

# 3

## A POSIÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### THE POSITION OF INTERNATIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN LAW

Pedro Ribeiro Agustoni Feilke\*

#### RESUMO

O presente trabalho científico busca averiguar a posição que os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, assumem no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, faz, inicialmente, um arrazoado histórico relativo à evolução do Direito Internacional Público e o status quo atual. Após analisar a posição que os tratados comuns ocupam no direito nacional, passa ao estudo do tema central, isto é, os tratados internacionais sobre direitos humanos. Nesse ponto, disserta devidamente a respeito da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal relativo ao tema, verificando as várias teorias utilizadas pelos ministros em suas decisões. Após contrapor, à sequência, a posição do STF com a da doutrina mais moderna, faz uma ponderação final crítica a respeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática abordada.

**Palavras-chave:** *Direito Internacional Público. Tratados Internacionais. Tratados internacionais de direitos humanos.*

#### ABSTRACT

This scientific work aims to investigate the position that international treaties, especially human rights, assumes in the national law. Therefore, it initially a historical rationale for the development of the Public International Law and the current status quo. After examining the position that ordinary treaties occupy in national law, it passes to the study of the central theme, i.e., international human rights treaties. At this point, carefully lecture on the evolution of the understanding of the Supreme Court on the issue by checking the various theories used by ministers in their decisions. After counter, the sequence, the position of the STF with the most modern doctrine, makes a final critical weighting about the positioning of the Supreme Court on the theme.

**Keywords:** *Public International Law. International Treaties. International human rights trea-*

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-graduando em Direito do Estado pela Uniritter Laureate Universities. Mestrando em Fundamentos da Integração Jurídica pela UFRGS. Advogado.

## 1 Introdução

Muito se fala em globalização nos tempos atuais, utilizando o termo indistintamente para as mais variadas situações. No campo do Direito, a globalização, ou internacionalização das normas, assume características próprias que traduzem o grau de integração verificado em determinado país.

Em que pese a acepção, certas vezes pejorativa, que a expressão globalização assume, mostra-se fundamental que os ordenamentos jurídicos nacionais se coloquem em posição alinhada com os tratados internacionais firmados pelo país, para garantir a credibilidade jurídica do país, perante a ordem internacional.

O presente artigo, atento à necessidade de os Estados respeitarem os tratados aos quais se vincularam, visa a analisar como o ordenamento jurídico brasileiro, em particular, vem lidando com essa questão de hierarquia dos tratados internacionais. O foco dado é especificamente a problemática dos tratados internacionais sobre direitos humanos, haja vista existir uma visão diferenciada do Supremo Tribunal Federal a respeito deles, com base na interpretação dos parágrafos 1º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Tratar-se-á, neste estudo, da visão que a doutrina e a jurisprudência pátria vêm adotando no tocante à hierarquia dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos. Para tanto, faz uso do método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como de uma análise histórico-descritiva da doutrina sobre o tema. Ao fim e ao cabo, buscar-se-á definir se o Brasil é ou não um país respeitador dos tratados que firma junto à comunidade internacional, com ênfase na análise dos tratados sobre direitos humanos, dada a sensibilidade e diferenciação que o tema possui.

## 2. EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Entende-se como Direito Internacional Público o aglomerado de regras e princípios que visam a disciplinar direitos e deveres internacionais, cujos sujeitos são tanto os Estados e organismos análogos, quanto os in-

divíduos (Accioly, 1991). Essa conceituação, proposta por Hildebrando Accioly, em 1957, permanece válida até os dias atuais, em que pese o advento de uma vasta gama de novas organizações no cenário global.

Também chamado de “direito das gentes” (*jus gentium*)<sup>3</sup>, o Direito Internacional Público somente se consolidou em meados do século XVII, destacando-se como uma disciplina com características próprias, a partir do Tratado de Vestfália, de 1648<sup>4</sup>. Com o passar dos anos, e a evolução do conceito de “sociedade internacional”, o Direito Internacional Público foi assumindo uma crescente importância, especialmente após as duas Guerras Mundiais do século XX (Mazzuoli, 2002). Toda essa evolução do direito internacional, como um braço do Direito, alçado à relação interestatal, só foi possível por meio da criação de uma sociedade internacional, na qual os países se reuniram, cedendo uma parcela de sua soberania em prol de um objetivo maior. Isto porque, como em qualquer sociedade, é impossível viver desprovido de regras, em total anarquia. Em não existindo qualquer regramento ou ordenamento jurídico, é inconcebível a ideia de uma sociedade organizada<sup>7</sup>.

Não se concebe mais, hoje, aquela arcaica ideia de buscar a validade do Direito Internacional na superada teoria voluntarista, segundo a qual a obrigatoriedade do direito internacional adviria exclusivamente da vontade dos Estados. Como assevera Cançado Trindade, a resposta para o fundamento de validade do Direito Internacional é encontrada na “consciência jurídica universal”, partindo da ideia de justiça objetiva construída, consoante a *recta ratio*. A *recta ratio* (expressão equiparada à *orthos logos* grega) se identificaria como um dos principais fundamentos do *jus gentium*. Segundo os princípios da *recta ratio* – cuja origem remonta a Platão e Aristóteles – “cada sujeito de Direito deve comportar-se com justiça, boa-fé e benevolência”. Dessa maneira, é possível vislumbrar como a *recta ratio* identifica-se com a ideia de direito natural, algo é precedente e está acima das vontades dos Estados (Trindade, 2006).

O caminho para o qual se parece seguir, não mais permite que os países se enclausurem em um casulo jurídico interno, sob o pálio de uma soberania já mitigada. A realidade sócio-jurídica internacional transforma-se a cada minuto. Não mais vigora a plena força o princípio do domes-

<sup>3</sup> A utilização da expressão “Direito das Gentes” (advinda da tradução literal do latim “*Jus Gentium*”) é aceita entre os internacionalistas, de modo geral, em que pese o vocábulo “gente” não mais retratar bem a realidade

dos atores presentes no cenário internacional. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 26.

<sup>4</sup> Para Del’Olmo, o “Tratado de Vestfália marca, em um consenso dos tratadistas, o ponto de partida do Direito Internacional moderno. Dois princípios então proclamados, o da igualdade religiosa (Estados católicos e protestantes passam a gozar das mesmas prerrogativas), e o do equilíbrio europeu (garantia de surgimento de novos Estados), terão forte influência em toda a ordem jurídica. [...] Com a paz da Vestfália triunfa o princípio da igualdade jurídica entre os Estados.” *Ibidem*. p.14 e 15.

<sup>7</sup> DEL’OLMO, op. cit. p.1.

tic affair (ou da não ingerência), que cerceava a atuação do direito internacional, perante os Estados soberanos; evoluindo para a ideia do international concern, segundo a qual a proteção a direitos básicos do ser humano torna-se uma questão de direito internacional (Gomes, 2011). Essa nova realidade transmite a ideia de que o bem comum internacional se coloca acima do bem comum nacional, e o Estado nacional deixou de ser uma sociedade autossuficiente e fechada, necessitando de integração com os demais países da sociedade internacional. A própria ideia de soberania, que no século XVI era conceituada por Bodin como um “poder absoluto e perpétuo de uma República”, transformou-se, nas palavras de Néstor Pedro Sagüés, em “una potestad relativa, cada vez más recortada” (Gomes, 2011). Assim, a mitigação da soberania ocorre no mesmo ritmo em que a sociedade internacional se fortalece.

O entendimento tende para um caminho dialógico, no qual haja uma constante conversação entre as duas jurisdições (Gomes, 2011). O precursor de tal ideia é o alemão Erik Jayme, que em seu Curso geral de Haia, em 1995, chamou de “diálogo das fontes” (dialogue des sources) a tentativa de conciliar duas fontes de direito dissonantes, a fim de que formassem algo novo, com base em tal “conversa”. Ainda que a referida teoria tenha sido concebida inicialmente para o campo do direito internacional privado, não há impedimento algum em estendê-la ao campo de atuação do Direito Internacional Público.

Segundo a teoria de Jayme, à solução de antinomias que surgem no cotidiano jurídico não são mais suficientes os métodos hermenêuticos tradicionais da revogação por derrogação tácita ou ab-rogação de norma incompatível (Miragem, 2012). As diversas fontes de direito, tais como os direitos constitucionais, fundamentais, humanos, leis, códigos, tratados etc., “não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam umas às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando o que as fontes dizem” (Jayme, 2012). Desta feita, surge uma nova proposta de perspectiva, acerca da relação entre as mais diversas fontes que o direito tem a si, imanentes.

Em termos de fontes de direito internacional, os tratados internacionais ocupam hoje um lugar de proeminência no plano jurídico mundial, constituindo a principal fonte de obrigação do direito internacional (Piovesan, 2010).

Na realidade brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, após o período ditatorial, garante a adoção de direitos e garantias oriundos de tratados internacionais de que a República brasileira for parte<sup>15</sup>. Entretanto, a CRFB/88, não consignou expressamente em nenhum de seus dispositivos a

hierarquia existente entre leis nacionais e tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, deixando tal incumbência à doutrina e jurisprudência (Mazzuoli, 2008).

A questão é inegavelmente complexa e sua solução passa por definições conceituais que vão ganhar significação mediante um processo cognitivo subjetivo. O STF evoluiu o seu posicionamento, tendo alterado-o de maneira importante nos últimos anos. Para o estudo do tema, far-se-á uma divisão: primeiro, estudar-se-ão os tratados internacionais comuns para, após, realizar-se a análise dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que são o principal escopo do presente artigo.

### 3. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS

Primeiramente, abordaremos a hierarquia dos tratados internacionais comuns – isto é, aqueles que não versam sobre direitos humanos – no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina a propósito da matéria é extremamente controversa. Os entendimentos variam desde a ideia de que o tratado internacional não pode suplantar lei ordinária (segundo adeptos da teoria dualista e a monista nacionalista) até o pensamento daqueles doutrinadores que defendem o status supraconstitucional dos tratados internacionais, visto que seriam normas que se inserem no conceito de jus cogens internacional (adeptos da teoria monista internacionalista) (Sagüés, 1999).

Assim considerando, caberia a pergunta: o que ocorre se uma lei brasileira ofende um tratado internacional comum, ratificado pelo Brasil? Novamente, a solução é complexa. Para alguns, seria o caso de inconstitucionalidade, por violação indireta da constituição (transgressão da escala hierárquica) (Sagüés, 1999). Outros consideram que se trata pura e simplesmente do tradicional controle de legalidade das leis nacionais. De outra banda, há a posição de Mazzuoli, que considera ser o caso do controle de supralegalidade, expressão criada por ele para conceituar aqueles tratados que estão acima da normatividade ordinária, mas abaixo da Constituição Federal, o que, na prática, teria os mesmos efeitos do controle de legalidade, visto que só poderia ser feito de maneira difusa (Mazzuoli, 2008).

Posta em evidência a discussão doutrinária, cumpre esclarecer de que maneira a corte suprema brasileira vem divisando a questão. Diferentemente do que ocorre com os tratados que versam sobre direitos humanos (como se verá no próximo ponto), a maioria dos ministros

do Supremo mantém o clássico posicionamento conser-

<sup>15</sup> Art. 5º, § 2º da CRFB: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

vador da Corte, no sentido de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm status de lei ordinária<sup>20</sup>.

Desse modo, o poder para fazer tratados pelo Estado brasileiro (treaty-making power) ainda hoje é subordinado à Constituição da República, levando à conclusão de que “[n]enhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.”<sup>21</sup> Assim, a Constituição acaba sendo um limite material aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, em que pese que tal afirmação esteja desconforme com o que o Direito Internacional Público estabelece. Quanto ao confronto entre tratados internacionais gerais e leis ordinárias, segundo o STF, continuariam sendo resolvidos pelos clássicos métodos de especialidade e anterioridade.

## 4. DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Cumprido destacar, em princípio de discussão, que a Constituição Federal de 1988 representou um marco na história brasileira. Após o fim do período ditatorial, o Brasil caminhava rumo a uma nova ordem jurídico-social, marcada por um processo de redemocratização e de institucionalização dos direitos humanos. Concomitantemente, o Estado brasileiro aderiu e ratificava cada vez mais instrumentos jurídicos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, tanto no âmbito do sistema das Nações Unidas quanto no sistema Interamericano de direitos humanos.

Nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988 contém diversos dispositivos que dão vida a essa nova posição do Brasil, relativa aos direitos humanos, sendo considerada como o “documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais visto no Brasil” (Piovesan, 2010), estando entre as Constituições mais avançadas no mundo nesta matéria. A dignidade da pessoa humana foi alçada a um dos fundamentos da República Federativa brasileira<sup>24</sup>. Estabeleceu-se como um

dos princípios regeadores das relações internacionais do Brasil o da prevalência dos direitos humanos (inciso II, do artigo 4º, da CRFB/88), garantindo, em âmbito constitucional endógeno, a vedação à tortura ou tratamento humano degradante (inciso III do artigo 5º). Dispôs-se que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (parágrafo 1º do art. 5º).

Quanto à relação de direitos integrantes do nosso ordenamento jurídico, o parágrafo 2º do art. 5º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Por sua vez, a Emenda Constitucional 45, de 2004, fez mais dois adendos de parágrafos ao artigo 5º, formulando, no parágrafo 3º, a ideia de que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” e, no parágrafo 4º, enunciando que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão”.

No quadro geral de integração de normas de direito internacional com a Constituição Federal de 1988, o parágrafo 3º do art. 5º eleva os tratados sobre direitos humanos a uma categoria superior às demais normas internacionais, motivo pelo qual os direitos humanos devem ser vistos como alvos de prerrogativas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que assim não fosse, há que se considerar que esses direitos, ditos humanos, estão no mais alto patamar da hierarquia normativa, por serem aqueles que tutelam os bens jurídicos que o ser humano tem a si inarredáveis e, se extirpados do homem, não mais assim poderemos chamá-lo. Justifica-se a importância da defesa dos direitos humanos em face de crimes de lesa-humanidade, pois eles violam não só o direito das vítimas, mas a própria “consciência da humanidade” (Jardim, 2011).

Reconhecida a peculiaridade inerente à proteção dos

<sup>20</sup> Neste sentido: “os tratados concluídos pelo estado federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1347. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 05/09/1995, Diário da Justiça, Brasília, DF, 1º dez. 1995; e “Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 662 (Peru). Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 28/11/1996, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 jun. 2003.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 772. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 24/10/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 mar. 2009.

<sup>24</sup> Cf. art. 1º, III da CRFB.



direitos humanos, o sistema jurídico brasileiro adotou – expressamente pelo art. 5º, parágrafo 3º da CRFB, introduzido pela EC 45/04, como dito anteriormente – o posicionamento segundo o qual os direitos humanos possuem uma hierarquia superior aos demais (“privilégio hierárquico”, segundo Carlos Weis, 2006), conforme se depreende da leitura sistemática do conjunto ordenamental brasileiro. Nessa senda, colocam-se como parcial exceção à regra de incorporação de tratados internacionais os relativos a direitos humanos, divergindo quantos aos demais no tangente à integração, eficácia e aplicabilidade.

Entretanto, o criticado<sup>29</sup> parágrafo 3º do art. 5º da CRFB não logrou êxito em pôr termo às discussões a respeito da hierarquia das normas internacionais de direitos humanos. Segundo parte da doutrina humanista, a redação trazida pela EC 45/2004 não levou em consideração a doutrina e jurisprudência internacional relativa ao tema, tendo aumentado ainda mais a controvérsia a respeito do status das normas ratificadas pelo Estado brasileiro, na temática dos direitos humanos (Mazzuoli, 2011).

Assim, criou-se um intrincado quadro, em que coexistem três tipos de hierarquia de normas internacionais, perante as de direito interno: a das normas internacionais que não versam sobre direitos humanos (trabalhadas no ponto anterior); as normas internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Estado brasileiro, que não passaram pelo procedimento do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB<sup>31</sup>; e os tratados internacionais sobre direitos humanos que passaram pelo quórum previsto no 3º do art. 5º da CRFB<sup>32</sup>. Para cada uma dessas normas há um diferente grau hierárquico, havendo entendimentos nos mais diversos sentidos.

#### 4.1– Do posicionamento do STF

Para analisar a evolução do posicionamento do STF, em relação à colocação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito nacional, usaremos o exemplo paradigmático da prisão do depositário infiel, que muito tem a contribuir para a compre-

ensão do desenvolvimento jurisprudencial da corte. A temática tinha uma interpretação do STF, no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não era aplicável à legislação brasileira, no presente caso, uma vez que a Convenção teria status de lei ordinária, não podendo, portanto, contrariar a Constituição Federal, a qual permite a prisão civil por dívida, no caso do depositário infiel. Nesse sentido podemos citar como exemplos o HC 73.044/SP, julgado em 1996, e o HC 72.131, julgado em 1995, nos quais o STF, por maioria (no HC 72131, a votação teve quatro votos contrários), decidiu que a prisão civil do depositário infiel era constitucional<sup>33</sup>.

Contudo, cabe ressaltar que, anteriormente à reforma constitucional que acrescentou o § 3º no art. 5º da CRFB (EC 45/04), o próprio STF já sinalava a necessidade de uma maior hierarquia normativa dos tratados sobre direitos humanos. É o que podemos depreender de trecho da ementa do HC 81.319/GO, de 2002, que também tratava sobre a questão da prisão do depositário infiel, in verbis:

*É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (...). Revela-se altamente desejável, no entanto, “de jure constituendo”, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos, e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro<sup>34</sup>.*

Atendendo ao clamor por uma maior atenção aos tratados de direitos humanos, a inserção do § 3º no art. 5º da CRFB, feita pela EC 45/04, deixa claro que não há mais dúvidas de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados no rito do referido parágrafo, têm força constitucional. Contudo, os demais tratados sobre direitos humanos não aprovados, segundo aquele procedimento, conti-

<sup>29</sup> Grande parte dos doutrinadores de direitos humanos vê com olhos críticos tal emenda, acreditando que ela veio para tumultuar ainda mais a estrutura hierárquica dos tratados sobre direitos humanos. Cf. VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. Brasília, nº 4, jul./dez. 2010. p. 203.

<sup>31</sup> Para Rezek, “é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos, outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional”. REZEK, José Francisco. Direito Internacional público: curso elementar. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103. Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, no voto do Rext 466.343/SP, entendeu que a referida Emenda acabou representando “uma declaração eloquente de que os tratados internacionais já ratificados pelo BRASIL, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.466343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009.

<sup>32</sup> Até hoje, somente foi aprovado segundo o rito do § 3º do art. 5º da CF, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. 6.949, de 25.8.2009).

nuariam, segundo tal posição do STF, no nível das normas legais ordinárias, no nosso ordenamento jurídico interno.

Todavia, esse entendimento foi reformado para mais bem se coadunar com a ordem jurídica constitucional e o panorama jurídico internacional, a partir da decisão do Recurso Extraordinário 466.343/SP, em dezembro de 2008, a qual consubstanciou que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível supralegal no País.

Desse modo, a posição que hoje adota o Supremo, capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, leva em consideração a importância que o tópico dos direitos humanos possui, entretanto, não os coloca imediatamente em nível constitucional. Para assumir o status de norma constitucional, contudo, necessitam passar pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição, quando, então, passarão a formar o “bloco de constitucionalidade”.

O Min. Gilmar Mendes, no voto proferido no RE 466.343/SP, destacou existirem quatro correntes principais a respeito do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a saber: supraconstitucional; constitucional; supralegal e status de lei ordinária. A seu ver, no contexto observado hodiernamente, há “a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos”, restando, portanto, evidente que os tratados internacionais sobre direitos humanos merecem tratamento privilegiado. Dessa maneira, adotou o ministro a tese da supralegalidade, segundo a qual os tratados e convenções sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, “porém, diante de seu caráter especial, em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”<sup>35</sup>. Apesar de não atender plenamente às expectativas humanistas e à evolução constatada na jurisprudência das cortes internacionais sobre direitos humanos, é inegável que a adoção desse posicionamento pelo

STF representa um avanço no âmbito dos direitos humanos.

A referida posição, todavia, não é unânime no próprio tribunal constitucional. Em voto divergente, o Min. Celso de Mello considerou que os tratados de direitos humanos, em si mesmos considerados, possuíam força de norma constitucional, diante da previsão do art. 5º, § 1º e 2º da Constituição Federal. Esse entendimento vai ao encontro das aspirações da doutrina humanista, bem como da consolidada jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos<sup>36</sup>.

O Min. Joaquim Barbosa, por sua vez, entendeu por reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no julgamento do AI 601.832, por conta do disposto no §3º do art. 5º, afirmando que “a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente (...) para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção.”<sup>37</sup> Assim, o ministro Barbosa, ainda que por argumentos distintos do ministro Celso de Mello, reconheceu o status normativo constitucional dos tratados de direitos humanos, ao interpretar extensivamente o § 3º do art. 5º da CRFB.

Como se pode notar, a posição adotada pelo STF utiliza com imperícia o direito internacional, autorizando-se a dizer, no mesmo sentido em que Deisy Ventura o faz, que o “STF aplica pouco e mal o Direito Internacional” (Ventura, 2010). Esse fato é o que leva a doutrinadora citada, com base na doutrina de Marcelo Neves (2009) e Bruce Ackerman (1996), a afirmar que a postura do STF é de “provincianismo jurídico”, visto que desconsidera os grandes avanços da doutrina e jurisprudência internacionais (Ventura, 1991).

## 4.2 – Da posição doutrinária

O entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal é, de certo modo, conservador e desatende às expectativas do constitucionalismo moderno. A doutrina dominante, por sua vez, vem discutindo a matéria

<sup>33</sup> Cabe colacionar trecho da ementa do HC 73.044, elucidativo para entender a posição adotada então pelo STF: “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 essa 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”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.73.044. Relator: Min. Mauricio Correa, Brasília, DF, 19 mar. 1996, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 set. 1996. O entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem status normativo de lei ordinária é observado, contudo, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1977.

<sup>34</sup> Idem. Habeas Corpus nº 81.319. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 24 abr. 2002, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 ago. 2005.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009. Cumpre ressaltar que essa tese já havia sido defendida no ano de 2000, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto do RHC 79-785-RJ.

<sup>36</sup> É o que se vê no voto do Ministro proferido no RE 466.343/SP: “Após muita reflexão sobre esse tema (...), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos [...]” Ibidem.

de maneira mais profícua, e evoluindo a passos largos no campo do direito internacional dos direitos humanos. Atualmente, a corrente que entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, independente do rito do § 3º do art. 5º da CRFB é a mais adotada pelos internacionalistas.

Nesse sentido, Flávia Piovesan acredita que a Constituição brasileira, ao prescrever que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes de tratados internacionais<sup>42</sup>, estaria, a contrario sensu, admitindo a inclusão dos direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil é parte no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. A Carta brasileira teria atribuído aos direitos humanos consagrados em instrumentos internacionais, então, “uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional” (Piovesan, 2010). Não bastasse tal fato, assevera a autora que os tratados internacionais sobre direitos humanos teriam, por si só, natureza materialmente constitucional, dado seu conteúdo normativo.

Valério Mazzuoli também interpreta que o § 2º do art. 5º da CRFB pretende expressar que outros direitos e garantias relativos a direitos humanos, presentes em instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro, se incluiriam no chamado bloco de constitucionalidade, independentemente do procedimento previsto no § 3º do mesmo art. 5º. Desse modo, a Constituição aceitaria uma “dupla fonte normativa” no sistema de direitos e garantias: a do direito interno, composta pelos direitos expressa e implicitamente inseridos no texto constitucional; e a do direito internacional, representada pelos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil for parte (Mazzuoli, 2011)<sup>45</sup>.

Para combater a aparente clareza do § 3º do art. 5º da CRFB, Mazzuoli lança mão de uma teoria segundo a qual o procedimento previsto no aludido texto constitucional serviria tão somente para dar eficácia formal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que eles não necessitam de confirmação de sua eficácia materialmente constitucional. O fato de o parágrafo 3º dizer que os mencionados tratados assumiriam força de norma constitucional não acarreta na conclusão de que os demais tratados terão eficácia de lei ordinária ou ainda supralegal<sup>46</sup>.

Em suma, os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º seriam “equivalentes” à norma constitucional (material e formalmente constitucionais), enquanto que os demais, que não passaram por esse procedimento, teriam apenas “status” de norma constitucional (somente materialmente constitucionais). Na prática, as consequências de o tratado ser formalmente constitucional, são a de que ele reformaria efetivamente a Constituição, não poderia ser denunciado e serviria como paradigma para o controle concentrado de constitucionalidade (Mazzuoli, 2011).

Conforme se afere das considerações ora examinadas, a posição da doutrina mais moderna, a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é muito mais avançada que a do Supremo Tribunal Federal, em termos de respeito às normas internacionais. Tal descompasso entre doutrina e jurisprudência demonstra que o ordenamento jurídico pátrio ainda não assimilou devidamente o Direito Internacional Público como fonte de direito interno, isto é, não utilizado meramente para relações internacionais entre Estados, mas também nas relações jurídicas de direito interno.

## 5. CONCLUSÃO

Como se pode aferir, a partir do arrazoado supraexposto, o entendimento do STF evoluiu daquele que creditava a toda espécie de tratado internacional o mesmo status de lei ordinária para a ideia de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem grau hierárquico supralegal, vale dizer, estão acima das leis e abaixo da Constituição; ressalvado o caso em que os tratados de direitos humanos forem aprovados no rito do art. 5º, § 3º da CRFB, ocasião em que assumirão status de norma constitucional. Quanto aos demais tratados, esses remanesceriam no nível das leis infraconstitucionais.

Adverte-se, contudo, que, em consonância com a mais moderna doutrina, os tratados internacionais sobre direitos humanos, devido a sua relevância, integrariam diretamente o bloco de constitucionalidade, tendo, portanto, nível de norma constitucional. Os

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832. Voto do Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 mar. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 3 abr. 2009.

<sup>42</sup> Cf. art. 5º, § 2º da CRFB.

<sup>45</sup> Em suas palavras: “[...] se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros, provenientes dos tratados internacionais, ‘em que a República Federativa do Brasil seja parte’, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros, provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’.

<sup>46</sup> Ibidem. p. 50 et. seq.

tratados restantes teriam o status supralegal, dada a proeminência que o direito internacional assume.

Forma-se, então, uma dinâmica quadripartite do controle que o judiciário faz das normas: em primeiro lugar, temos o controle de legalidade, que nada mais é do que a análise de determinado ato ou norma, em confronto com alguma lei da constelação jurídica nacional; em segundo plano, temos o controle de constitucionalidade, isto é, aquele que confronta lei ou ato com a Constituição Federal; em terceiro lugar, coloca-se o controle de supralegalidade, que é aquele em que o paradigma de controle são os tratados internacionais, que não versam sobre direitos humanos; e, por último, coloca-se o controle de convencionalidade, que busca compatibilizar as normas internas ao que o direito internacional dos direitos humanos propugna.

Com tudo isso em mente, ressalta-se novamente a falta de compromisso de nossa Suprema Corte com os instrumentos internacionais que o Brasil ratificou. O caminho que se deve seguir aqui é o da relação dialógica entre as fontes de direito, de acordo com a doutrina internacionalista moderna. A nova ordem mundial apresenta um novo paradigma, segundo o qual os países devem se conectar, dentro da sociedade internacional na qual se inserem, pugnando cada vez mais pela cooperação e compromisso com uma ordem jurídica supraestatal.

Não basta tão somente que os países se declarem autossuficientes e utilizem como único parâmetro de aferição de validade das leis a Constituição nacional. Neste novo cenário mundial, o diálogo não deve se operar unicamente entre as fontes de direito, mas também entre a jurisprudência das cortes; no presente caso, a jurisprudência do STF deve se conectar dialogicamente com a jurisprudência da Corte IDH.

Todo esse esforço deve colocar em evidência o princípio que mais demonstra essa nova ordem mundial: o princípio pro homine, ou o da norma mais favorável ao homem. O referido princípio, que já foi aplicado pelo STF em determinadas situações, representa o mais alto grau de evolução do direito, em relação à proteção dos direitos humanos. Quando o aludido for colocado no lugar que merece, estaremos diante de uma nova realidade jurídica, na qual os direitos humanos representam uma verdadeira preocupação do Estado.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832. Voto do Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 mar. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 3 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 772. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 24/10/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 mai. 2011, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 out. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, Brasília, DF, 29 de abril 2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 de agosto 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Extradicação nº 662 (Peru). Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 28/11/1996, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 jun. 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Extradicação nº 954 (Itália). Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 mai. 2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 73.044. Relator: Min. Mauricio Correa, Brasília, DF, 19 mar. 1996, Diário da Justiça, Brasília, DF, 20 set. 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 81.319. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 24 abr. 2002, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 91.361. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 set. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 96.772 de São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 09/06/2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelarna Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1347. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 05/09/1995, Diário da Justiça, Brasília, DF, 1 dez. 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 466.343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 511.961.



- Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 nov. 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 73-86.
- JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Caso "Guerrilha do Araguaia" e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (org.) Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. p. 17-66.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional Público: Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. p. 67-110.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional público: curso elementar. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Elementos de derecho constitucional. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- VENTURA, Deisy. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. Rev. Anis-  
tia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. Brasília, nº 4, p. 196-227, jul./dez. 2010.
- WEIS, Calos. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006.