentido de que, se a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Segundo a autora, nesse período do pós Grande Guerra “Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado ao Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”⁸.

principales derechos de las personas. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013, p. 32.

³ SIECKMANN, Jan. *Derechos Humanos y Autonomía. In.: CAPALDO, Griselda et alii (Directores). Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional. Buenos Aires: Editorial Eudeba/ Alexander von Humboldt, 2012, p. 633.*

⁴ SIECKMANN, *op. cit.*, p. 633.

⁵ NOWAK, Manfred. *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2009, 25-26.*

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.*

⁷ BULYGIN, Eugenio. *Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos. In.: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 4, 1987, p. 79.*

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Humanos: uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano. In.: BOGDANDY, Armin von et alii. (Coords.). Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Rio de*

De outro ponto, sob a ótica interna estatal, foi no período pós-regimes autoritários dos anos vinte e trinta do século XX, nos quais o mundo assistiu à supressão dos direitos e garantias constitucionais, é que, consoante Bulygin⁹, houve necessidade de proporcionar uma fundamentação mais consistente aos direitos humanos, para além do direito positivo, visando maior proteção desses direitos contra os regimes autoritários. Certo é que o próprio Bulygin admite a dificuldade em reconhecer em que consiste essa adequada fundamentação aos direitos humanos, seja sob a ótica do direito natural, seja sob a concepção positivista.

De todo modo, Bulygin culmina em reconhecer a necessidade de sobrevalorizar os direitos previstos em sede constitucional. Nesse sentido, o autor portenho arremata assim: “si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución”¹⁰.

Com efeito, a maior demonstração de eficácia dos direitos das pessoas, notadamente dos direitos fundamentais contemplados em um determinado Estado organizado politicamente, pode ser aferida a partir do respeito aos direitos assentados em sede constitucional. A partir do acolhimento e do respeito às normas constitucionais asseguradoras dos direitos fundamentais é possível partir para uma dimensão normativa superior, qual seja, dos direitos humanos em nível universal ou, melhor dizendo, em nível internacional.

Em verdade, o grau de eficácia dos direitos humanos, no plano internacional, ou dos direitos fundamentais, no âmbito interno de cada país, reclama uma melhor atenção das instituições no sentido de conferir mais zelo e mais respeito a esses direitos. Nesse sentido, caso esses direitos não sejam respeitados na ordem interna a comunidade internacional reclama e formula a cabível reclamação nos tribunais de direitos humanos, inclusive sob determinadas condições estabelecidas pelos organismos internacionais legitimados.

Com efeito, mesmo em relação à interpretação conferida aos direitos humanos e fundamentais das pessoas, nos últimos tempos, tem ocorrido uma consolidada mudança em direção à melhor tutela desses direitos. Nesse sentido, autorizada doutrina¹¹ preconiza a derrogação da soberania dos Estados na interpretação das obrigações internacionais pertinentes aos direitos humanos. Vale dizer, uma vez contraída a obrigação convencional de proteção aos direitos humanos, o Estado contraente não pode invocar sua soberania para deixar de

Janeiro: Lumen Juris, 2011b, p. 626.

⁹ BULYGIN, *loc. cit.*, p. 80.

¹⁰ BULYGIN, *loc. cit.*, p. 84.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Prólogo de Máximo Pacheco Gómez, 2ª ed., actual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 22-23.*

cumprir o compromisso assumido perante a comunidade internacional, bem como não pode interpretar o respectivo tratado de direitos humanos à luz do primado das concessões recíprocas, vez que o propósito buscado deve ser a proteção desses direitos fundamentais do ser humano¹².

Aliás, versando acerca dos critérios de interpretação dos tratados de direitos humanos a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), em resposta à Consulta formulada pela República Argentina, pelo Brasil, pelo Paraguai e pelo Uruguai, acerca dos “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”, deixou assentado pela necessidade de “efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano”¹³.

Esse registro acerca da tutela dos direitos humanos na ótica internacional é feito para enfatizar a dimensão da tutela conferida a esses direitos, bem como para chamar a atenção para a necessidade da observância tanto aos tratados e convenções internacionais quanto às normas constitucionais, vale dizer, norma interna e superior de cada país, para assegurar a legitimidade e a regularidade na hipótese de restrição desses direitos sob a cláusula do devido processo.

Nesse sentido, a observância do devido processo, não somente legal, mas também constitucional e convencional na restrição de direitos fundamentais da pessoa humana, ganha expressiva significância diante da relevância desses direitos, aos quais os Estados assumiram compromisso de respeito e da devida tutela, vez que, no caso, vige o princípio da prevalência da dignidade humana¹⁴.

Notadamente em países como o Brasil e outros latinoamericanos, que não muito tempo superaram regimes militares e autoritários, acrescido das peculiaridades de que a América Latina é vista como “uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao que se somam democracias em fase de consolidação”, como enfatiza Piovesan¹⁵, há necessidade de interpretar as normas jurídicas de modo adequado aos tempos atuais.

Tal como tem procedido a Corte Interamericana de Derechos Humanos, também os tribunais internos e os órgãos jurisdicionais devem interpretar as normas jurídicas por uma “interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”¹⁶ de modo tal a adequar as normas oriundas dos regimes autoritários às atuais normas estruturantes de modelos de Estados democráticos.

Aliás, afigura-se que o ponto culminante atual na América Latina, sem dúvida, é a ascensão do que se denomina de “bloque de constitucionalidad”. Entende-

¹² CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 24-25.

¹³ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014*, p. 90. Relator Juez Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁴ PIOVESAN, 2011b, p. 627.

¹⁵ PIOVESAN, 2011b, p. 633.

¹⁶ PIOVESAN, 2011b, p. 655.

se por bloque de constitucionalidad como um “mecanismo para el reconocimiento de rango constitucional a tratados de derechos humanos”, vale dizer, quando uma norma constitucional “se ha establecido expressamente la jerarquia constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos”¹⁷ de modo tal que possa servir como controle das leis editadas pelo órgão legislativo competente. Para melhor análise da difusão do bloco de constitucionalidade na América Latina, remete-se ao valoroso texto de Góngora Mera, citado.

Verifica-se, portanto, que a melhor doutrina nacional e internacional, tem, no trato dos direitos humanos concebidos na ordem internacional, desde o critério interpretativo, defendido o acolhimento na ordem jurídica interna como norma constitucional e até tê-los como parâmetro no controle de constitucionalidade em relação aos atos normativos infraconstitucionais, a meta da melhor tutela desses direitos. Assim, em sequência será abordado o atual quadro normativo externado na Constituição Federal brasileira.

3. A PREVISÃO NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Inicialmente vale consignar que na atual Constituição Federal brasileira, por meio de seu art. 4º, a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, nos termos do inciso II, dentre outros, pelo seguinte princípio: “prevalência dos direitos humanos”.

Assim, se nas relações internacionais o Brasil deve se portar em consonância com o princípio da prevalência dos direitos humanos, como deverá ser esse mesmo comportamento a partir da inserção, na ordem jurídica interna, do tratado e da convenção de direitos humanos?

É certo que nos limites do presente estudo não será possível aprofundar no tema. Para essa finalidade, remete-se ao profícuo estudo da lavra da professora Flávia Piovesan¹⁸.

Sem embargo, tem-se que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 o atual texto constitucional brasileiro acolhe, com a dignidade de norma constitucional, os direitos humanos contemplados em tratados e convenções ratificados pelo Brasil. A mencionada emenda inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal brasileira nos seguintes termos: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que

¹⁷ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del Jus Constitutionale Commune Latinoamericano*. In.: BOGDANDY, Armin von et alii. (Coords.). *Jus Constitutionale Commune en America Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafios*. México: UNAM, 2014, p. 02 e 03.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 352-368.

forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nesse sentido, esse novo texto constitucional prevê a possibilidade de os direitos humanos, desde que seguido o quórum próprio de aprovação das emendas constitucionais, vale dizer, por votação em dois turnos e por três quintos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, ter a dignidade de emenda constitucional.

Muito embora ainda não aferido em algum caso concreto, afigura-se que a partir desse novo texto constitucional inserido pela Emenda nº 45/2004, seja possível submeter algum ato normativo infraconstitucional a controle de constitucionalidade, frente ao tratado ou convenção de direitos humanos, aprovado conforme o procedimento estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Registre-se que essa é a atual prática constitucional conferida pelos órgãos máximos do Poder Judiciário ou pelas cortes constitucionais Latinoamericanas, por meio do antes mencionado “bloque de constitucionalidad”.

Registre-se que por meio do procedimento estabelecido no mencionado § 3º do art. 5º da Constituição Federal foi aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008) e promulgado pelo Poder Executivo (Decreto nº 6.949, de 25.8.2009) a “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”. Trata-se, portanto, do primeiro ato normativo internacional de direitos humanos com dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira.

Muito embora a redação originária da Constituição Federal brasileira, precisamente de seu § 2º do art. 5º, estabelecesse, como estabelece, que os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte, sugestionasse que os direitos e garantias contemplados nos tratados internacionais tivessem dignidade constitucional, assim não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 349.703/RS, dentre outros, o Tribunal Pleno do STF (BRASIL, 2008), firmou que os tratados ou convenção de direitos humanos aprovados e promulgados antes da EC nº 45/2004, possuem a dignidade de norma supralegal, vale dizer, superior à lei ordinária, mas inferior às normas constitucionais.

Nessa direção, importantes tratados e convenções de direitos humanos, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – ou Pacto de San Jose da Costa Rica – ficam excluídos dos atos normativos possíveis de compor o antes mencionado “bloque de constitucionalidad”.

Nada obstante essa posição do STF, oportuno consignar a posição da professora Flávia Piovesan que, com apoio na doutrina de Cançado Trindade,

entende, da análise conglobante e em vista da dimensão dos direitos humanos na ordem jurídica internacional, que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados e inseridos na ordem interna possuem a natureza constitucional. Essa compreensão está aliada ao redimensionamento do Brasil em direção ao Estado Democrático de Direito adotado a partir da Constituição Federal de 1988. Segundo a eminente professora, esse modelo de Estado não restará plenamente satisfeito no caso de o Brasil não adotar mecanismos de conformação interna dos direitos humanos aprovados por tratados e convenções internacionais.

Merece consignar na literalidade os termos preconizados por Flávia Piovesan, assim:

O Texto democrático ainda rompe com as Constituições anteriores ao estabelecer um regime jurídico diferenciado aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. À luz desse regime, os tratados de direitos humanos são incorporados automaticamente pelo Direito brasileiro e passam a apresentar hierarquia de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, os quais se sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e detêm *status* hierárquico infraconstitucional. Por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quórum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quórum* qualificado introduzido pelo § 3º do mesmo artigo (fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004), ao reforçar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, vem a adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional. [...].

Insista-se: a Constituição de 1988, por força do art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º, atribuiu aos direitos humanos internacionais hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata¹⁹.

Nesse contexto, afigura-se que a jurisprudência do STF poderia ter dado um passo adiante, vale dizer, no sentido de firmar a hierarquia constitucional dos

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 417-418.

tratados e convenções internacionais de direitos humanos, tal como preconizado no § 2º do art. 5º do Texto Maior.

Ademais, pontua Flávia Piovesan²⁰ que no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 153, de 29.4.2010, o STF manteve o posicionamento no sentido de que “a lei de anistia de 1979 (Lei n. 6683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes”, bem como, contrariando a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que a lei da anistia era inconciliável com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF assentou que

[...] não caberia ao Poder Judiciário “rescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário”.

Seguem algumas observações acerca da previsão constitucional argentina acerca dos tratados e convenções de direitos humanos, assim considerados a partir da reforma de 1994.

4. A PREVISÃO NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO NACIONAL ARGENTINA PELA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Como primeiro ponto, cumpre assinalar acerca do *status* da norma constitucional argentina, inserida pela Reforma Constitucional de 1994.

Com efeito, a literatura jurídica²¹ é unânime em conceber que a norma constitucional introduzida por emenda, como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é produto do poder constituinte derivado, vale dizer, decorre do Poder Legislativo em votação qualificada e não de representantes do povo eleitos especificamente para a elaboração de novo texto constitucional.

Diferentemente ocorreu, no direito argentino, quando da elaboração da Reforma Constitucional em 1994. Nesse sentido cabe registrar que o Parlamento Argentino declarou a necessidade da reforma da Constituição Nacional por meio da Lei n. 24.309. Essa mesma lei prescreveu os limites materiais da mencionada reforma e convocou eleição direta do povo argentino dos parlamentares constituintes responsáveis a tanto.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Lei de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: o Caso Brasileiro*. 2012, p. 06-07. Disponível em: <<http://interessacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-de-anistia-direito-a-verdade-e-a-justica-o-caso-brasileiro/6/>>. Acesso em: 19 abril 2015.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 120-146.

Parece não haver dúvida no sentido de que, nada obstante tratasse de reforma constitucional, o texto inserido pela Reforma de 1994 resultou de parlamentares constituintes tal como ocorre na formação do poder constituinte originário. Assim, apenas para pontuar, o novo texto inserido na Constituição Nacional Argentina, pela Reforma de 1994, fica, inclusive, imune de ser questionado perante a Corte Suprema²².

Retomando, dentre outras alterações feitas no Texto constitucional argentino, a Reforma Constitucional de 1994 conferiu nova redação ao item 22 do art. 75 da Constituição Nacional, quando trata das atribuições conferidas ao Congresso, nos seguintes termos:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional²³.

Verifica-se que o novo Texto, dado pela Reforma Constitucional de 1994, deixou certo que os tratados firmados com outras nações, com organizações internacionais e com a Santa Sé, têm a hierarquia superior à das leis.

²² FERREYRA, Raúl Gustavo. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad: límites a la judicialidad de la enmienda*. 1ª ed., México: Editorial Porrúa, 2007, 656 p.

²³ CONSTITUCIÓN NACIONAL: *Antecedentes históricos: tratados y convenciones sobre derechos humanos y nota de doctrina sobre reformas de la constitución nacional*. 2ª ed. 14ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 13-14.

De outro ponto, nesse mesmo texto ficou em evidência que as declarações, os tratados, os pactos e as convenções sobre direitos humanos, nele consignados, têm hierarquia constitucional, não derogam os direitos e garantias previstos na primeira parte da Constituição Nacional e devem entender-se como normas complementares ao texto constitucional não reformado.

Exatamente devido à dignidade constitucional conferida aos tratados ou às convenções internacionais de direitos humanos é que a Corte Suprema da Nação Argentina admite que esses atos normativos internacionais, aprovados e inseridos na ordem jurídica interna, sirvam como parâmetro de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais que atentem contra algum direito previsto nesses respectivos tratados internacionais de direitos humanos. No mesmo sentido essa Corte Suprema tem firmado pelo dever de subordinar o conteúdo de seus julgados ao das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos por força do art. 68.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Assim assentou:

La Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional dictada en el caso “Bueno Alves vs. Argentina” que impone, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas, obligación que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, y cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda)²⁴.

Nessa medida, afigura-se que tanto a norma constitucional quanto a jurisprudência da Corte Suprema Argentina estão afinadas aos compromissos relacionados à valorização e supremacia dos direitos humanos, assumidos na ordem internacional, em face de qualquer outro ato normativo infraconstitucional da ordem jurídica interna, tornando possível a análise de constitucionalidade desse em face daqueles. Precisamente, a Corte Suprema Argentina admite o controle de convencionalidade de atos normativos internos em face de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, nos termos do n. 22 do art. 75 da Constituição Nacional, com redação dada pela Reforma Constitucional de 1994.

²⁴ ARGENTINA. INFOJUS. *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia de 29.11.2011. Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa N° 24.079 -*. Fallos: 327:5668. Disponível em: <www.infojus.gov.ar>. Acesso em: 19 abril 2015.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A melhor literatura tem apontado que os direitos humanos ganham o caráter da fundamentalidade quando inseridos no texto constitucional. Nesse sentido é o que retratam a doutrina e os tribunais internacionais de direitos humanos, os quais apregoam, inclusive, a derrogação da soberania na interpretação das normas convencionais e tuteladoras de direitos humanos.

A superação dos Estados de Direito autoritários, em direção ao modelo Democrático de Direito, é questão atual cuja perspectiva de sedimentação é reclamada pela comunidade internacional. A evidência certa dessa superação pode se dar no trato e no respeito aos direitos das pessoas, em toda sua dimensão, incluindo aqueles previstos em tratados e convenções internacionais, especialmente quando devidamente aprovados e promulgados na ordem jurídica interna.

Nesse contexto, afigura-se que a Constituição Federal brasileira, mesmo em face do preconizado pelo § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no sentido de estabelecer um quorum qualificado para aprovação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, acolhe esses documentos internacionais com a hierarquia constitucional.

Nada obstante, a jurisprudência do STF sugere outra via, em detrimento do atual status reconhecido pela literatura e pelos tribunais internacionais de direitos humanos e, em especial, pela análise conglobante dos compromissos assumidos na ordem internacional pelo Estado brasileiro. No julgamento da ADPF o órgão Pleno do STF tem ratificado a legitimidade da lei de anistia, consignando descaber ao mencionado Tribunal se imiscuir em questão da competência do Poder Legislativo. Assim decidindo, a posição da eminente professora Flávia Piovesan é no sentido de que o STF está a denegar a justiça, subtraindo do jurisdicionado o direito à verdade e à punição de fatos ocorridos no regime da ditadura política outrora instalada no Brasil. Para mais, assentou que essa jurisprudência do STF vai de encontro com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual é dever do Estado signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos investigar e punir os responsáveis por atos de tortura e morte.

Em via oposta, afigura-se que a Argentina, tanto pelo formato de poder constituinte originário da Reforma Constitucional de 1994 que, ao conferir nova redação ao n. 22 do art. 75 da Constituição Nacional, conferiu dignidade de norma constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo Estado argentino, quanto pela consolidada jurisprudência da Corte Suprema em reconhecer a supremacia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para mais, a Corte Suprema da Nação Argentina, a partir da Reforma Constitucional de 1994, admite o controle de convencionalidade, pelo qual

algum ato normativo interno pode ser submetido a controle de conformidade com algum tratado ou convenção internacional de direitos humanos contemplados na Constituição Nacional.

6. REFERÊNCIAS

ARGENTINA. INFOJUS. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Sentencia de 29.11.2011*. Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa Nº 24.079 -. Fallos: 327:5668. Disponível em: <www.infojus.gob.ar>. Acesso em: 19 abril 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgado em 03.12.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abril 2015.

BULYGIN, Eugenio. *Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos*. In.: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 4, 1987, p. 79-84.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A.. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Prólogo de Máximo Pacheco Gómez, 2ª ed., actual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

CONSTITUCIÓN NACIONAL: Antecedentes históricos: tratados y convenciones sobre derechos humanos y nota de doctrina sobre reformas de la constitución nacional. 2ª ed. 14ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2011.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014*. Relator Juiz Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 15 jan. 2015.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad: límites a la judicialidad de la enmienda*. 1ª ed., México: Editorial Porrúa, 2007.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del Jus Constitutionale Commune Latinoamericano*. In.: BOGDANDY, Armin von et alí. (Coords.). *Jus Constitutionale Commune en America Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014, p. 01-30.

NOWAK, Manfred. *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Lei de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: o Caso Brasileiro*. 2012. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-de-anistia-direito-a-verdade-e-a-justica-o-caso-brasileiro/6/>>. Acesso em: 19 abril 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. *Proteção dos Direitos Humanos: uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano*. In.: BOGDANDY, Armin von et ali. (Coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *¿Cómo se Hicieron los Derechos Humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIECKMANN, Jan. *Derechos Humanos y Autonomía*. In.: CAPALDO, Griselda et ali (Directores). *Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Eudeba/ Alexander von Humboldt, 2012.

Recebido em: 30/05/2015

Aceito em: 25/06/2015