

STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS PARA FINS DE SUA INTEGRAÇÃO E EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, EM FACE DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS[†]

Joséfison Silva Oliveira

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. 2. A proteção dos direitos humanos no âmbito internacional e a internacionalização dos direitos fundamentais. 3. Tratamento diferenciado para as normas internacionais sobre direitos humanos pelo direito alienígena. 4. Breves linhas acerca da incorporação de tratados e convenções internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro. 5. Status dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. 6. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a controvérsia. 7. A tese da supralegalidade no Supremo Tribunal Federal. 8. Antinomia entre normas de direito interno e os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. 9. Críticas à adoção da tese da supralegalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 10. Conclusões. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por escopo a análise do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos para fins de sua integração e eficácia no ordenamento jurídico

[†] Relatório de mestrado científico, área Direito Constitucional, apresentado como requisito parcial para habilitação no ano letivo 2011/2012, disciplina Direito Constitucional I e II, sob a regência do Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa.

brasileiro, em face da internacionalização dos direitos fundamentais. Por meio das apreciações que serão procedidas, almeja-se focar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da proteção desses direitos, porquanto núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo e substrato dos direitos fundamentais. Além disso, será ressaltado o papel do bloco de constitucionalidade e da cláusula aberta como instrumentos de alargamento do rol de direitos humanos e sua incorporação pelos ordenamentos jurídicos dos vários Estados. A seguir, faremos incursão em termos de direito comparado, trazendo à tona o tratamento dispensado ao tema por Constituições alienígenas. Logo em seguida, focalizaremos como os tratados desta natureza são introduzidos no ordenamento jurídico pátrio, definindo o status ou hierarquia que nele ocupam inclusive divergências e jurisprudenciais. Adiante, será trazido à baila o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na tese da *supralegalidade*. Por fim, lançam-se críticas a este entendimento, pois olvida que o diálogo das fontes normativas possibilita a aplicação do princípio *pro homine*, mesmo que a norma mais protetiva tenha status inferior à *supralegal*

Palavras-chave: Direitos Humanos, Dignidade da Pessoa Humana, Tratados e Convenções Internacionais, Supralegalidade, Diálogo de Fontes

Abstract: This paper aims to analyze the normative status of international treaties on human rights in the Brazilian legal system, taking into consideration the internationalization of fundamental rights. The research focus on the human dignity principle as the source of protection of human rights and as the axiological nucleus of contemporary constitutionalism and the essence of fundamental rights. The paper also discuss the role of the “constitutional block” and the “open clause” in the en-

largement of human rights and their incorporation by many States. In addition, it examines the comparative law to understand how this topic is set by constitutions from different countries. Furthermore, by defining the hierarchy or status of human rights and the jurisprudential controversies on this topic, the paper concentrates on how international treaties on human rights are incorporated into the Brazilian legal system. Moreover, we examine the Brazilian Supreme Court understanding on the incorporation of human rights treaties in Brazil and its jurisprudence of “supralegality”. Lastly, the paper criticizes the Supreme Court rule on the subject based on the “dialogue des sources” that allows the application of the “pro homine” principle, even if the status of the protective rule is inferior to the supralegal one.

Keywords: Human Rights; Human Dignity; International Treaties and Conventions; Supralegality; Dialogue des Sources.

INTRODUÇÃO



presente trabalho propõe abordar uma questão atual e controvertida, tendo por objeto a extensão e eficácia das normas advindas dos Tratados e Convenções Internacionais sobre os Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, em face da internacionalização dos direitos fundamentais.

As controvérsias doutrinária e jurisprudencial em derredor da matéria no direito brasileiro constituem-se em fator motivante da investigação e pesquisa que ora é levada a efeito. De um lado, a corrente internacionalista e, no lado oposto, a constitucionalista.

A primeira sustenta a posição hierárquica da norma constitucional para os atos internacionais de proteção aos direitos humanos e sua aplicação imediata em nome do princípio inter-

nacional *pro homine*; enquanto que a segunda pugna pela supremacia da constituição, por força da sua rigidez e soberania, reservando aos Tratados internacionais sobre a matéria em foco o status normativo infraconstitucional (supralegal) e a sua submissão ao iter procedimental das emendas constitucionais para que sejam recepcionadas como normas constitucionais.

A partir desse entrelaço de entendimentos, pode-se questionar: (I) os aludidos diplomas internacionais teriam o condão de revogar preceito constitucional? (II) os mesmos estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade? (III) tais instrumentos internacionais não teriam sua efetividade comprometida por não terem estatura de norma constitucional? São estas, dentre outras, as indagações, que serão trazidas à tona no decorrer da presente investigação.

Com efeito, a proposta deste estudo é exatamente o enfrentamento de tais questões controvertidas, bem como a discussão acerca de soluções que possibilitem, com base na teoria geral do direito internacional e na hermenêutica da Constituição, a otimização da proteção dos direitos humanos assegurados nos Tratados e Convenções internacionais de que o Brasil figure como parte, seja na qualidade de celebrante, seja como aderente, ampliando, assim, o leque dos direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico interno, sem, contudo, causar qualquer arranhão aos princípios da soberania e supremacia da Constituição Federal vigente.

Nesse desiderato, primeiramente torna-se indispensável pôr em relevo o princípio da dignidade humana como núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo e os princípios fundamentais que lhe dão concretude – igualdade, liberdade, integridade física e moral e solidariedade – como ponto de partida à análise dos direitos humanos e sua proteção no âmbito internacional.

Em seguida, por força do fenômeno da globalização e em razão da expansão dos direitos humanos junto aos Estados so-

beranos, far-se-á breve incursão histórica, adentrando-se no campo dos direitos fundamentais, para efeito de elucidação de seus sentidos formal e material, inclusive esclarecimentos acerca da denominada cláusula aberta e do bloco de constitucionalidade, bem como acerca da internacionalização dos direitos fundamentais e do tratamento que o direito alienígena defere aos direitos humanos.

A seguir, este estudo buscará focalizar o processo de incorporação dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tanto os comuns quanto os que versem sobre direitos humanos, descrevendo o modo pelo qual tais normas adquirem validade e plena eficácia no Brasil, abordando-se, ainda, a antinomia entre as normas internas e os tratados internacionais, mormente no que se refere ao conflito de normas no espaço, suas fontes e modos de composição, compreensão essa que perpassa necessariamente pela coleta, no âmbito do direito internacional privado, das contribuições das teorias monista e dualista.

Por necessário, haverá constante referência aos dispositivos da Constituição da República sobre o tema, além de alusão freqüente à escassa jurisprudência brasileira. De igual modo, a posição da doutrina nacional sobre a temática em estudo – internacionalistas *versus* constitucionalistas - será trazida à baila, pontuando-se as diversas hierarquias normativas atribuídas aos Tratados Internacionais sobre direitos humanos.

A seguir, serão colocadas as reflexões sobre o tema em discussão, com olhos voltados, sobretudo, para as conseqüências práticas do enquadramento dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, anteriores à edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004, como norma supralegal, em face de decisão nesse sentido exarada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Dentre os aspectos controversos que serão aqui abordados, insere-se no âmbito desta pesquisa interpretar a tese da supralegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no

tocante ao julgamento que pôs fim à prisão do depositário infiel, sobretudo no sentido de compreender em que medida significa o abandono da tradicional tese da hierarquia das normas do ordenamento jurídico pátrio.

A este respeito questiona-se se houve a perda de validade do artº. 5º, LXVII, da Carta Maior, que prevê esta modalidade de prisão por dívida, assim como do regime jurídico infralegal que regulamenta a matéria¹, por força da atribuição de eficácia supralegal às normas do Pacto de San José da Costa Rica. Discute-se, outrossim, se a carga eficaz do Texto Constitucional fora diminuída por previsões legais, originárias de norma de direito internacional, que, segundo a Suprema Corte brasileira, possuem *status* supralegal e infraconstitucional.

Outra questão relevante que será enfrentada nas presentes linhas diz respeito à sobreposição do direito externo às normas jurídicas internas, em franca oposição à tese constitucionalista que defende que o texto alienígena não goza da mesma legitimidade de que é detentora a disposição normativa fundadora do Estado político.

Ademais, o presente estudo propõe-se a compreender de que forma pode-se cogitar futuras alterações das normas que foram incorporadas pelo ordenamento jurídico, porquanto o respeito ao princípio da paridade das formas implica a impossibilidade de mudança dos dispositivos *supralegais*, de modo que o povo ou seus representantes parlamentares, caso desejem alterar os dispositivos dotados de *status* supralegal, estarão reféns da assinatura de novo tratado ou convenção internacional – o que pode ocasionar o engessamento do ordenamento jurídico e a completa transferência de regras decorrentes do processo democrático, da cidadania, para as instâncias representativas de deliberação.

Delineado o *modus* que será desenvolvido este relatório, espera-se, ao seu término, a título de conclusão, obter-se res-

¹ Vide a leis 8.866/94; e o art. 652 do CC02.

postas às indagações lançadas acima como objeto do problema posto.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A idéia de Dignidade da Pessoa Humana tem suas origens históricas ligadas à religião, à filosofia e à política. Na compreensão de Ingo Sarlet, estudos indicam que as origens desta concepção remontam à China Imperial que no Século IV a. C., por obra do confucionismo, afirmava que cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, por atribuição de uma dada divindade².

Na visão de Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana remonta à Roma Antiga e designava um *status pessoal* que representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas.³ Todavia, no entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, a idéia de uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo foi concebida pela primeira vez a partir do cristianismo⁴, sendo a igualdade; liberdade; integridade física e moral e solidariedade os princípios concretizadores da Dignidade Humana.

Contudo, os constitucionalistas são pacíficos quanto à compreensão de que é a partir da filosofia kantiana, especialmente na obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, que a

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. p.212, 2009.

³ BARROSO, Luis Roberto “*Aqui, lá, e em todo lugar*”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3.ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.115.

Dignidade da Pessoa Humana caracterizou-se como matriz para o atual pensamento acerca desse nobilitante princípio constitucional.

Na visão de Kant, a dignidade humana é a compreensão do ser humano enquanto um fim em si mesmo, nunca exclusivamente como um meio para determinada finalidade. Por outras palavras, para Kant, a autonomia da vontade é a expressão e o fundamento da dignidade da pessoa humana, compreendida aquela como sendo decorrente do imperativo categórico e do imperativo hipotético, notadamente, a “faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis”⁵.

Desta forma, não há dignidade sem autonomia e só há autonomia quando o sujeito se submete unicamente à lei da qual é autor, isso porque, a dignidade do ser racional está na capacidade de fazer a lei universal e de poder obedecer a essa lei, que ele mesmo se dá⁶.

Em que pese tratar-se de idéia ancestral, decorrente das múltiplas experiências por que passou o ser humano, é pacífico entre os doutrinadores que o momento histórico em que a Dignidade da Pessoa Humana adquire juridicidade advém da necessidade de evitar as trágicas experiências ocasionadas na época da Segunda Guerra Mundial⁷ legitimadas por ampla participação da população alemã. Como decorrência desta experiência, a Dignidade Humana é alçada à condição de produzir

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 83.

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 85.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, 00202003, p. 37; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.177; BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.

efeitos jurídicos como uma locução que aproxima o Direito e a Ética, sobretudo, diante da necessidade de conter a regra majoritária, protegendo, dessa forma, os direitos mínimos de minorias eventualmente alijadas do poder político.

Após as trágicas experiências da Segunda Guerra, a redescoberta da Dignidade da Pessoa Humana no Direito restou plasmada em diversos documentos internacionais, notadamente no Estatuto da Organização das Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948), na Constituição Italiana (1948), na Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949).

Na visão de Barroso, a idéia de dignidade da pessoa humana migra para o mundo jurídico em razão de dois movimentos: “o primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da Filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diversos documentos internacionais e Constituições de Estado democráticos”⁸.

Com efeito, a Dignidade da Pessoa Humana constituiu-se em verdadeiro instrumento de oposição às deliberações democráticas majoritárias, resguardando, por conseguinte, a proteção da liberdade das minorias, consolidando-se no Estado Democrático de Direito como garantidora das condições materiais mínimas de existência aos indivíduos que se encontrem em situação de indignidade.

Neste aspecto, com a evolução do Estado de Bem-Estar Social para o Estado Democrático de Direito, a proteção à dignidade da pessoa humana passou a ser compreendida como protetora do mínimo existencial que, além de preservar as minorias, adquire o sentido de tutelar a liberdade dos indivíduos,

⁸ BARROSO, Luis Roberto. “*Aqui, lá, e em todo lugar*”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.

porquanto “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”⁹.

Dentre as muitas acepções adotadas pela doutrina e pela jurisprudência¹⁰, compreende-se prevalecente aquela que estabelece que a dignidade da pessoa humana é constituída por um mínimo existencial, sendo este um verdadeiro vetor para a

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.5.

¹⁰ Por todas, Cf. “CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE 639337/ SP Segunda Turma. Min. Celso de Mello. Decisão: 23/08/2011).

compreensão da aplicabilidade dos direitos sociais¹¹. Conforme aponta Ricardo Lobo Torres, “a proteção ao mínimo existencial se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana”¹².

Nesse sentido, deve ser a dignidade da pessoa humana compreendida como um equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade¹³. Surge daí a compreensão da dignidade como co-formadora do mínimo existencial, sendo este plasmado pelas condições materiais básicas para a existência digna dos seres humanos em sociedade, às quais se deve reconhecer eficácia jurídica¹⁴.

Contudo, impende esclarecer que a mera referência à dignidade da pessoa humana como substrato da dimensão estruturante dos direitos fundamentais não tem o condão de justificar qualquer decisão em favor daquele que os invoque, sem que tenha seus sentidos banalizados.

Com efeito, a proteção da dignidade da pessoa humana não se estende a qualquer prestação objeto da vontade do jurisdicionado que o pleiteia em juízo.¹⁵ Nesse sentido, aquele que a

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, 2003, p. 37.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, 2003, p. 12.

¹³ 4 *BVerfGE* 7. 15-16 (Caso do auxílio de investimento, 1954) *apud* BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 136.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 282.

¹⁵ Neste aspecto, leciona Barroso que “No Brasil, como regra geral, a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais (78 incisos no artigo 5º da CF 88), muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio em abstrato da dignidade da pessoa humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de

invoca deve determinar as conseqüências jurídicas que decorrem deste enunciado normativo, sobretudo, com vistas a aproximar o sentido histórico-institucional que constituiu a sua normatividade, sobretudo, na jurisprudência pátria. Entretanto, não é o que a práxis jurisprudencial tem firmado, posto que tão-somente se pugna a aplicação de Dignidade da Pessoa Humana em abstrato.¹⁶

Entretanto, a Dignidade da Pessoa Humana figura como um verdadeiro requisito e fundamento para o exercício dos demais direitos fundamentais e alicerça, na compreensão de Dworkin, a conciliação entre os princípios da liberdade e da igualdade. Nesta linha de argumentação, o professor Jorge Reis Novais, assevera com razão que

um princípio juridicamente operativo e generalizável da dignidade da pessoa humana resulta, para cada indivíduo, uma margem de autonomia e liberdade pessoal que o poder de Estado tem de respeitar [...] e acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção de direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem¹⁷

Com efeito, a Dignidade da Pessoa Humana somente faz sentido se entendida pelo prisma da garantia de iguais liberda-

maior densidade jurídica. Diante disso a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço” (BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010).

¹⁶ Com razão, Barroso afirma que “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, freqüentemente funciona como um espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo a fora, tem sido invocada pelos dois lados da disputa” (BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.)

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

des subjetivas para a ação dos sujeitos que participam do Estado Democrático. Com isso, ela figura, na visão dworkiniana, como condição de legitimidade não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico, sem correr o risco de esbarrar com questões de fundamentação moral ou assumir uma via de volta ao jusnaturalismo¹⁸.

Neste aspecto, se aproxima da visão de Jürgen Habermas, para quem a dignidade da pessoa humana identifica-se com o código da modernidade (liberdade e igualdade), de modo que o processo de produção de normas jurídicas legítimas pressupõe que cada sujeito seja, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas, de modo a que se sintam pela prática comunicativa igualmente co-autores das normas a que se submetem.

Na compreensão de Habermas, a complexidade e a pluralidade de valores intrínsecos às sociedades contemporâneas, faz com que a Constituição não possa ser compreendida como uma ordem concreta de valores que viabilize uma forma de vida totalizante à sociedade, mas deve, sim, estabelecer procedimentos pelos quais os cidadãos exercitem seus direitos políticos de autodeterminação com sucesso, posto que a legitimidade do Direito promulgado depende destas condições procedimentais para a gênese democrática das leis, concretizando o projeto de estabelecer justas condições de vida¹⁹.

De todo o exposto, pode-se compreender que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca inerente a cada ser humano, que o torna sujeito de respeito e consideração do Estado e da comunidade. Em que pese tratar-se de conceito vago e de natureza polissêmica, adquire fundamento nas teorias do filósofo alemão Immanuel Kant e, neste sentido, manifesta-se na autonomia e na autodeterminação consciente e responsável

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 9-11.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democrática: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Bueno Siebeneichler. Vol. I Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.263.

do sujeito pela própria vida. Trata-se de qualidade integrante da própria condição humana.

Ademais, sua relevância avulta no artº. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) ao dispor que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Sob a ótica intersubjetiva resulta das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito.

A partir do momento em que foi normatizada, isto é, positivada no ordenamento jurídico, como valor constitucional supremo, transmudou-se de valor moral em valor jurídico. Ao abordar o tema, Canotilho destaca que “a pessoa é o objetivo supremo da ordem jurídica. O indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da república”²⁰.

Tamanha a sua importância, a Dignidade da Pessoa Humana avulta como fundamento da República Federativa do Brasil em vigor, figurando no seu artº. 1º, III. Por se tratar de valor estruturante do Estado, compete ao ente estatal, em atenção ao princípio da dignidade humana, o dever de respeito (abstenção), proteção (ação positiva, defesa) e promoção dos direitos fundamentais do ser humano (mínimo social).

Indubitavelmente, a idéia de dignidade da pessoa humana espalha-se como substrato de diversas normas, explícitas e implícitas, da Constituição Federal vigente, inclusive as de garantia dos direitos fundamentais, assim compreendidos os direitos humanos positivados, notadamente o centro da concepção contemporânea de direitos humanos²¹.

De tudo aqui exposto, compreende-se que o princípio da dignidade humana compõe-se como o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo que norteia e dá concretude aos princípios fundamentais que lhe orientam – igualdade, li-

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 7ª Ed. 2000, p. 918.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.37

berdade, integridade física e moral e solidariedade – sendo, pois, ponto de partida para análise dos direitos humanos e sua proteção no âmbito internacional.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inobstante remontar historicamente a proteção internacional dos direitos humanos ao Tratado de paz de Westfália de 1648²², que pôs termo à Guerra dos Trinta Anos, só após a Primeira Guerra Mundial é que se inicia o atual sistema protecionista, especificamente para garantia dos direitos sociais dos trabalhadores, reconhecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), a contar de 1919.

Na compreensão de Flávia Piovesan, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a OIT são os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos, porquanto ao redefinirem o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal e do *status* do indivíduo no cenário internacional asseguraram padrões mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, além de fixarem objetivos internacionais para a manutenção da paz e segurança internacional, bem como protegeram direitos fundamentais em situações de conflito armado²³.

Entretanto, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, surge em meados do século XX,

²² Segundo Juventino Aguado, “A paz de Westfália é o marco inaugural deste novo sistema na ordem internacional, pois, ela vai significar a instituição de um novo ordenamento jurídico pelo qual os Estados nacionais, ainda em formação, começavam a sentir-se emancipados, tanto da tutela eclisástica católica, quanto do Sacro-Império Romano-Germânico” (AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados e o processo jurídico-constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 281).

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.177

fruto da reação da comunidade internacional às tragédias contemporâneas de genocídio e racismo praticados pelo regime nazista alemão, no segundo pós-guerra. É neste contexto que os Direitos Humanos começaram a desenvolver-se no âmbito internacional com amplitude, conduzindo a uma crescente constitucionalização desses direitos. Nesse sentido a incorporação constitucional do Tratado de Roma, que institucionalizou o Tribunal Penal Internacional.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, com sede nos Estados Unidos da América, tendo por escopo primordial a proteção dos direitos humanos, é editada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos – Carta Internacional de Direitos Humanos – que se constituiu em autêntica generalização de proteção dos Direitos Humanos.

Trata-se de resolução cujo propósito fora promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU, particularmente os artigos 1º e 55²⁴. Ao tratar do tema, Gonet Branco giza que a expressão direitos humanos é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em tratados e em outros documentos de direito internacional²⁵.

É neste contexto que a internacionalização dos direitos fundamentais e a universalização dos direitos humanos figuram como processos complementares, tendentes à proteção da dignidade da pessoa humana.

A este respeito, é lição consabida que os direitos fundamentais tem seu alicerce no processo de positivação, institucionalização e garantia efetiva dos direitos do homem, culminando na internacionalização da defesa dos direitos da pessoa humana.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 211

²⁵ BRANCO, Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. COLEHO, Inocêncio Martires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Ed. Brasília: IDP, 2002, p. 125.

Com a edição de inúmeros Tratados de Proteção dos Direitos Humanos, opera-se a internacionalização dos direitos fundamentais, a ponto de só se admitir, contemporaneamente, que um Estado possa adjetivar-se como “de Direito” se ao menos alguns requisitos, dentre os quais o reconhecimento dos direitos contidos na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, de 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 19/12/1966, em sua legislação, como *standards* mínimos para o seu credenciamento na cooperação internacional²⁶.

A nível global a internacionalização dos direitos fundamentais opera-se sob patrocínio da ONU, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 1966. Quanto no plano regional, merece destaque, nesse particular, a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que institucionalizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo o Brasil aderido a ambos os diplomas internacionais em 1992.

Como decorrência deste fenômeno, pode-se afirmar que a consolidação dos direitos humanos, mediante alargamento dos instrumentos internacionais de proteção, faz emergir o princípio da *prevalência dos direitos humanos* no campo das relações externas, como preceito de plena integração no âmbito do direito interno das normas de direitos humanos vinculadas ao Direito Internacional às quais o Estado tenha aderido²⁷.

²⁶ Com razão, Norbert Lösing adverte que “não há estado de direito sem o reconhecimento dos direitos fundamentais” (LÖSING, Norbert. *La Jurisdicción constitucional en latinoamerica*. Madrid: Fundação Konrad Adenauer, 2002, p. 276). Complementando o mesmo raciocínio, Celso Lafer endossa, afirmando que “Pode haver direito sem democracia, mas sem Direito não há Democracia, pois esta exige normas definidoras dos modos de aquisição e exercício do poder” (LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 124)

²⁷

A este respeito, no ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio foi reforçado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, sendo vetor na regência das relações internacionais entabuladas pelo Estado brasileiro com os compromissos firmados na esfera internacional, assim como o artigo 1º, III – dignidade da pessoa humana –; o artigo 3ª - erradicação da pobreza²⁸; e artigo 5º - direitos e garantias fundamentais.

Em linhas gerais, os fenômenos da internacionalização dos direitos fundamentais e da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional são assemelhados ao verso e reverso de uma mesma moeda. De um lado figura a edição de normas internacionais protetivas de direitos humanos, alargando o catálogo dos direitos fundamentais nos diversos países. Do outro lado, a receptividade dos Estados no plano internacional no sentido de incorporar ao seu ordenamento jurídico interno tais normas.

Por outro lado, deve-se destacar que cada Estado tem a sua forma própria de incorporação dos tratados e convenções de proteção aos direitos humanos em seus ordenamentos jurídicos, alguns deles, atribuindo *status* constitucional e incorporação imediata no direito interno, outros atribuindo *status* infraconstitucional e incorporação mediante processo legislativo previsto na Carta Constitucional.

Neste particular, as doutrinas constitucionalista e internacionalista afirmam existir uma diversidade de classificação dos direitos fundamentais – formais e materiais –, bem como no que tange ao *status* de tais normas: legal, supralegal, constitucional e supraconstitucional – tópico este que, pela sua relevância, será desenvolvido com vagar no item 5.0 adiante.

²⁸ A este respeito, o jurista Celso de Melo vaticinou que a “verdadeira revolução neste milênio tem como motivação os direitos humanos”, assinalando, outrossim, “que no Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas condizentes com uma distribuição de renda” MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In. TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4

Impõe-se, por ora, breve comentário acerca da classificação dos direitos fundamentais em sentido formal e material, bem como sobre a denominada cláusula aberta e o bloco de constitucionalidade, principalmente em razão de a corrente internacionalista neles apoiar-se para fundamentar o entendimento de que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos tem estatura constitucional ou supraconstitucional²⁹.

Em verdade, os direitos fundamentais no sentido formal são aqueles que se encontram de forma expressa ou implícita no texto constitucional, sendo assim definidos pelo Legislador Constituinte ou Derivado. São, pois, as normas que formalmente uma determinada constituição enuncia como sendo direito fundamental³⁰.

Na definição de Jorge Miranda, é o conjunto de normas reunidas em um documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, com vistas à garantir o gozo e exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos³¹.

Já os direitos fundamentais em sentido material são aqueles insculpidos na legislação infraconstitucional ou nos tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico sem *status* constitucional, não tendo, portanto, sido submetidos ao *iter* procedimental legislativo previsto para a edição de normas formalmente constitucionais (Constituintes Originário e Derivado), embora produzam os mesmos efeitos destas.

A compreensão dos direitos fundamentais em sentido material ganha relevo quando se faz menção à denominada cláusula aberta e ao bloco de constitucionalidade, na medida em que se configuram como instrumentos que ampliam o rol de

²⁹ MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012..

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.650

³¹ MIRANDA, Jorge. *Manuela de Direito Constitucional*. V. 4. Coimbra: Coimbra Ed. 1998, p.153.

direitos fundamentais.

A cláusula aberta significa que o sistema constitucional tem aptidão para acolher o alargamento de direitos fundamentais de conteúdo material, inclusive aqueles originados de tratados internacionais sobre direitos humanos³². Conforme elucida Dirley da Cunha, com base nas lições de Jorge Miranda e Canotilho, a cláusula aberta permite acolher os chamados direitos materialmente fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido material, como sendo “aqueles não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, ou seja, do seu conteúdo e importância para sobrevivência e convivência do homem em sociedade, são direitos fundamentais, detentores da mesma dignidade dos direitos constitucionalizados”³³.

No caso brasileiro, a cláusula aberta advém do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que presta continuidade ao disposto no artigo 78º da Constituição de 1891³⁴, ao prever que os direitos e garantias expressos em seu texto não “excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, inovando a Carta Cidadã, ao não excluir deste rol os que decorrem “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”³⁵.

³² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. V. 4. Coimbra: Coimbra Ed. 1998 p. 153

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.651

³⁴ “Art. 78. A especificação das garantidas e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (BRASIL, Constituição (1891). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1891).

³⁵ Inovação acolhida por sugestão do mestre Antônio Augusto Cançado Trindade. Segundo ele o “disposto no artigo 5º, §2 da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições Latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v.I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 407)

O “bloco de constitucionalidade”, por sua vez, corresponde, no sentido amplo, às normas constitucionais e infraconstitucionais voltadas a tratar dos preceitos da Constituição da República, notadamente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais. Tal expressão encontra guarida na abertura do sistema e na proteção de direitos, provocada pelas cláusulas gerais e pela “não tipicidade dos direitos fundamentais”³⁶. Nas linhas do que reconhece o Ministro Ricardo Lewandowski, o bloco de constitucionalidade amplia o núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade³⁷.

Trata-se do conjunto normativo que integra os princípios e as regras decorrentes do texto constitucional, abarcando também a normatividade exsurgente dos dispositivos infraconstitucionais originários do regular processo legislativo ou da incorporação de tratados e convenções de direito internacional, independentemente do *status* normativo³⁸.

O fenômeno da globalização³⁹ é o principal responsável pela criação de mecanismos de incorporação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados⁴⁰, fi-

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.652.

³⁷ CF. RE 597.285, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.5.2010, *Dje*, 18.5.2010.

³⁸ Nos dizeres de Canotilho, “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 982).

³⁹ Com razão, Dyrceu Aguiar Dias, afirma que “em nome da Democracia, [...] é preciso globalizar a dignidade humana!” (CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A prisão civil do depositário infiel em face da constituição federal e dos tratados internacionais sobre direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 139).

⁴⁰ MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. *In*. TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.5-8

gurando o bloco de constitucionalidade e a cláusula aberta como instrumentos desta concretização. São institutos que, nos dizeres de Celso de Mello, realizam o equilíbrio e a adaptação entre as disposições das normas constitucionais com as exsurgentes do direito internacional⁴¹.

Posto isto, cumpre doravante discorrer como se incorpora no ordenamento jurídico brasileiro o Direito alienígena, mais especificamente as convenções e tratados de direitos humanos, inclusive de que forma a Constituição Federal de 1988 viabiliza a internalização dessas normas de direito internacional. Outrossim, cumpre trazer à baila a posição da doutrina e da jurisprudência brasileira sobre o tema, com vistas a responder às questões propostas no presente estudo.

3 TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA AS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS PELO DIREITO ALIENÍGENA

Tem-se por relevante, o estudo das Constituições Alienígenas, porquanto muitas disciplinam expressamente as relações entre o direito internacional e o direito interno. Algumas delas trazem cláusulas de *adoção global* das regras do direito internacional público pelo direito interno, colocando-as no mesmo plano hierárquico. Outras, apesar de possuir a cláusula de *adoção global*, estabelecem a primazia das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Ademais, há casos em que a normatividade internacional fica submetida à supremacia da Constituição.

A título exemplificativo, breves comentários serão tecidos acerca das Constituições de alguns países no que concerne à incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre

⁴¹ MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In. TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3

direitos humanos, para fins de Direito Comparado. Em ordem cronológica, alinhamos os dispositivos constitucionais da Costa Rica (1949); Portugal (1976); Espanha (1978); Chile (1980); Honduras (1982); El Salvador (1983); Guatemala (1985); Colômbia (1991); Argentina (1994); e Venezuela (1999).

A respeito da incorporação dos tratados e convenções de direitos humanos, a Constituição da Costa Rica, de 1949, dispõe no artigo 7º que os tratados e convenções têm hierarquia superior às leis, desde que tenham sido devidamente aprovados pela Assembléia Legislativa⁴².

Já a Constituição de Portugal, de 1976, no artigo 7º, nº.1, estabelece que nas relações internacionais Portugal rege-se pelo princípio do respeito dos direitos do homem; e no artigo 16º, nº.1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicadas de direito internacional”⁴³. A respeito deste artigo, Canotilho comenta que “os direitos fundamentais cons-

⁴² “Artículo 7. Los tratados públicos, los convênios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convênios internacionales referentes a lê integridad territorial o la organización política del país, requirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de lãs três cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto”. (COSTA RICA, Constituição da Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012).

⁴³ Artigo 7.º (1) Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, *do respeito dos direitos do homem*, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade; Artigo 16.º 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. (PORTUGAL, Constituição de. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012).

tantes de regras aplicáveis do direito internacional são os direitos consagrados no direito internacional geral ou comum ou no direito convencional, designadamente, os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português”⁴⁴.

Flávia Piovesan, em comentário à Constituição lusitana, afirma que nesta Carta as “normas e princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português. Trata-se do fenómeno da ‘recepção automática’ das normas do Direito Internacional pelo Direito português, mediante o qual tais normas são diretamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito”⁴⁵

No mesmo sentido segue a Constituição da Espanha, de 1978, ao estabelecer, no artigo 96º, nº.1, que os tratados internacionais farão parte da ordem interna espanhola, assim que publicados oficialmente, sendo a sua derrogação, modificação ou suspensão objeto de procedimento previsto no próprio tratado ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional⁴⁶. Com razão Piovesan afirma que, neste artigo, a Espanha “consagra a recepção plena e automática do Direito Internacional”⁴⁷.

Ademais, segundo afirmação de Valério Mazzuoli, o artigo 9º, n.º 2, da Carta Espanhola, constitui-se vetor de interpretação dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser com-

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. v. 1, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.365-366.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 154.

⁴⁶ “Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. (ESPAÑA, Constituição da. Disponível em < <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=66&fin=96&tipo=2> >. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 156.

preendido como um norte para a compreensão das liberdades e direitos esboçados na Constituição Espanhola⁴⁸.

A Constituição do Chile, de 1980, no artigo 5º, inciso II, reformado pela lei nº. 18.825, de 1989, dispõe que os direitos garantidos nos tratados internacionais ratificados pelo Chile equiparam-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição chilena reformada⁴⁹. Ou seja, gozam de *status constitucional*. Em suas disposições transitórias, há regra expressa acerca da hierarquia dos tratados assinados anteriormente à própria constituição, qual seja, há a presunção de cumprimento do quórum de aprovação dos tratados internacionais anteriores à Constituição que versem sobre matérias que devem ser aprovadas por maioria absoluta ou de quatro sétimos dos deputados e senadores em exercício⁵⁰.

⁴⁸ Segundo afirma o autor gaúcho, “A Constituição Espanhola, por seu turno, em seu art. 9 n.º 2, estabelecendo verdadeira regra de interpretação, chega a afirmar que: “*As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha*” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília (Senado Federal), v. 149, n.º 37, p. 231-250, 2000, p. 240).

⁴⁹ “Artículo 5º. La Soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través Del pelbiscito y de elecciones periódicas y también, por lãs autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber 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”. (CHILE, Constituição do. Disponível em <<<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile05.html>>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012).

⁵⁰ “Cuadragésimacuarta. Los tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional con anterioridad a la entrada en vigor de la presente reforma constitucional, que versen sobre materias que conforme a la Constitución deben ser aprobadas por la mayoría absoluta o las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, se entenderá que han cumplido con estos requisitos”. (CHILE, Constituição do. Disponível em <<<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile05.html>>>. Acesso em 18 de

A Constituição de Honduras, de 1982, dispõe no artigo 15º, os princípios e costumes do direito internacional que visam à garantia da solidariedade humana, à autodeterminação dos povos, à não-intervenção e à composição da paz e da democracia universal e são adotados como pertencentes à ordem de valores constitucionais⁵¹. Já nos artigos 16º, 17º e 18º, referentes aos tratados internacionais, há disposição expressa de que todos devem ser aprovados pelo Congresso Nacional antes de sua ratificação pelo Poder Executivo.

Diversamente, a Constituição de El Salvador, de 1983, no artigo 144º, dispõe que os tratados e convenções celebrados com outros Estados e Organismos internacionais terão *status* legal. Porém, em caso de conflito entre os tratados e as leis, aqueles terão prevalência em detrimento destas⁵². Ainda assim, os artigos 145º e 146º dispõem que os tratados e convenções, objeto de reservas pelo Estado de El Salvador, não serão incorporados na condição de lei, e que são nulos os celebrados ou ratificados que venham lesionar ou menoscabar a integridade do território, a soberania, a independência da República ou os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana⁵³.

Outubro de 2012).

⁵¹ “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional” (HONDURAS, Constituição de. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html> >. Acesso em 18 de Outubro de 2012).

⁵² “Artículo 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.” (EL SALVADOR, Constituição de. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/ElSal83.html> >. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

⁵³ “Artículo 145. No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se

Por sua vez, a Constituição da Guatemala, de 1985, no artigo 46º, dispõe a prevalência do Direito Internacional em relação ao Direito interno no tocante à matéria de Direitos Humanos, sendo, pois, preeminentes os tratados e convenções aceitos e ratificados pelo Estado Guatemalteco⁵⁴.

No mesmo sentido segue a Constituição da Colômbia, de 1991, ao dispor, no artigo 93º, que os direitos constitucionalmente consagrados serão interpretados conforme os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia, de modo que estes prevalecem na ordem interna e são verdadeiros vetores de interpretação das regras e princípios constituintes dos direitos fundamentais⁵⁵.

A Constituição da Argentina, de 1994, consagra um rol taxativo e expresso de direitos fundamentais, sendo que, no artigo 75º, inciso XXII, são delimitados as condições de vigência e o *status* normativo das convenções e tratados de direitos humanos anteriores à sua instituição, bem como o procedimen-

haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República. Artículo 146.No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. (EL SALVADOR, Constituição de. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/ElSal83.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

⁵⁴ “Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen reeminencia sobre el derecho interno” (GUATEMALA, Constituição da. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate85.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

⁵⁵ “Artículo 93. Los tratados y convênios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen em el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán em conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colômbia”. (COLÔMBIA, Constituição da. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012).

to legislativo de incorporação dos mesmos.⁵⁶ Na visão de André Ramos Tavares, “A Constituição Argentina considera os principais tratados de direitos humanos como norma constitucional”⁵⁷.

Na compreensão de Cançado Trindade, a partir da reforma de 1994, a Constituição Argentina dispôs que “determinados tratados e instrumentos de direitos humanos, nele enumerados [inciso XXII do artigo 75º] têm ‘hierarquia constitucional’, só podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Legislativo”, sendo tais tratados complementares aos direitos e garantias reconhecidos na referida Constituição⁵⁸.

⁵⁶ “Art. 75. Corresponde al Congreso 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 constitucional”. (ARGENTINA, Constituição da. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 523.

⁵⁸ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e Direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. IIDH – CICV – ACNUR – Comissão da União Européia Co-edição, São José da Costa Rica/Brasília, 1996. Disponível em

Por fim, a Constituição Bolivariana da Venezuela, de 1999, estabelece no artigo 19º que o Estado garantirá o gozo, o exercício, o respeito e a proteção dos direitos humanos em conformidade com a própria Constituição, com os tratados de direitos humanos subscritos e ratificados pela República Venezuelana, bem como de acordo com as leis internas, sendo que, no artigo 23º, há disposição expressa de que os pactos, convenções e tratados de direitos humanos subscritos e ratificados terão hierarquia constitucional e prevalecerão à ordem interna, na medida em que contenham normas sobre o gozo e exercício mais favoráveis do que as dispostas na própria Constituição, sendo sua aplicação direta e imediata pelos tribunais e órgãos componentes de todos os Poderes Públicos⁵⁹.

Estabelecidas as linhas gerais sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos pelo direito alienígena, importa compreender como ocorre o processo de incorporação dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico pátrio, com vistas a entender o modo pelo qual tais normas adquirem validade e plena eficácia no Brasil.

4 BREVES LINHAS ACERCA DA INSTITUIÇÃO E INCORPORAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES IN-

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.

⁵⁹ “Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen. “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (VENEZUELA, Constituição da. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012)

TERNACIONAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como cedição, há duas modalidades de instituição de normas de direito internacional. A primeira delas, mediante acordos concluídos entre Estados, os quais assumem direitos e obrigações no âmbito externo. A segunda, através da celebração de tratados por organizações internacionais intergovernamentais, tais como a ONU, OEA, dentre outras⁶⁰.

A eficácia destas normas de direito internacional se efetiva mediante a sua incorporação pelo Direito Interno de cada país que manifestou a intenção de se tornar signatário dos tratados e convenções. Este procedimento é regulado pelas normas constitucionais que definem o processo de incorporação do diploma internacional no direito interno. São elas que determinam o *status* normativo dos tratados e convenções de direitos humanos no ordenamento jurídico em face das demais normas.

O primeiro ato do procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos é a sua assinatura pelo Estado, que se constitui como um aceite precário e provisório, cujo efeito é o dever de submeter a apreciação da norma internacional ao Direito Interno. Trata-se de exercício do poder de celebrar tratados que é deixada a critério de cada Estado. Nos dizeres de Piovesan, figuram tais atos como “mera aquiescência do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica, tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo”⁶¹.

O segundo passo se refere à apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo⁶². É o processo de ratificação⁶³. Nesse caso,

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, p. 45

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 103.

⁶² A Convenção de Viena prevê nos artigos 12 que “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifestará mediante a ratificação”.

⁶³ Mazzuoli afirma que é o último ato jurídico que se produz na processualística

a sistemática concernente ao procedimento interno de apreciação decorre do procedimento descrito na Constituição de cada Estado⁶⁴, contudo, deve-se frisar que se constitui como ato necessário à formação plena dos tratados e convenções, porquanto figuram como requisitos para que gozem de obrigatoriedade no âmbito internacional e interno⁶⁵. A seguir, o Poder Executivo se incumbe de dar o aceite final, mediante o depósito em órgão que assuma a custódia do instrumento.

Em resumo, no plano externo, o Estado, por meio de órgão do Poder Executivo, assina; troca instrumentos constituintes do tratado; ratifica-o; aprova-o e adere ao seu conteúdo normativo, consentindo com os referidos mandamentos. No plano interno, a ratificação se dá mediante o processo legislativo estabelecido pela Constituição de cada Estado.

No Brasil, é da competência do Presidente da República dar início ao processo de instituição e incorporação dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico nacional, tanto os tradicionais, quanto os que versem sobre direitos humanos. Cabe ao Chefe do executivo, de forma privativa, celebrar tratados, acordos e atos internacionais que, como

internacional de celebração dos tratados, antes da praxe da promulgação e publicação do texto convencional no Diário Oficial da União. Conceitualmente a ratificação é “o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, 2011, P.125.

⁶⁴ A este respeito, o professor Cançado Trindade afirma “No tocante às relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional na proteção dos direitos humanos [...] a posição dos tratados no ordenamento jurídico interno obedece ao critério do direito constitucional de cada país, as soluções variam de país a país” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 43).

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 103.

vimos, serão submetidos a referendo do Congresso Nacional⁶⁶.

A atividade congressista é exarada através de decreto legislativo, tendo o condão de resolver de forma definitiva sobre os atos internacionais que possam vir a acarretar compromissos ou encargos gravosos ao patrimônio brasileiro⁶⁷.

Em síntese, a celebração do tratado, convenção ou outra modalidade de ato internacional pelo Presidente da República é a primeira fase da introdução dessas normas internacionais no ordenamento jurídico nacional. Na sequência, o parlamento decidirá sobre a viabilidade e a conveniência de ratificação da forma e conteúdo definitivo dessas regras. Por último, o Chefe do Executivo, mediante decreto, promulga o diploma normativo, com a conseqüente divulgação em língua portuguesa para que seja dada a necessária publicidade ao documento⁶⁸.

Com efeito, o processo de internalização das normas internacionais no direito brasileiro demanda a observância de quatro fases: a) celebração do tratado, convenção ou ato internacional (tratativas, assinatura e conclusão) pelo Presidente; b) aprovação (referendo) do Congresso Nacional, via decreto legislativo; c) troca ou depósito de instrumentos de ratificação pelo órgão do Poder Executivo; d) promulgação e publicação por decreto presidencial.

Contudo, em relação ao *status*/hierarquia que as normas internacionais sobre direitos humanos gozarão no plano interno, é dado afirmar que não há uma orientação uníssona, tanto

⁶⁶ Constituição Federal de 1988, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁶⁷ Constituição Federal de 1988, art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

⁶⁸ Tal ato tem o condão de promulgar o tratado internacional, publicar oficialmente o seu texto e demandar executoriedade ao ato internacional. Esta posição fora exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, DJ 29.12.1977, p. 9.433, TRJ 83/809, relação. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto (Informativo 73/STF – DJ 30.05.1997) e ADI 1.480-DF, relação. Min. Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, DJ 18.05.2001.

na doutrina quanto na jurisprudência nesse particular, cuja análise será procedida nos próximos tópicos.

Em linhas gerais, a doutrina subdividia-se na compreensão de que o procedimento interno, nas Casas do Congresso Nacional brasileiro, de incorporação dos tratados e convenções de direitos humanos implica, por disposição do artigo 5º, §§ 2º e 3º, que o seu *status* seja de ordem legal⁶⁹, supralegal⁷⁰, constitucional⁷¹ ou supraconstitucional⁷² e que a sua incorporação seja automática (Monismo)⁷³ ou mediante criação de lei que venha a regular a matéria (Dualismo)⁷⁴.

É suficientemente claro, porém, que o processo legislativo de incorporação dos tratados e convenções de Direitos Humanos no Brasil guarda semelhança com as demais formas de internalização dos diplomas de direito internacional⁷⁵, delas,

⁶⁹ Cf. SAMPAIO, Laerte José Csatro. Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91; RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191

⁷⁰ Cf. RHC nº 89.987-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.04.2004.

⁷¹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, p. 88-99; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 51-107.

⁷² Cf. MELLO, Celso Duduvier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.343-345.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 151.

⁷⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In; NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 260.

⁷⁵ Segundo afirma Barroso: “É bem de ver que não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, mas de atribuição de uma eficácia *qualificada*” (BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspetos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ALVES PEREIRA, Antônio Celso (Coordenadores) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 207).

porém, diferenciando-se em face da necessidade de quórum qualificado para a sua incorporação com *status* constitucional. Com isso, todo o *iter* procedimental descrito alhures ocorre normalmente, ficando à mercê da votação qualificada e conseqüente aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional a obtenção do *status* normativo constitucional.

Estabelecidas as linhas mestras do processo de incorporação dos tratados e convenções de direitos humanos no Brasil, resta examinar o posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileira acerca de tais questões.

5 O STATUS DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão *status normativo* – legal, supralegal, constitucional e supraconstitucional – dos tratados e convenções internacionais enuncia o patamar hierárquico que ocupam as regras e os princípios oriundos do direito internacional em um determinado ordenamento jurídico.

Como pressuposto para determinar qual o *status normativo* dos tratados e convenções de direitos humanos, tem-se por necessário compreender de que forma a Constituição de um Estado específico estabelece a relação hierárquica entre as regras e princípios do regular processo legislativo interno de produção normativa e a recepção dos diplomas normativos de ordem internacional no seu ordenamento jurídico.

Como vimos acima, a doutrina brasileira subdivide-se na compreensão sobre o *status normativo* - (I) legal (II) supralegal, (III) constitucional ou (IV) supraconstitucional - dos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos no direito nacional.

Para compreender as controvérsias doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* ou posição hierárquica dos tratados e

convenções de direitos humanos deve-se ressaltar, de logo – é de bom grado que isto reste asseverado - que não há dúvidas de que é sempre benéfica a ampliação do rol de direitos fundamentais⁷⁶, seja pela inclusão formal de novos direitos no catálogo expresso, seja através da legislação infraconstitucional, seja em razão de tratados e convenções internacionais⁷⁷, porquanto, tratam-se de iniciativas tendentes ao incremento da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Inobstante isso, os instrumentos utilizados para inserção dessa novel normatização protetiva e ampliadora de direitos e garantias devem ser revestidos de cautelas redobradas.

Em razão da crescente importância da normatividade internacional voltada à promoção e à defesa dos direitos humanos, desde o final da Segunda Guerra Mundial, urge analisarmos, doravante, as influências e consequências da internalização dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, buscando a adequada compatibilização do direito internamente posto, para fins de perfeito *dialógo*⁷⁸ das

⁷⁶ “Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos representam imprescindíveis instrumentos normativos, portanto, devem ser observados atentamente e com bons olhos, pois emanam normas que visam acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana. Há de se lembrar ainda que a dignidade humana é o valor supremo que norteia nosso Ordenamento Jurídico.” (SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30863-33277-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 de outubro de 2012).

⁷⁷ “Os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos não podem servir apenas para a ampliação das relações comerciais, enquanto exigência da responsabilidade social, mas devem se traduzir em garantias efetivas aos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, fica defasada a jurisprudência brasileira que por muito tempo minimizou a importância do direito internacional dos direitos humanos.” (RICOBOM, Gisele. *A ampliação dos Direitos Humanos na Constituição de 1988*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, n. 09, 2008, p. 01. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/90/81>. Acesso em: 10 outubro de 2012).

⁷⁸ As perspectivas teóricas de um *diálogo transconstitucional* são esbouladas pelo jurista pernambucano Marcelo Neves em *Transconstitucionalismo* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

normas internas com o ordenamento jurídico externo.

Verifica-se que o senso-comum-teórico dos juristas⁷⁹ compreende a incorporação dos tratados e convenções de direitos humanos como uma constante superação do conflito (aparente) de normas, que supostamente deveria ser afastado para que houvesse a escorreita aplicação das normas internas e externas, sem que nenhuma das duas esferas jurídicas restasse completamente preterida, com o devido respeito à soberania e autogoverno de cada um dos Estados envolvidos na elaboração, ratificação e promulgação dos tratados e convenções internacionais.

O tema envolve, em verdade, grande complexidade e controvérsia, restando, sobretudo, incertezas quanto às diversas classificações, *status* e hierarquia que devem ser adotados em cada caso⁸⁰. Neste diapasão, merece primazia os entendimentos doutrinário e jurisprudencial, tendo como referência primordial o coevo julgado do STF no Recurso Extraordinário nº. 466.343, ocasião em que foi “pacificada” a temática, adotando a tese da suprallegalidade das normas internacionais que versem sobre direitos humanos, que não tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico nacional com equivalência às emendas constitucionais – temática que será desenvolvida pormenorizadamente no tópico seguinte.

Nesse sentido, impende assinalar a especificidade e caráter especial dos Tratados Internacionais de direitos humanos, dado esse que os distingue dos demais tratados internacionais denominados de comuns, clássicos ou tradicionais. Isso porque estes tratados (de natureza econômica, de demarcação territori-

⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2, p.30

⁸⁰ Neste diapasão, merece primazia os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, tendo como referência primordial o coevo julgado do Recurso Extraordinário 466.343, “pacificaram” a temática, adotando a tese da suprallegalidade das normas internacionais que versem sobre direitos humanos e que não tenham sido incorporadas com equivalência às emendas constitucionais. Esta análise que será feita no próximo tópico.

al ou de mera cooperação entre países) são considerados, na hierarquia das normas, como lei ordinária, ajustando-se ao *status* normativo denominado de legal, conforme disposição do artigo 102, III, alínea b) da Constituição Federal de 1988.

Neste particular, aliás, não há divergência entre as correntes doutrinárias Internacionalista e Constitucionalista, as quais, adotam, contudo, posicionamentos diametralmente opostos no tocante à hierarquia normativa dos Tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A este respeito, é razoável, no sentido de facilitar a compreensão da hierarquia/*status* dos tratados e convenções de direitos humanos, a subdivisão dos juristas, de acordo com as suas linhas de pensamento e afinidade, alguns filiados à corrente doutrinária Internacionalista, na qual cerram fileira Celso de Mello⁸¹, Antônio Augusto Cançado Trindade⁸², Flávia Piovesan⁸³ e Valério Mazzoulli⁸⁴; e outros à corrente adversária, a

⁸¹ Nas palavras de Celso Albuquerque, “A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significa isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Contudo *sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional*, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tende a revogar uma norma internacional constitucionalizada. *A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional*. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais” (grifo nosso). (MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25).

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 51-107.

⁸⁴ A título de ilustração, segundo Mazzouli, “no que tange ao conflito entre os tratados de *direitos humanos* e a Constituição, a nossa proposta é no sentido de fazer ‘dialogar’ tais normas internacionais de proteção com o texto constitucional, a fim de (juntas) buscarem o *melhor direito* no caso concreto, resolvendo-se as antinomias entre as normas pelo ‘diálogo das fontes’ (para usar a expressão de Erik James, no

Constitucionalista, encabeçada por Gilmar Ferreira Mendes, Sepúlveda Pertence⁸⁵, Laerte Sampaio⁸⁶ e Maurício Adreiuolo⁸⁷.

Defende a doutrina internacionalista a hierarquia constitucional ou supraconstitucional dos Tratados sobre direitos humanos, bem como sua incorporação automática no ordenamento jurídico nacional⁸⁸.

Sustenta que o §2º, do artº. 5º, da CF, é uma cláusula aberta de recepção de outros direitos fundamentais reconhecidos em tratados⁸⁹, bem como que o §1º do mesmo artigo asse-

seu Curso da Haia de 1995). Propõe-se afastar os critérios tradicionais de solução de antinomias (baseado sempre na fórmula ‘uma ou outra norma’) para permitir até mesmo a aplicação *conjunta* das normas internacional e interna, naquilo que cada qual tem de melhor (de mais protetivo) ao sujeito de direitos, consagrando-se a fórmula ‘uma e outra norma’”. (Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, 2011, p.291; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Sarava, 2010, p. 129-226).

⁸⁵ Cf. RHC nº 89.987-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.04.2004.

⁸⁶ Cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil *In: Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91

⁸⁷ Cf. RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191

⁸⁸ Conforme ensina Rodrigues, esta “corrente, que se filia à teoria que professa o predomínio dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os dispositivos constitucionais, se alicerça na idéia-força de que o objeto daquela disciplina se apresenta muito mais importante que qualquer norma de direito interno – constitucional inclusive [...] os direitos humanos internacionais forma casta jurídica especialíssima, uma vez que no quadro da hierarquia das leis se encontram, incontrastavelmente, acima de qualquer outra lei, inclusive, e acima de tudo, as de cunho constitucional” (RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, 1999, p. 173).

⁸⁹ O professor Trindade afirma que “no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da

guraria a sua aplicação imediata nos planos nacional e internacional, após a ratificação⁹⁰. Daí porque em caso de conflito de normas seria aplicável o princípio da norma mais favorável à vítima, titular do direito, ou seja, a primazia da norma que melhor proteja a vítima de violações de direitos humanos, o denominado princípio *pro homine*. Essa linha de entendimento confere o *status normativo* constitucional ou mesmo supraconstitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, argumentam os internacionalistas que os direitos materialmente reconhecidos como fundamentais são equiparados aos do rol do artº. 5º da CF. Para essa corrente doutrinária os direitos fundamentais constantes de tratados são protegidos pelas cláusulas pétreas, tendo em vista que são internalizados *ipso facto* no ordenamento jurídico nacional.

Pontuam, dessa forma, que os direitos fundamentais inseridos nesses tratados integram o denominado bloco de constitucionalidade, sendo dotados, portanto, de fundamentalidade material, motivo pelo qual é dispensável a submissão dessas normas ao *iter* procedimental das emendas constitucionais para obtenção do *status* de normas constitucionais. Pregam o “diálogo das fontes”⁹¹ para a solução dos conflitos entre as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos e as da

paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, [...] a inserção me nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o § 2º do artigo 5º [...]. Esta é a interpretação correta do artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira vigente. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46 e 47).

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 145.

⁹¹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, 2011, p.291; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-226.

constituição, fazendo prevalecer aquela que for mais benéfica na proteção dos direitos humanos (rigidez mitigada). Essa compreensão fundamenta a tese da hierarquia constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, defendida pela corrente Internacionalista.

Em franco antagonismo, a corrente constitucionalista sustenta que a rigidez e o princípio da supremacia da Constituição não admitem outro tipo de reforma constitucional, senão o previsto no seu texto.

Assim, a equiparação pretendida pelos internacionalistas encontra óbice no artº. 102, I, da CF, pois os tratados internacionais estão sujeitos ao controle prévio de regularidade formal e do conteúdo material. Ou seja, é necessário o controle prévio dos diplomas internacionais, como forma de possibilitar a aferição do seu acerto ou desacerto, para fins de ratificação, renegociação ou aceitação com reservas pelo Executivo, ensejando a edição de decreto legislativo passível de ADI ou ADC como controle preventivo.

Na ótica dos Constitucionalistas, até a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 os tratados de direitos humanos assumiam a hierarquia de lei ordinária, sendo que, a partir da entrada em vigor da referida norma constitucional, duas situações foram delineadas: a) *status* normativo legal aplicável às normas internacionais sobre direitos humanos que não tenham sido submetidas ao processo legislativo de emenda constitucional ou que não logrem aprovação pelo quorum especial⁹²; b) *status* normativo constitucional atribuído aos que foram aprovados de acordo com o rito de emenda constitucional.

Até o advento da EC nº 45/2004, era pacífico o entendi-

⁹² Cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil *In: Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91; RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191

mento do STF⁹³ de que os tratados, independentemente do seu conteúdo, após aprovação e promulgação passavam a integrar a legislação interna da mesma forma que as leis federais, tendo *status* de lei ordinária. Trata-se da *teoria da internalização*⁹⁴, segundo a qual uma norma de direito internacional apenas produz eficácia no sistema jurídico interno de outro país mediante um processo de *internalização da norma*, que a remete ao ordenamento jurídico como lei interna, através da denominada *incorporação* – artigo 102, III, b, da Constituição Federal de 1988⁹⁵.

Ocorre, porém, que foram acrescentados posteriormente os §§3º e 4º, ao artº. 5º da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, provocando maior especulação acerca da matéria, notadamente quanto aos tratados anteriores à edição da própria Emenda⁹⁶, conquanto o objetivo desta inovação tenha sido afastar a polêmica a propósito do alcance do §2º, do artigo 5º, da Constituição de 1988⁹⁷.

A respeito destas especulações o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343–SP,

⁹³ Cf. RE 71.154-PR, rel. Min. Oswaldo Trigueiro Dj. 04.08.1971.

⁹⁴ REDIN, Giuliana. Crítica ao §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 à luz da internacionalização dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 237-238.

⁹⁵ Cf. RHC nº 78.785-RJ, Rl. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, DJ 10.04.2002.

⁹⁶ Na correta compreensão de Barroso, “os tratados e convenções que se encontravam em vigor *anteriormente* à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 conservam o status de que já desfrutavam” (BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ALVES PEREIRA, Antônio Celso (Coordenadores) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 207).

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ALVES PEREIRA, Antônio Celso (Coordenadores) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 206.

pacificou entendimento que serve de base orientação das teses constitucionalistas e fundamenta a compreensão do status *supralegal* dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, matéria essa que será discutida a seguir por força da condição de o Supremo Tribunal Federal figurar como guardião da Constituição Federal de 1988 e, por isso, do Estado brasileiro⁹⁸.

6 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONTROVÉRSIA

A Suprema Corte do Brasil até os idos de 1977⁹⁹ adotava o monismo clássico, situação em que os tratados internacionais tinham predominância sobre o direito doméstico. Conforme aponta Dyrceu Aguiar Dias, “no STF julgados antigos já consagravam o primado do Direito Internacional, afirmando a impossibilidade de revogação de um tratado por lei posterior ou da aplicação de lei posterior contrária àquele¹⁰⁰”, notadamente “o Pedido de Extradicação 7/1913 de 1914; ApCiv. 7.872 de 1943; ApCiv 9.5587 de 1951”¹⁰¹.

⁹⁸ Segundo afirma Líliliana Lyra Jubilut, “o foco no STF se justifica uma vez que, por um lado, o Estado é uno em Direito Internacional e, portanto, as três esferas do Poder (Executivo, Judiciário e Legislativo) são responsáveis pelo cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, mas que, no que tange à efetividade dos direitos humanos, (um dos maiores desafios da temática atualmente) o Judiciário tem o papel de destaque, e, por outro lado, o STF é o guardião da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente da efetivação dos direitos que ela elenca” (JUBILUT, Líliliana Lyra. A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 317).

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 116.

¹⁰⁰ Cf. CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A prisão civil do depositário infiel em face da constituição federal e dos tratados internacionais sobre direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011. p. 134.

¹⁰¹ Cf. MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito Constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 343-344.

O Excelso Pretório, porém, veio a modificar o seu posicionamento a partir do julgamento do RE 80.004/77 do Supremo Tribunal Federal, introduzindo o monismo moderado, caso em que equiparou as normas interna e internacional, passando a ter eficácia a lei posterior independentemente de sua natureza, isto é, a norma posterior afasta a anterior¹⁰². Com este julgamento, a jurisprudência do STF veio a consolidar aos tratados e convenções internacionais o *status* de lei ordinária¹⁰³ (art. 102, III, b, CF).

Por outro lado, a partir da promulgação da Constituição de 1988, em específico com o §2º, do artigo 5º, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados e convenções relativos a direitos humanos¹⁰⁴. Ainda assim, o STF manteve-se por muitos anos adotando o entendimento pretérito¹⁰⁵, chegando a declarar a hierarquia ordinária do Pacto de São José da Costa Rica no julgamento do HC 72.131, de 31/12/1995, quando fora chamado pela primeira vez a se manifestar sobre o tema da hierarquia dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, após a Constituição de 1988.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ pelo Su-

¹⁰² Segundo Celso de Mello, este julgado representou “um verdadeiro retrocesso nessa matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 177, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

¹⁰³ Cf. RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *DJe*, 29.12.1977; RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJe* 22.11.2022.

¹⁰⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In: NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 271.

¹⁰⁵ Com brilhantismo, Dyrceu Aguiar Dias Cinta Júnior afirma que “o Estado brasileiro, por suas autoridades, freqüentemente desrespeita os compromissos que assumiu perante a ordem internacional sempre calçado em uma decantada soberania nacional” (CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A prisão do Depositário infiel em face da Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.) *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 134.

premo Tribunal Federal, veio a se consolidar o declínio da tese de que os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos que não obtivessem o quórum especial de aprovação, bem como os incorporados ao ordenamento jurídico pátrio anteriormente à EC. n. 45/2004, teriam hierarquia legal.

A partir do referido *decisum*, o Excelso Pretório afirmou que os tratados de direitos humanos equivaleriam a leis especiais, de modo que derrogariam leis infraconstitucionais. Tratava-se dos primeiros passos rumo à definição de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos na hierarquia do ordenamento jurídico gozam de *status supralegal*¹⁰⁶.

Nas palavras de Gilmar Mendes, “a relevância desse *leading case* decorre do fato de que a colisão verificada entre os direitos consagrados em tratados internacionais e as prerrogativas fundamentais previstas no art. 5º, da Constituição Federal brasileira, intensificou o debate acerca do *status* jurídico da incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil”¹⁰⁷.

Posteriormente, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.044/SP, a Suprema Corte veio a ratificar a referida posição, pugnano pelo argumento de que os tratados e convenções de direitos humanos, diferentemente de outros atos normativos internacionais, seriam infraconstitucionais, mas dotados de um atributo de *supralegalidade*, “expressão consagrada nas Consti-

¹⁰⁶ “EMENTA: Habeas Corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. – Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas Corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida” (HC nº 72.131, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 23.11.1995, Dj. 01.08.2003).

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In; NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 272.

tuições francesa, holandesa e grega»¹⁰⁸.

O voto do relator, ministro Maurício Corrêa, acenava para a futura consagração da jurisprudência que veio a dominar a matéria. Em suas palavras,

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ('ninguém deve ser detido por dívida: 'este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar'¹⁰⁹

No mesmo sentido, o voto minoritário do Ministro Sepúlveda Pertence acenou para a possibilidade de consideração dos tratados sobre direitos humanos enquanto documentos *supralegais*:

Certo, com alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso desde logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição. Se assim é, à primeira vista pacificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In; NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 272

¹⁰⁹ HC nº 73.044/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dj. de 20.09.1996.

2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos¹¹⁰

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já amadurecia a compreensão de que os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos pugnavam por hierarquia superior ao de lei ordinária¹¹¹. De acordo com Gisele Ricobom, são muitos os julgados do Excelso Pretório que prenunciavam a consolidação da tese da *supralegalidade* dos tratados. Em suas palavras,

A tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos, primeiramente defendida pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, já havia sido vencida em decisões anteriores, mas com a nova composição da Corte Suprema ganhou novo folego. *A partir daí, sem medo de errar, é possível identificar que o STF irá decidir pela supralegalidade, sempre que os tratados não tenham sido aprovados pelo rito de emenda constitucional, o que inclui todos aqueles anteriores a própria alteração da EC 45/04*¹¹².

O advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu os §§3º e 4º, no artº. 5º da Constituição Federal de 1988, foi uma tentativa de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno da questão¹¹³. A partir dela, restou pacifi-

¹¹⁰ CF. RHC n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJe* de 22.11.2002.

¹¹¹ Em caráter ilustrativo, conferir o voto do Min. Carlos Velloso no HC 82.424/RS, sustentando a hierarquia constitucional dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais.

¹¹² RICOBOM, Gisele. *A ampliação dos Direitos Humanos na Constituição de 1988*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, n. 09, 2008, p. 38. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/90/81>. Acesso em: 10 outubro de 2012).

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 127.

cado o entendimento de que somente os tratados e convenções de proteção aos direitos humanos que se submetessem ao *quórum especial* de três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional teriam *status* constitucional. Com efeito, deste rol foram excluídos os tratados e convenções comuns.

Conquanto tenha determinado a forma de incorporação dos tratados posteriores à entrada de sua vigência, a EC. nº. 45/2004 não veio a dispor expressamente qual a hierarquia dos tratados e convenções de direitos humanos que lograssem o quórum do procedimento especial, nem o *status* normativo daqueles que antecederam à própria emenda, restando à doutrina especular o entendimento, por interpretação *contrario sensu*, de que tais tratados e convenções teriam *status* equivalente às leis ordinárias¹¹⁴.

Porém, a corrente internacionalista não coadunava com este entendimento. Opondo-se a tal interpretação, o presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, insistira no entendimento de que os §§ 1º e 2º, do artigo 5º, já representavam a aplicabilidade direta e de caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos no Brasil. No mesmo sentido, Flávia Piovesan, afirma que “desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º, do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quórum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo”¹¹⁵.

Assiste razão à jurista, porquanto até a EC. nº. 45/2005

¹¹⁴ RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, 1999, p. 153-191; Cf. SAMPAIO, Laerte José Csatro. Interpretação Constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 128.

não havia previsão de que os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, para ter *status* constitucional deveriam ser incorporados com o *quórum* das PEC's. Contudo, se de um lado deve-se afastar tal entendimento, de imediato, deve-se enfatizar que a mera possibilidade de juízo de admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal do controle de constitucionalidade, previsto pelo art. 102, III, b¹¹⁶) da Constituição Federal encerra a impossibilidade de se compreender que o Estado brasileiro adota a tese da supraconstitucionalidade dos tratados e convenções de proteção aos direitos humanos¹¹⁷.

Da análise do histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depreende-se uma falta de convergência acerca da definição do *status* normativo dos tratados e convenções de direito internacional de proteção aos direitos humanos. Com efeito, a alteração de posicionamento é tão grande que nem mesmo se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem um posicionamento unívoco, uma vez que entre os ministros há um grande dissenso de opiniões¹¹⁸.

¹¹⁶ Nos dizeres de Piovesan, “a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, b), da Constituição Federal de 1988 que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instâncias, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 116).

¹¹⁷ Reputa-se inequívoco constrangimento no âmbito internacional, afirmar que o Excelso Pretório tem competência para definir a inconstitucionalidade no âmbito de Direito Internacional (CF. RE 349.703/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Dje*, 04.06.2009).

¹¹⁸ “[...] pergunta-se se um direito fundamental extraído de tratado ou convenção internacional possui força normativa superior aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal (hierarquia supraconstitucional), se o mesmo se encontra em idêntico nível hierárquico ocupado pelos direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional (hierarquia constitucional), se possui força hierárquica superior à legislação infraconstitucional (hierarquia supralegal), ou, se tão-somente se equipara ao direito infraconstitucional (hierarquia legal).” (GONÇALVES NETO, João da Cruz; DA COSTA, Ruth Barros Petterson. *A interpretação do § 3º do art. 5º da Constituição Federal à Luz da Teoria da Justiça de John Rawls*. Estudos, Goiânia,

O Supremo Tribunal Federal, todavia, veio a enfrentar todas as teses supramencionadas ao julgar o RE 466.343/SP, o RE 349.703/RS e o HC 92.566/SP, por força dos argumentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, alterando a sua jurisprudência, ao decidir que os tratados e convenções de proteção aos direitos humanos têm *status supralegal* no ordenamento jurídico brasileiro.

Por oportuno, após descrever em linhas gerais a problemática que deu surgimento aos referidos julgados, tais *leading cases* serão discutidos pormenorizadamente no tópico que se segue, de modo que as posições de alguns dos ministros da Corte Constitucional serão analisadas, com vistas a se esboçar a atual tese adotada pela maioria do Excelso Pretório.

7 A TESE DA SUPRALEGALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em seguimento à compreensão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, tem-se por oportuno a análise dos julgados que definiram a posição atual do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, quais sejam, o RE 466.343/SP; o RE 349.703/RS e o HC 92.566/SP.

Inicialmente, deve-se referir que há uma nota de semelhança entre os julgamentos supramencionados. Todos eles decidem casos de prisão civil do depositário infiel. Mas o que isto guarda de similitude com o tema em comento? O fato de que a Constituição Federal, por regra expressa na parte final do inciso LXVII, do artigo 5º, previra a possibilidade de prisão civil do depositário infiel – regulada pelo Decreto-lei n. 911/69

e pelo artigo 906 do Código Civil de 2002 –, ao tempo em que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11)¹¹⁹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7.)¹²⁰, ambos de 1992 –, subscritos e ratificados pelo Brasil, proibiam a prisão por dívida, com exceção à que tiver por fonte obrigação de natureza alimentar.

Com efeito, nestes *leading cases* subsistia o conflito entre a regra constitucional (*status* constitucional), regulada pelo Código Civil de 2002 (*status* legal) e pelo Decreto-Lei (*status* infralegal), e as regras internacionais cuja hierarquia figurava como o centro do debate, com vistas à determinar a consequência jurídica e solucionar os referidos casos. Foi este o cenário da discussão que consolidou a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Após descrever acima o contexto da problemática que ensejou o julgamento destes Recursos Extraordinários, cumpre analisar as posições dos ministros do Supremo Tribunal Federal, à época do julgamento, no sentido de se esboçar a atual tese adotada pela maioria do Excelso Pretório. Vejamos-se algumas delas.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, condutor do voto que implementou a alteração da jurisprudência do Excelso Pretório, ao expor seu voto paradigmático no RE 349.703/RS e no RE 466.343/SP¹²¹, asseverou que devem gozar de *status* supralegal os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos não internalizados em atendimento ao quanto previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, de modo a

¹¹⁹ Art. 11. Ninguém será preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual;

¹²⁰ Art. 7. (7). Ninguém será detido por dívidas. Este princípio limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703 e nº 466.343 São Paulo, Rel. Cezar Peluso, Voto Gilmar Mendes, em. 22/11/2006

que figurem como normas superiores às leis, porém de cariz infraconstitucional.

De acordo com esta teoria, as normas legais de direito interno que sejam conflitantes com tais tratados não devem ser aplicadas, sendo irrelevante se o ato de ratificação é anterior ou posterior à referida norma. Tal entendimento foi perfilhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Carlos Alberto Menezes Direito.

À época do referido julgamento, os Ministros José Celso de Mello Filho, Eros Roberto Grau e Antônio Cezar Peluso adotavam tese diversa, atribuindo hierarquia constitucional¹²² aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Dentre os nomes que podem ser evidenciados na composição da Suprema Corte de Justiça à época do julgamento do Recurso em destaque estão estes ministros.

É também a linha que defendem (os professores internacionalistas) Flávia Piovesan¹²³, Valério Mazzuoli¹²⁴ e Carol Proner¹²⁵, para os quais, em razão do quanto disposto no § 2º, do art. 5º, todo e qualquer tratado internacional que contenha diretivas que ampliem o espectro dos direitos humanos, independentemente da sua forma de internalização, devem ser reputados como normas materialmente constitucionais¹²⁶.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 87.585 Tocantins, Rel. Marco Aurélio, em 03/12/2008.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: 2012, p. 51-107.

¹²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa, n. 167, a. 42, p.93-114, jul./set. 2005. p.94-95.

¹²⁵ PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 157.

¹²⁶ “Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Possibilitar a incorporação de novos direitos pelos tratados seria o mesmo que atribuir a esses diplomas internacionais *status* constitucional. Anote-se ser este também o posicionamento de Antonio Augusto Cançado Trindade.” (VIEIRA, José Ribas; *NOGUEIRA*, Patrícia Ether. *Mutação Constitucional, Supralegalidade e Bloco de Constitucionalidade: Marcos Interpretativos na Ques-*

Tal postura defende a acepção ampla do conceito de bloco de constitucionalidade, contudo não é este o posicionamento majoritário do STF e do STJ¹²⁷.

Sustentam os internacionalistas que os tratados e as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos devem sempre gozar de hierarquia supraconstitucional, por serem expressão direta do reforço à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição e valor supremo a ser defendido na aplicação do direito e das normas positivadas. Todavia, esta não é a postura que tem prevalecido, principalmente após a edição da EC nº 45/2004, com a introdução de novos parágrafos ao artigo 5º.

Para aumentar o imbróglio, ainda é possível encontrar aqueles que defendem a prevalência do direito internacional sobre o direito interno¹²⁸, com base no art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969¹²⁹ (aprovada pelo Congresso Nacional, Dec. Legislativo 496/2009). Frise-se, entretanto, que esta tese é francamente minoritária.

Ululante, pois, que não há unanimidade de posiciona-

tão do Depositário Infiel pelo STF. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. n. 14. 2009. p. 23. Disponível em: <http://www.ucam.edu.br/pesquisa/revistafdc/Ucam14.pdf#page=17>. Acesso em 20 de outubro de 2012).

¹²⁷Em decisão isolada, o Ministro da Corte Cidadã, o bel. Theori Albino Zavascki ousava, em acerto, divergir: “Quanto aos tratados de direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação de sua força normativa – de lei ordinária para constitucional – também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por quórum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos)” (RHC 19087, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 18.05.2006, DJ, 2006). Cf. VOTO DO MINISTRO DELGADO

¹²⁸ HOSTERT, Jean. Droit international et Droit interne dans la Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 Mai 1969. *Annuaire Français de Droit International*. Paris, p.92-121, 1969. p.117.

¹²⁹ Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...] (Grifou-se)

mento nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Contudo, para que se possa desenvolver um Relatório com um mínimo de segurança e determinabilidade, a tese da *supralegalidade* é a prevalecente no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, os tratados e convenções que não foram incorporados com *status* de norma constitucional (§ 3º, do art. 5º, da CF 88), bem como os anteriores à EC. nº. 45/2004, guardam hierarquia superior às leis ordinárias e inferior às normas constitucionais.

Dito isto, importa compreender como esta tese implica na revisão das tradicionais linhas de argumentação monista e dualista do direito internacional público, bem como na resolução das antinomias entre as normas de direito interno e os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

8 ANTINOMIA ENTRE NORMAS DE DIREITO INTERNO E OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.

Os conflitos de leis no espaço, ou seja, o entrechoque de normas que emanam de soberanias diferentes, mormente o decorrente da colisão entre os Tratados internacionais e as normas internas, vem sendo enfrentados pelo direito internacional privado, viabilizando a convivência entre Estados Soberanos.

É nesse diapasão que se destacam o monismo e o dualismo como métodos de raciocínio para que se chegue à solução do conflito. Trata-se aqui da discussão acerca da primazia ou não do direito internacional em face do direito interno. Se a norma internacional prevalece ou subjaz à norma constitucional.

Conforme aduz a teoria monista¹³⁰, a ordem jurídica é um todo uno que se deve harmonizar. As ordens jurídicas interna e externa convergem e se superpõem, devendo ser resolvido em

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 515-517.

uma única ordem. Esta escola reparte-se em três correntes: a que defende a primazia da norma internacional sobre a norma interna; a que propugna a primazia do direito interno sobre o direito internacional; a que equipara o direito interno ao internacional, prevalecendo uma fonte sobre a outra a depender da ordem cronológica de criação (monismo moderado)¹³¹.

A teoria dualista – ou pluralista – compreende que subsistem duas ordens jurídicas independentes: a interna e a internacional. No dualismo o direito internacional incorporado fica igualado ao direito interno. Não existe conflito entre o direito internacional e o direito interno, por serem sistemas jurídicos distintos. Impõe-se a existência de uma lei interna específica para que o preceito internacional seja incorporado no sistema interno.

O Brasil que até os idos de 1977 adotou o monismo clássico, situação em que os tratados internacionais tinham predominância sobre o direito doméstico, tendo modificado seu posicionamento a contar do julgamento do RE 80.004/77 do STF, introduzindo o monismo moderado, caso em que equiparou as normas interna e internacional, passando a ter eficácia a lei posterior independentemente de sua natureza, isto é, a norma posterior afasta a anterior.

Ocorre, porém, que a contar do julgamento do RE 349.703/RS, em que foi atribuído pelo STF, em 03 de dezembro de 2008, o status de norma *supralegal* aos Tratados Internacionais sobre direitos Humanos, este passou a adotar o dualismo, sendo indispensável uma lei interna para incorporar a norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse novo posicionamento importou na revogação da Súmula 611 do STF que admitia a prisão do depositário infiel. Logo após, foi editada a Súmula vinculante n. 25 decorreu do julgamento comentado linhas acima, cujo teor ratifica a ilicitu-

¹³¹ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Rt, 2011, p. 84-96.

de da prisão do depositário infiel, independentemente da modalidade de depósito.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, por força das decisões do Supremo Tribunal Federal, o dualismo é prevalecente no Brasil¹³², notadamente, por força de que o trâmite instituído pelo artigo 5º, § 3º, faz prevalecer a compreensão de que os tratados e convenções de proteção aos direitos humanos requerem, para serem incorporados no Brasil de processo legislativo próprio, motivo pelo qual se transformam em PEC, *status* constitucional, ou PL no caso de *status* legal, quando do processo de ratificação pelo Congresso Nacional pátrio.

Isto posto, impende criticar a tese da *supralegalidade* dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, interpretação essa defendida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de responder, a título conclusivo, às perguntas que motivaram o presente estudo.

9 CRÍTICAS À ADOÇÃO DA TESE DA SUPRALEGALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A adoção da *supralegalidade* ainda não foi devidamente compreendida e racionalizada, uma vez que, em diversas situações, estão sendo aplicadas normas de hierarquia inferior, vale dizer, ordinárias,¹³³ sendo, portanto, preterida a classificação

¹³² Em sentido contrário CF. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, 2011, p.291; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010; PIOVE-SAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v.I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999; MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In. TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹³³ Um exemplo desta falta de compreensão acerca do status supralegal dos tratados e convenções pode ser demonstrado pela revogação do conceito de “adolescente” o que insinua inaplicabilidade das normas relativas às medidas socioeducativas. Com a *supralegalidade*, em tese, inexistente, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio o

adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como motivo a proteção aos direitos humanos que se dá caso-a-caso por força do princípio *pro homine*.

Em tese, disto decorreria um enfraquecimento da coerência de tratamento do ordenamento jurídico, notadamente quanto à igualdade de tratamentos decorrentes do *status supralegal* e possível mácula à supremacia das decisões da mais alta Corte de Justiça brasileira. Com efeito, a medida ampliativa que, *a priori*, seria benéfica, findaria por conspurcar valores do ordenamento jurídico.

Porém a adoção acrítica da internalização de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos implica na falsa percepção de lacunas, inaplicabilidades, antinomias e contrariedades de alguns dispositivos com o ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, com a noção de supralegalidade e controle de convencionalidade¹³⁴, muitas normas infraconstitucionais e não convencionais, embora sejam mais benéficas na proteção dos direitos fundamentais, não têm sido amplamente aplicadas por força do debate acerca do seu *status* normativo.

Em verdade, não se adota a tese do “diálogo das fontes”, tal qual descrito por Mazzuoli, com base em Erick James, no

conceito de adolescente. Ou seja, há uma direta e frontal colisão entre os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – ECA) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (promulgado pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990) que, na linha do entendimento do STF, possui natureza *supraconstitucional*.

¹³⁴ “[...] doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.” (Grifos no original) (MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas, Ano IX, n. 12, Mar. 2009. p. 237. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/181/122> Acesso em 13 de outubro de 2012)

sentido de implementar a aplicação do princípio *pro homine*¹³⁵, de modo que algumas normas inferiores às constitucionais e *supralegais*, que albergam direitos fundamentais, podem não ter a devida aplicação. Com isso, se nega concretude a importantes direitos, fruto de lutas ao longo de duros períodos históricos, que podem servir apenas como forma de aplacar os ânimos de movimentos sociais, fazendo uso da famigerada e negativa legislação e constitucionalização simbólica¹³⁶ e do uso retórico dos direitos humanos.

Com razão, nas palavras de Cláudia Lima Marques, a teoria do diálogo das fontes.

a coordenação dessas fontes, uma coordenação flexível e útil (*efte utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do monólogo de uma só norma possível comunicar a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas¹³⁷

Com efeito, a ampliação do rol de direitos fundamentais pela cláusula aberta, bem como a proteção empreendida pelo bloco de constitucionalidade impede que seja relegado a segundo plano a discussão acerca da hierarquia das normas –

¹³⁵ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Rt, 2011, p.291; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Sarava, 2010, p. 129-226.

¹³⁶ “[...] a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas Constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica” (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 1).

¹³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito de Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Rt, 2010, p. 112.

infraconstitucionais em favor das *supralegais, constitucionais e supraconstitucionais* – no sentido de melhor proteger os direitos humanos caso-a-caso.

Nesse sentido, a teoria do diálogo das fontes implica na compreensão de que é o caso concreto, notadamente a situação em conflito, que definirá qual a regra será mais benéfica à situação. Ademais, parece ter sido este o sentido a que veio emprestar o Ministro Gilmar Mendes ao consignar a tese da supralegalidade no julgamento do STF, porquanto as normas tendentes a proteger os direitos humanos devem ter *status superior*.

Assim a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos internos e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, *voltadas primordialmente à proteção do ser humano*¹³⁸ (grifo nosso).

Olvidou, contudo, o Ministro Gilmar Mendes de afirmar que esta proteção não é estática, conforme faz crer a teoria da hierarquia das normas, mas dinâmica. Verifica-se, assim, uma inversão entre a causa e o efeito. A proteção ao ser humano implica a sua hierarquia superior. Porém, quando houver casos em que a norma seja de hierarquia inferior, mas implique em maior proteção aos direitos humanos, deverá o julgador ficar adstrito à tese da hierarquia? Parece que não.

O alcance do efeito pretendido – proteção do ser humano – implica em um deslocamento da discussão rumo ao princípio *pro homine* e ao diálogo das fontes. Necessário que tais “técnicas” venham a orientar a aplicação do direito em favor da norma mais protetiva. Por óbvio, é a interpretação do caso concre-

¹³⁸ CF. RE 349.703/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Dje*, 04.06.2009

to que definirá qual norma é mais ou menos benéfica, sendo a interpretação (reiterada) a referência para a melhor aplicação de tais regras em favor dos direitos humanos a partir dos casos outrora julgados. Não o inverso, o não cotejamento dos casos concretos e a rejeição de análise do ordenamento em função da cômoda tese da hierarquia supralegal dos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos.

Com base nestas idéias críticas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cumpre, em sede de conclusão, responder às perguntas que figuraram como *leitmotiv* deste trabalho: (I) os aludidos diplomas internacionais teriam o condão de revogar preceito constitucional? (II) os mesmos estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade? (III) tais instrumentos internacionais não teriam sua efetividade comprometida por não terem estatura de norma constitucional?. É o que será feito no tópico abaixo, tomando como referência as premissas adotadas neste Relatório, bem como o desenvolvimento das teorias acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

10 CONCLUSÕES

A respeito da primeira questão, referente à possibilidade de revogação de preceitos constitucionais pelos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, compreende-se, de tudo quanto exposto, que tais diplomas derivarão sempre de um fundamento constitucional, que lhes confere recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, como se trata de norma derivada, esta não poderá, por óbvio, transcender à Carta Magna que, além de ter natureza estável e rígida, ocupa na hierarquia das normas posição mais elevada, podendo quando muito referidos diplomas internacionais a ela se equiparar, nos casos em que venham a ser incorporados na ordem jurídica interna após apro-

vação, através quórum especial, como Emenda Constitucional. Daí porque, logrando status constitucional, os diplomas internacionais em estudo somente poderão aperfeiçoar uma norma pré-existente, ou, em caso negativo, figuram como normas de *status* supralegal, sendo em ambas as situações insuscetíveis de revogar preceito constitucional.

Em verdade, por força do princípio da supremacia da Constituição da República, a norma constitucional originária, detentora de legitimidade processual democrática, é formada por estrutura básica de justiça que tem, em tese, valor formal e material superior às normas supralegais, porquanto é a Carta Política que organiza o Estado soberano popular, tanto que só pode ser alterada por quórum qualificado.

Logo, aos tratados internacionais sobre direitos humanos não é dado transcender o que foi posto originariamente pelo legislador constituinte, daí porque não poderão revogar norma constitucional que tenha cuidado anteriormente do mesmo tema.

Entretanto, deve ficar suficientemente claro que isto não implica em óbice para aplicação do princípio *pro homine*, porquanto deve este prevalecer, ainda que falte aos tratados internacionais um predicado legitimador às normas infraconstitucionais, denominado por Canotilho de *autoprimazia normativa*¹³⁹.

Com efeito, embora a incorporação dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos tenha *status* constitucional ou infraconstitucional, consoante acima exposto, convém adotar, em consonância com as críticas supramencionadas, a teoria do diálogo das fontes para que os direitos fundamentais e os direitos humanos não assumam um caráter meramente retórico¹⁴⁰ e venham, de fato, melhor prote-

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 7ª Ed. 2000, p. 1.074-1075.

¹⁴⁰

ger o ser humano. Afinal, segundo afirma, com razão, Leonardo Martins

Uma tal abordagem que gera discursos repetitivos, relevantes em momentos de consolidação das instituições democráticas, redundante em um caráter meramente retórico, pois que não dá respostas a problemas concretos da dogmática dos direitos fundamentais como a questão de se colocar critérios para o caso comum de ocorrer colisões entre direitos humanos e direitos fundamentais. Tal abordagem retórica também não esclarece nada a respeito do alcance específico de cada direito e seus limites constitucionais [... afinal] a grande maioria dos direitos humanos é tutelada também no âmbito interno enquanto direitos fundamentais. Só faz sentido buscar a tutela internacional quando há a total falência dos órgãos nacionais em protegê-los. Igualemetne não faz sentido exigir da autoridade judicial brasileira a aplicação direta de tratados quando a CF brasileira já garante por direito fundamental, i. e., de forma diretamente vinculante de órgãos estatais nacionais e o direito humano supostamente violado.¹⁴¹

Em suma, impõe-se a prevalência do princípio *pro homine* em matéria de proteção de direitos humanos, guardando sintonia com a teoria do diálogo das fontes, ainda que faltante aos tratados e convenções internacionais dessa natureza auto-primazia normativa.

No que toca ao segundo questionamento, pode-se afirmar que os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Como vimos, a posição hierárquica destas normas, *supra-legal* ou constitucional (§ 3º, do artigo 5º, da Constituição Fe-

¹⁴¹ Comentário de Leonardo Martins à palestra (e ao artigo) do Ministro Gilmar Ferreira Mendes “A justiça Constitucional nos contextos supranacionais” In: NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 290.

deral de 1988) implica que se subordinam ou pertencem à mesma hierarquia das normas constitucionais e, tendo em vista a atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal, de guarda da Carta Cidadã (artigo 102 da Constituição Federal de 1988), os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos submetem-se ao exame de constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário, notadamente, pelo Excelso Pretório, à semelhança das demais normas que venham a regular a proteção de direitos fundamentais.

Dessa forma, o Brasil adota, tanto o controle de convencionalidade,¹⁴² quanto o controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais que protegem os direitos humanos, seja pela via da jurisdição, seja pela via legislativa, esta na etapa de ratificação, ocasião em que o Poder Legislativo avalia a compatibilidade da normatividade internacional com o texto constitucional.

Em relação à terceira questão, afirma-se que o *status supralegal* ou constitucional dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, incorporados pelo Estado brasileiro, não têm a sua efetividade diminuída em função de alguns situarem-se em hierarquia inferior ao texto constitucional e superior ao texto legal.

Tal compreensão decorre da idéia de que os tratados e convenções internacionais que protegem os direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade, vale dizer, integram o conjunto de regras e princípios que compõem as matrizes, os fundamentos do Estado brasileiro e da Constituição, significando que conferem proteção e garantia semelhantes àquela empreendida aos direitos fundamentais em sentido formal.

Assim, nosso entendimento é que figura o princípio *pro homine*, defendido pelo ministro Celso de Mello, em voz mino-

¹⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.855.

ritária no Supremo Tribunal Federal¹⁴³, como o vetor de interpretação dos casos que envolvam direitos humanos, assumindo a teoria do diálogo das fontes a posição norteadora na aplicação que melhor proteja os direitos humanos. Dessa forma, torna-se irrelevante a hierarquia da norma que regula a situação em abstrato, porquanto prevalecente a norma interna ou externa que melhor proteger o ser humano no caso concreto.



REFERÊNCIAS

- AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados e o processo jurídico-constitucional. *In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). Coleção Doutrinas Essenciais. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.*
- ARGENTINA, Constituição da. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- BASTOS LUPI, André Lipp Pinto. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004. *In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). Coleção Doutrinas Essenciais. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.*
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARRAL, Welber. *Direito Internacional: normas e práticas*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

¹⁴³ Voto do Min. Celso de Mello, no HC 87.58. Rel. Min. Marco Aurélio, 25.06.2009;

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. “*Aqui, lá, e em todo lugar*”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. Vol. 101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.
- _____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- _____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ALVES PEREIRA, Antônio Celso (Coordenadores) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito de Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Rt, 2010.
- BRANCO, Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. COLEHO, Inocêncio Martires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Ed. Brasília: IDP, 2002, p. 125.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Senado, 1942.
- _____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Brasília: Senado, 1966.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Promulga*

a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Brasília: Senado, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 Divulg. 04-06-2009, Public. 05-06-2009, EMENT VOL - 02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343.NUME.+OU+466343.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> . Acesso em: 13 de outubro 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 87585, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 Divulg. 25-06-2009, Public. 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2887585.NUME.+OU+87585.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> . Acesso em 13 outubro de 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* v.I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos.* Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Direito Internacional e Direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In. CANÇADO

- TRINDADE, Antônio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. IIDH – CICV – ACNUR – Comissão da União Européia Co-edição, São José da Costa Rica/Brasília, 1996. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 7ª Ed. 2000.
- CHILE, Constituição do. Disponível em <<<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile05.html>>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012).
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A prisão civil do depositário infiel em face da constituição federal e dos tratados internacionais sobre direitos humanos. *In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.
- COLÔMBIA, Constituição da. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- COSTA RICA, Constituição da Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- EL SALVADOR, Constituição de. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/ElSal83.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- EONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal I. Doctrinas Generales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America,

- 1963.
- ESPAÑA, Constituição da. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=66&fin=96&tipo=2>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FOUCAULT, Michel; MACHADO, Roberto (org. e trad.). *Microfísica do poder*. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GONÇALVES, Benedito. Competência: crimes conexos. In: JORNADA DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 2., 1995, Brasília. Anais... Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 85-100. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32327>>
- GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FACHIN, Melina Girardi. *Entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/08 do STF*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13, p. 59-79, vol. 1, p. 73. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/416/339>. Acesso em: 7 outubro de 2012.
- GONÇALVES NETO, João da Cruz; DA COSTA, Ruth Barros Petterson. *A interpretação do § 3º do art. 5º da Constituição Federal à Luz da Teoria da Justiça de John Rawls*. Estudos, Goiânia, v. 35, n. 4. Jul./ago. 2008. Disponível em: <http://revistas.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/view/691/530>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.
- GUATEMALA, Constituição da. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate8>>

- 5.html >. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- HONDURAS, Constituição de. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html>>. Acesso em 18 de Outubro de 2012.
- HOSTERT, Jean. *Droit internacional et Droit interne dans la Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 Mai 1969*. Annuaire Français de Droit International. Paris, p.92-121, 1969.
- JUBILUT, Liliana Lyra. A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.
- LEITE, Kayo José Miranda. *Internalização dos Direitos Humanos e Implicações na Ordem Constitucional Brasileira*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 12, p. 289-304, vol. 1. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/373/322>>. Acesso em: 10 outubro de 2012.
- LUZ, Maíra Carvalho. Limites constitucionais à competência por prerrogativa de função: análise crítica da Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 209-214, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27699>>. Acesso em: 19 de outubro de 2012
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- MACHADO, Thiago Luiz D'agostin. *A legitimidade democrática*

- tico-deliberativa do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal*. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, out. 2010, p. 6556. Disponível em: <<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa, n. 167, a. 42, p.93-114, jul./set. 2005.
- _____. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas, Ano IX, n. 12, Mar. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/181/122> Acesso em: 13 outubro de 2012.
- _____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília (Senado Federal), v. 149, n.ano 37, p. 231-250, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3.ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NALINI, José Renato. *Dez recados ao juiz do III milênio*. Disponível em:

- <http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo16.htm>.
Acesso em: 22 outubro de 2012.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos Tratados de Direitos Humanos, uma Velha Discussão com uma Nova Roupa advinda com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 82-97, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/5171/3795>. Acesso em: 13 outubro de 2012.
- PEREIRA, Sérgio Gischkov. *Interpretação Jurídica e aplicação do direito*. In: Revista AJURIS. Porto Alegre, ano X, v. 27, mar. 1983.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Direitos Humanos, Globais, Justiça Internacional e Brasil. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. A proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.
- _____. *Direitos Humanos e Justiça internacional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PLETSCH, Anelise Ribeiro. *A incorporação de tratados segundo o ordenamento jurídico brasileiro: breves reflexões após a Emenda Constitucional 45*. Revista de Direito da ADVOCEF, Ano III, n. 5, nov. 2007, p. 63-80. Disponível em:

- http://www.advocef.org.br/_arquivos/42_1029_rd5.pdf#page=63. Acesso em: 12 de outubro de 2012.
- PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- REDIN, Giuliana. Crítica ao §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 à luz da internacionalização dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais*. Vol. 6. São Paulo: RT, 2011.
- RICOBOM, Gisele. *A ampliação dos Direitos Humanos na Constituição de 1988*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, n. 09, 2008, p. 01. Disponível em:
<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/90/81>). Acesso em: 10 de outubro de 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira*. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30863-33277-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 outubro de 2012.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos*

humanos no plano internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira e de Direito Internacional, Brasília, n. 113-118, 1988.

_____. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona human: manifestaciones de la humanización Del derecho internacional. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Janeiro/junho, n.50, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENEZUELA, Constituição da. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html> >. Acesso em 18 de Outubro de 2012.

VIEIRA, José Ribas; NOGUEIRA, Patrícia Ether. *Mutação Constitucional, Supralegalidade e Bloco de Constitucionalidade: Marcos Interpretativos na Questão do Depositário Infiel pelo STF*. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. n. 14. 2009. p. 23. Disponível em: <http://www.ucam.edu.br/pesquisa/revistafdc/Ucam14.pdf#page=17>. Acesso em: 17 outubro de 2012.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2, 2004.

ZÚÑIGA, Rubén Cardoza. La dicotomía jurisdiccional entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. Meritum: Revista de direito da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, v. 5, n. 2, jul./dez de 2010.