

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O artigo tem por objetivo tratar da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e de suas relações com o direito interno, inclusive com a Constituição Federal. Primeiramente, são abordados os antecedentes históricos do movimento de internacionalização dos direitos humanos e o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a forma como o Brasil passou a fazer parte dessa nova ordem mundial através da recepção no direito interno de normas internacionais de promoção dos direitos humanos. Através de pesquisa bibliográfica, constata-se que são quatro as correntes doutrinárias que tratam do valor jurídico dos referidos tratados, concluindo-se que a mais adequada é aquela que reconhece o valor materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, conforme interpretação sistemática e teleológica conferida aos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Direitos humanos. Tratados internacionais. Hierarquia de normas.

Abstract

The article aims to discuss the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian Law and their connections with the national law, including the Federal Constitution. Firstly, the work addresses the issue of the historical conditions in which the human rights became an international matter, thus evolving to the International Human Rights Law, as well as how Brazil started to take part in this new phenomenon by accepting into its internal law international human rights norms. By means of a bibliographic research, it is established the existence of four different theories that try to explain the value of those treaties. We are able to conclude that the most appropriate one is the theory that recognizes the constitutional value of the human rights treaties,

given the systematic and teleological interpretation of the 2º and 3º paragraphs of the article 5º of the Federal Constitution.

Key Words: human rights. International treaties. Hierarchy of norms.

1 Introdução

Propõe-se neste artigo abordar a questão da internacionalização dos direitos humanos, analisando o momento histórico que propiciou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como apresentar, de forma sucinta, a evolução da discussão sobre a afirmação e proteção dos direitos humanos no plano internacional, através de acordos firmados entre Estados soberanos, denominados genericamente de tratados internacionais, e as consequências que tais pactos trazem para os sujeitos de Direito Internacional, aqui se incluindo igualmente os indivíduos, e não apenas os Estados pactuantes.

Em seguida, abordar-se-á a temática sob a perspectiva brasileira, isto é, o momento em que o Brasil passou, efetivamente, a não apenas celebrar os tratados de direitos humanos, mas a integrá-los em seu ordenamento jurídico. Nesse diapasão, estudar-se-ão as normas previstas para celebração dos tratados internacionais e os mecanismos de incorporação destes no Direito positivo brasileiro.

Após o estudo sobre os antecedentes históricos e jurídicos do processo de internacionalização dos direitos humanos e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, serão analisadas as correntes doutrinárias existentes a respeito do valor jurídico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, qual seja, sua hierarquia no plano das fontes normativas, uma vez que, incorporados ao direito interno, passam a com ele se relacionar e, muitas vezes, surgem controvérsias sobre a posição que devem ocupar na pirâmide jurídica.

São quatro, atualmente, os posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: a que considera o valor supraconstitucional dos tratados; outra que empresta a eles o valor de fontes normativas de caráter constitucional e de aplicabilidade imediata; uma terceira que os considera infraconstitucionais, porém dotados de

supralegalidade, e por fim, a vertente paritária, a qual iguala os tratados às leis ordinárias, para todos os efeitos, inclusive para revogação da norma anterior pela mais recente.

2 Antecedentes históricos do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos

Apontam os estudiosos que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, “base normativa que disciplina e rege a proteção internacional de direitos¹”, surgiu no fim da primeira metade do século XX, após os horrores trazidos pela Segunda Grande Guerra, em que várias pessoas foram dizimadas, e muitas outras tiveram seus direitos violados nas mais cruéis e diversas formas. Podem ser apontados, entretanto, na gênese desse novo ramo do Direito, como antecedentes históricos mais remotos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O choque brutal imposto à humanidade pelo nazismo, na Segunda Grande Guerra, acabou por proporcionar um crescente sentimento de necessidade inadiável de afirmação dos direitos da pessoa humana. Afirmar Flávia Piovesan² que, nessa época, emergiu “a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”. Ao fim da guerra, viu-se, então, que não apenas as cidades e as nações precisavam ser reconstruídas, mas igualmente os direitos fundamentais da pessoa humana, em escala que envolvesse toda a comunidade internacional.

Nesse momento, sobressaía a noção de que a afirmação e a proteção dos direitos humanos não poderiam mais ficar restritas aos domínios de cada Estado, mas, sim, submetidas a uma jurisdição internacional, em que os Estados pudessem ser chamados a fazer valer os direitos humanos perante toda a comunidade internacional, já que se impunha o legítimo interesse de todos face à importância do tema. A questão dos direitos humanos já não

¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*. p. 821.

²PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 42.

mais poderia ser assunto doméstico de cada país. Leciona a respeito Luiz Flávio Gomes³:

Nessa fase internacionalista da evolução do Estado, do Direito e da Justiça, o princípio do “*domestic affair*” (ou da não ingerência), que limitava o direito internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu agora para o do “*international concern*”, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais passa a ser verdadeira *questão de direito internacional*.

Em razão dessa noção, estava claro que a ideia de soberania deveria ser relativizada, e, ainda mais, que o indivíduo agora fazia parte do cenário mundial como ator principal, sendo, portanto, sujeito do Direito Internacional, posição antes restrita aos Estados.

Nesse sentido, a crescente expansão de organizações internacionais com objetivo de cooperação entre os Estados acabou por consolidar o processo de internacionalização dos direitos humanos, sendo exemplo mais premente a Carta das Nações Unidas em 1945. Três anos depois, em 1948, a ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que ganhou destaque como o primeiro grande a afirmar uma série de direitos humanos no pós-guerra.

Nesse novo mundo surgido após duas grandes guerras, os direitos humanos passaram a ser vistos com os caracteres da universalidade e indivisibilidade: universais porque a única condição exigida para que dele usufruam é a qualidade de pessoa humana, independentemente de relativismos sociais ou culturais; indivisíveis porque inseparáveis os direitos civis, dos políticos, dos sociais, dos econômicos. As gerações de direitos, portanto, não são sucessivas, mas sempre cumulativas, de forma a que os direitos estão em constante interação, dialogando sempre e, de forma imperativa, complementando-se. Conclui Flávia Piovesan⁴:

³GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do estado constitucional e humanista de direito*. p. 04

⁴PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 210

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados de peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea de direitos humanos.

Vários tratados internacionais, fonte primária de obrigações desse novo ramo do Direito, foram celebrados ao longo de várias décadas, todos com o objetivo de reconstrução dos direitos humanos. Cite-se, a título de exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O termo tratado é utilizado com a sua definição mais genérica e abrange quaisquer acordos internacionais firmados pelos sujeitos de Direito Internacional. A Convenção de Viena de 1969, mais conhecida como a “lei dos tratados”, conceitua tratado como “o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular”⁵. Comumente, são utilizadas outras terminologias para designação dos tratados, tais como Pactos, Cartas, Convenções, Protocolos.

Os tratados vinculam somente os Estados-partes que dele tomam parte, e devem ser cumpridos segundo o princípio da boa-fé, sendo defeso a qualquer parte invocar disposições de seu direito interno para fins de eximir-se de seu fiel cumprimento⁶. Além do princípio da boa-fé, vigia ainda a *pacta sunt servanda*, na medida em que o Estado, de livre e espontânea vontade, aceitou fazer parte do acordo, assinando o tratado, numa demonstração de compromisso internacional, sendo, portanto, incoerente que lhe negue cumprimento e, mais ainda, o modifique unilateralmente através de seu direito interno. Os tratados “são, por excelência, expressão de consenso”⁷.

⁵Convenção de Viena art. 2º, n. I, alínea 'a', promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁶Idem, art. 27

⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.102.

Formou-se um sistema global de proteção aos direitos humanos, assim como também começaram a emergir com os mesmos propósitos os sistemas regionais de proteção, mormente na Europa, América e África. É exemplo de tratados internacionais desse sistema regional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente designada de Pacto de San José da Costa Rica.

Em ambos os sistemas - global e regional - coexistem pacificamente instrumentos de alcance geral e especial, sendo aqueles endereçados a toda e qualquer pessoa, e estes, entendidos como o sistema específico para determinados grupos de pessoas, por exemplo, as crianças e adolescentes, ou as mulheres, ou os portadores de necessidades especiais.

3 Os direitos humanos no Brasil e a Constituição Federal de 1988

O marco histórico e jurídico para a inserção do Estado Brasileiro na agenda internacional de promoção dos direitos humanos foi o advento da Carta Constitucional de 1988. Com efeito, a redemocratização no país, após duas décadas de regime ditatorial, permitiu que os direitos humanos fossem alçados à categoria de princípio fundamental a ser seguido pelo Estado de forma prioritária, assim como a adesão do Brasil e sua efetiva participação na já referida agenda internacional acabou por acelerar e fortalecer o processo de retorno da democracia.

A Constituição Federal de 1988 (CF) elevou a dignidade humana a fundamento que serve de alicerce ao Estado Democrático de Direito. Para José Afonso da Silva, a “dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, de um lado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana⁸”.

Igualmente, no plano internacional, a CF também inovou e afirmou, como princípio fundamental a reger as relações do Brasil em âmbito internacional, a prevalência dos direitos humanos. Sustenta Flávia Piovesan⁹ que

⁸Apud MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*. p. 62.

⁹PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 96

Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira.

A dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a primazia dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais de que faça parte o Brasil contribuíram decisivamente para as sucessivas ratificações de tratados internacionais de direitos humanos no período que se seguiu à promulgação da Carta Magna de 1988. Conclui Piovesan¹⁰:

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria.

As primeiras ratificações ocorreram em 1989, com a Convenção Interamericana, para prevenir e punir a tortura e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foram ratificados em 1992. Esta última, assinada pelo Brasil em 1969, e somente ratificada 23 anos depois, afirma Mazzuoli,¹¹ é “o principal

¹⁰PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. pp. 51-52

¹¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. p. 18.

instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados-partes”.

Outros inúmeros tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados no decorrer dos anos que se seguiram. Hodiernamente, o Brasil já faz parte de praticamente todos os tratados internacionais de direitos humanos de expressão no cenário jurídico internacional, tanto do sistema global de proteção, quanto do sistema interamericano, tendo-os ratificado regularmente, estando em plena vigência.

4 Procedimentos de celebração e incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

O processo de celebração e incorporação de tratados internacionais no direito interno é matéria que varia em cada Estado conforme sejam as prescrições constitucionais sobre o assunto. Nosso sistema segue três etapas distintas.

Deveras, a CF, em seu art. 84, VIII, dispõe ser da competência do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A primeira etapa consiste, então, nas tratativas e negociações do Estado brasileiro para assinatura e adesão ao instrumento normativo internacional, sendo atribuição e competência do chefe do Poder Executivo. A mera assinatura ou adesão ao ato internacional não faz ainda nascer obrigações ao Estado brasileiro, isto é, não vincula juridicamente o Estado. “A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes¹²”.

Ilustra Marco Antônio Corrêa Monteiro¹³

Tem a assinatura, nos tratados de direitos humanos, a função principal de pôr termo às negociações, atestando a autenticidade do texto do tratado a ser celebrado, bem como a sua imutabilidade,

¹²PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 103.

¹³MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. p. 77

possuindo igualmente outros efeitos, ainda que políticos, tais como o compromisso de submeter seu texto à aprovação, segundo seu direito interno, ou ainda o efeito publicitário da insatisfação com o texto não assinado.

Num segundo momento, em verdadeira homenagem ao sistema de freios e contrapesos, e, como exigência do processo democrático, a CF estabelece, no art. 49, I, que deve o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ao Poder Legislativo cabe a análise e aprovação dos tratados internacionais por meio de decreto legislativo.

Por fim, aprovado o tratado pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo deve, então, ratificá-lo. É a ratificação o aceite definitivo e o ato que gera efeitos internacionais, vale dizer, a partir da ratificação obriga-se o Estado Brasileiro a cumprir o acordado. O instrumento de ratificação deve ser, em seguida, trocado (tratados bilaterais) ou depositado (tratados multilaterais) perante o órgão internacional competente, conforme a origem e a natureza do tratado internacional de cuja incorporação se esteja tratando.

Após a ratificação, não se exige a edição de outro ato normativo a transcrever o teor do tratado, tal como lei ou ainda decreto presidencial, bastando para tanto, conforme abalizada doutrina, os atos até então editados no processo acima descrito. Esse entendimento, entretanto, tem sido adotado para os tratados internacionais de direitos humanos que gozam de aplicabilidade imediata, e não aos demais tratados internacionais comuns. Todavia, é de se salientar que, a despeito do que lecionam renomados autores, o STF tem exigido a promulgação do tratado via decreto presidencial.

5 O debate sobre o valor jurídico dos tratados internacionais de Direitos Humanos

5.1 A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

A tese que considera os tratados internacionais de direitos humanos com valor supraconstitucional é minoritária no seio da doutrina. Deveras, destacava-se, dentre os autores brasileiros, Celso de Albuquerque Melo. Segundo seu entendimento, as normas constitucionais não teriam poderes

revogatórios relativos às normas internacionais em tema de direitos humanos, nem mesmo normas constitucionais posteriores, isto é, emendas constitucionais.

Outrossim, argumenta Hildebrando Accioly que “o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados¹⁴”. Os que advogam este tese levam em conta, como ressalta Mazzuoli, “a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional¹⁵”.

O STF já analisou a tese da supraconstitucionalidade, concluindo pela inviabilidade de sua acolhida. Como sublinhou o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-1, muitas são as dificuldades em conciliar esta corrente com as premissas em que está assentado o constitucionalismo brasileiro, salientando ele que

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais. (...). Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais. O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente¹⁶.

¹⁴Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 125.

¹⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*. pp. 839-840.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Alienação fiduciária em garantia. prisão civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

Para os autores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, alguns tratados internacionais contam com valor supraconstitucional, compondo o recente Direito Universal. Em seu escólio, alguns tratados e normas internacionais possuem natureza ímpar a lhes conferir supraconstitucionalidade, sendo impensável, portanto, que os Estados aleguem dispositivos internos, ainda que constitucionais, para fugirem às obrigações internacionais. São tratados que regem as relações dos Estados ou dos indivíduos com a jurisdição global. Os ilustres juristas citam, como exemplo, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

De igual forma, atribuem, ainda, valor supraconstitucional a qualquer norma internacional que seja mais benéfica ao cidadão. Observam bem os renomados autores, analisando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao dispor sobre a impossibilidade de prisão civil por dívida, inclusive a do depositário infiel, já que a convenção excepciona unicamente o devedor de prestação alimentícia:

Essa norma (mais favorável) passa a ter caráter supraconstitucional por ser mais benéfica (mais protetora) ao ser humano. Isso se dá por força do princípio internacional *pro homine* (que manda incidir em matéria de direitos humanos a norma mais favorável ao ser humano). Os objetos (da Constituição e da Convenção Americana) são idênticos: elas existem para reger as relações do Estado e dos indivíduos no plano interno do país (no plano doméstico) ou no plano regional. Quando os objetos são idênticos, em matéria de direitos humanos, os princípios regentes (dos conflitos de normas) não são os tradicionais (hierarquia, posterioridade e especialidade), e sim, os específicos dessa área: (a) vedação de retrocesso e (b) princípio internacional *pro homine*¹⁷.

5.2 Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Expressivo número de juristas e doutrinadores considera que os tratados internacionais de direitos humanos possuem índole constitucional,

¹⁷GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais: do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional?* (Parte III). Disponível em: <<http://w2www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 ago 2009.

estando, portanto, no ápice das fontes normativas. Destacam-se, dentre eles, Flávia Piovesan, Luiz Flávio Gomes, Valério Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Ingo Wolfgang Sarlet, Ada Pellegrini Grinover, dentre outros expoentes.

Assim o fazem em razão da interpretação que conferem ao §2º do art. 5º da CF, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que faça parte o Brasil. Nas palavras de Flávia Piovesan, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais, “*a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais¹⁸”. Segue esta mesma linha de pensamento Valério de Oliveira Mazzuoli, para o qual a Carta de 1988, de forma inédita, “passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (...), e b) aquela outra advinda do Direito Internacional¹⁹”.

Por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da CF, chega-se a esta conclusão, principalmente quando se consideram os valores fundantes da dignidade humana e dos direitos humanos, ambos realçados pelo constituinte originário como princípios que se espraiam por todo o texto da norma ápice e, obviamente, por todo o ordenamento jurídico. É nesse sentido que Flávia Piovesan destaca que

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional

¹⁸PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 108.

¹⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. p. 838.

instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional²⁰.

O eminente autor Antônio Augusto Cançado Trindade, que também celebra esta corrente da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, foi o responsável pela proposta de inclusão do §2º ao artigo 5º da CF e, em seu ensinamento, “o propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional²¹”.

Ademais, realçam o caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, sendo eles valores que devem compor a Constituição do Estado, ainda que não assentados em um texto formal, criando-se a noção do que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade, sendo este conceituado como “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”²². Nas palavras de Ingo Sarlet,

A citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. (...).

Importante nesse contexto é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais

²⁰PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 52.

²¹Apud BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penal - Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG.

²²BRASIL. Supremo Tribunal. *HC 87.585-8/TO, de 3 de dezembro de 2008*. Voto vista do Ministro Celso de Mello. p.29.

traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo²³.

É o que o autor denomina de conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Prossegue ele:

Nesta quadra, assume relevo a lição de Menelick de Carvalho Netto, o artigo 5º, §2º da nossa Carta Magna que traduz a noção de que a Constituição se apresenta como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”. Neste mesmo contexto, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no “espaço” e no “tempo”, a necessária abertura do catálogo constitucional de direitos conexiona-se, como leciona Cristina Queiroz, com a circunstância de que assim como inexiste um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes, não sendo à toa, portanto, que já se afirmou que “não há um fim da história em matéria de direitos fundamentais²⁴”.

A CF de 1988, portanto, recepciona os direitos e garantias enunciados em tratados internacionais como normas materialmente constitucionais, por sua natureza, e os inclui em seu catálogo de direitos, uma vez que este não é taxativo nem se pretende completo. “A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político²⁵”.

Esta interpretação ainda se coaduna com o princípio da hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual se deve extrair da norma constitucional a interpretação que lhe imprima a maior eficácia possível, ainda mais em matéria de direitos fundamentais.

²³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. pp. 78-80

²⁴Idem. pp. 83-84.

²⁵PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 112.

Nesse diapasão, é forçoso reconhecer que a melhor leitura que se faz do §2º do art. 5º é aquela que privilegia o caráter constitucional dos direitos e garantias referidos naquele dispositivo, quais sejam, os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição e os dos tratados internacionais de direitos humanos de que faça parte o Estado brasileiro. Como observa J.J. Gomes Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais - no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais²⁶”.

Interessante observar que essa tese do valor constitucional e, portanto, de hierarquia superior e com aplicabilidade imediata dos tratados internacionais, aplica-se apenas àqueles relativos a direitos humanos, em razão de sua especial natureza, levando-se em consideração os interesses da pessoa, diferenciando-se, assim, dos demais tratados comuns que, em geral, regulam matérias de interesse recíproco apenas entre os Estados pactuantes. Como pontua Mazzuoli, os tratados de direitos humanos “têm em mira o papel do Estado sempre sob a ótica *ex parte populi* e não sob a ótica *ex parte principis*²⁷”.

Quanto aos tratados comuns, não restam dúvidas de que apresentam natureza infraconstitucional, conforme exegese do art. 102, III, *b*, da CF, que trata do cabimento de recurso extraordinário da decisão que declara a inconstitucionalidade do tratado, além de terem de se submeter à sistemática de incorporação legislativa, já que não dotados de aplicabilidade imediata. A CF acolhe, então, um sistema misto, com regimes jurídicos distintos, conforme seja a matéria versada no tratado internacional.

A corrente da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no entanto, nunca gozou de predominância no Supremo Tribunal Federal o qual, de há muito, consagrava a tese da paridade entre tratado internacional e lei ordinária, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004, de 1977.

Apenas recentemente, em dezembro de 2008, no julgamento do

²⁶Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. p. 115.

²⁷MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito constitucional*. p. 837.

Habeas Corpus n.º 87.585-8 e do RE 466.343-1, o Tribunal Guardião da Constituição começou a revisar seu provecto posicionamento, adotando, como maioria, a tese da supralegalidade. Todavia, foram quatro os votos acolhendo a teoria do valor constitucional dos tratados de direitos humanos. Demonstra-se, portanto, que o debate, em verdade, continua aberto e que o STF, ao revisar substancialmente sua posição e encontrando-se dividido entre duas correntes, quais sejam, da constitucionalidade e da supralegalidade, adota posicionamentos de vanguarda.

5.3. Valor supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos

Destaca-se ainda a corrente que, apesar de não considerar os tratados internacionais com valor constitucional, defende que estes teriam espaço privilegiado dentre as fontes normativas, com valor superior à legislação ordinária. Essa tese da supralegalidade encontra-se em consonância com o princípio da boa-fé que norteia as relações dos Estados no plano internacional, além de harmonizar-se com o disposto no art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual um Estado não pode invocar dispositivos de seu direito interno para escusar-se do cumprimento do tratado. Para os adeptos dessa linha de pensamento, na pirâmide jurídica, entre a Constituição do Estado e as leis ordinárias, situa-se um novo patamar, ocupado pelos tratados internacionais.

A primeira vez em que esta tese teve voz no seio da Suprema Corte do Brasil aconteceu no julgamento do RHC n.º 79785-7, no voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, tendo ele sustentado que “parificar às leis ordinárias os tratados (...) seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação que (...) traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos²⁸”. Continua frisando que tendia a aceitar a outorga de força supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, dando-lhes aplicação direta, mesmo contra leis ordinárias.

Essa é a corrente que hoje prevalece no âmbito do STF, tendo sido defendida no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no RE n.º 466.343-1. Nas lições de Gilmar Mendes:

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC n.º 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Prosseguindo em seu voto, o eminente Ministro lembra a existência de tratados com valor supralegal disciplinados assim na própria legislação brasileira, caso dos tratados internacionais que versem sobre matéria tributária. Com efeito, o Código Tributário Nacional, no art. 98, disciplina a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, atribuindo valor de supralegalidade aos tratados. O Ministro ressalta a existência de uma perceptível incongruência ao se admitir o caráter supralegal a tratados de matéria tributária, mas “quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária”.

Assim, conquanto não tenha sido vencedora a corrente que atribui valor constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos (acolhida por quatro Ministros), defendeu-se que eles teriam, no mínimo, valor superior à legislação ordinária. Quanto aos tratados internacionais tradicionais ou comuns, infere-se que, para o STF, ainda guardam paridade com as leis ordinárias, conforme se extrai dos argumentos trazidos pelos ilustres ministros.

Do novo posicionamento adotado pelo Tribunal Supremo, conclui-se que a produção do direito interno conta agora com novos limites, não apenas formais, mas também materiais. Estes são precisamente os direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e, doravante, nos Tratados de Direitos Humanos²⁹.

5.4. Corrente paritária

Como exposto anteriormente, o art. 102 da CF, inciso III, alínea ‘b’, dispondo sobre o cabimento de recurso extraordinário, menciona decisão que decide sobre a inconstitucionalidade de tratado. Em vista deste dispositivo,

²⁹GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. p.2.

parte da doutrina considerou que tratados e leis ordinárias se equiparassem, já que aqueles podiam ser tachados de inconstitucionais. A equiparação operava em todos os aspectos, vigorando a velha máxima de que a “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”, podendo, assim, uma lei ordinária mais recente alterar e até mesmo revogar um determinado tratado internacional, versasse ele sobre direitos humanos ou não, já que ali não havia distinção.

Seguindo esse entendimento, a jurisprudência do STF, remontando aos idos de 1977, sempre igualou os tratados internacionais às leis ordinárias, negando-lhes veementemente qualquer hierarquia superior, muito menos constitucional. Tratou-se do recurso extraordinário n.º 80.004, que cuidava do embate entre Convenção de Genebra e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto n.º 427, de 22 de janeiro de 1969. Ainda que não se cuidasse de tratado de direitos humanos, os argumentos então expostos, que culminaram com a decisão que prestigiou a corrente paritária, foram aplicados para quaisquer tratados internacionais.

De pronto, mister apontar que esta corrente fere frontalmente o princípio da boa-fé que deve reger as relações internacionais, até mesmo porque um Estado, pactuou-se livremente, e somente assim se pode imaginar um acordo internacional, sob pena de nulidade, jamais poderia invocar disposições de seu direito interno, ainda mais supervenientes, para fugir às suas obrigações. Assim procedendo, não apenas estaria o Estado alterando unilateralmente o tratado, o que lhe é vedado, como estaria, em verdade, expondo-se à comunidade internacional, à qual ainda deve responsabilidade desde o momento em que livremente consentiu, assinando ou aderindo ao tratado. Flávia Piovesan aponta um aspecto crítico desse entendimento que, a partir de 1977, passou a dominar a jurisprudência pátria, qual seja, “a indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé³⁰”.

Apesar daquelas críticas, a jurisprudência seguiu firme contemplando esta corrente, mesmo após o advento da CF em 1988. No HC 72.131-1, de

³⁰PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. pp. 118-119.

23 de novembro de 1995, o STF foi ainda mais além e não apenas negou emprestar aos tratados internacionais valor constitucional, consagrando a tese paritária, como, no voto do Ministro Celso de Melo, assentou que “os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição³¹”.

A lide dizia respeito à questão, na época recém-inaugurada, da possibilidade ou não de prisão civil do depositário infiel, já que a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil em 1969, havia sido há pouco ratificada. Decidiu o STF que o legislador ordinário poderia instituir, através de lei, as possibilidades de prisão civil de devedor, tal como no caso da alienação fiduciária, já que a Constituição permitia e autorizava a referida prisão. Assim, ainda que os tratados se igualassem às leis ordinárias, nesse caso, mesmo sendo ratificado após a legislação que cuidava da prisão do devedor em alienação fiduciária, por ser esta expressão do que permitia a CF, não subsistiria o escrito na Convenção Americana, sendo, então, negado o *habeas corpus*.

Como já mais de uma vez observado, em fins de 2008, o panorama mudou no âmbito do STF, acolhendo, hoje, o tribunal superior, as teses da constitucionalidade (minoritária), através do voto-vista do Ministro Celso de Melo, e da supralegalidade (majoritária), pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, abandonando, pelo menos para os tratados de direitos humanos, a corrente paritária de forma definitiva, considerada esta, pelos próprios ministros, posição ultrapassada e desassociada da novel realidade enfrentada pelo Estado Brasileiro e pelo que contempla a Lei Maior.

6 Considerações Finais

Este artigo teve por intuito enfocar a questão da hierarquia jurídica das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com as demais fontes normativas, em especial a Constituição Federal.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

O tema avulta em importância hodiernamente e, diante do novo panorama em que vivem os sujeitos de Direito Internacional num mundo cada vez mais entrelaçado, tende a crescer e assumir novos contornos, com a mesma rapidez com que mudam as formas de se relacionar dos Estados.

Propôs-se estudar as correntes em voga em nosso ordenamento, as quais tentam explicar o valor jurídico atribuído aos tratados de direitos humanos, instrumentos normativos continuamente em expansão. As teorias são aquelas que cuidam da superioridade do Direito Internacional (minoritária mesmo na doutrina); do valor materialmente constitucional das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos (a que sempre gozou de preferência entre os doutrinadores); da paridade com as leis ordinárias (prevalente na jurisprudência pátria há três décadas); e de superioridade legal (corrente intermediária, que não admite a paridade, mas tampouco abre mão da superioridade da Constituição Federal). Observou-se que a melhor doutrina brasileira já vinha, há muito, sustentando opinião de vanguarda, ao atribuir aos tratados de direitos humanos o seu verdadeiro valor materialmente constitucional, como preconizam os cânones do Direito Internacional.

Todavia, essa não era a posição da mais alta Corte deste país que, somente há pouco mais de três anos, reviu seu posicionamento e passou a adotar as correntes da suprallegalidade e da constitucionalidade, mais consentâneas com o espírito dos novos tempos.

A alteração constitucional advinda em 2004, assim como a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2008, demonstram claramente que o tema está em contínuo desenvolvimento, e que o debate permanece vivo, restando aos estudiosos ainda a certeza de que o esforço hermenêutico para adequar as disposições normativas à melhor doutrina produziu bons frutos e caminha para um desenvolvimento ainda mais promissor.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. de 2012.

_____. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 6 de jun. 2012.

_____. Superior Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Matéria Comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE n.º 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1º de junho de 1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC n.º 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas Corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC n.º 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC n.º 87.585-8/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do estado constitucional e humanista de direito*. inédito. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera- Uniderp|REDE LFG.

_____. *Valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 31.03.2011. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil*: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 20 mar. 2007. Acesso em: 14 maio 2012.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos*: pacto de San José da Costa Rica. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Ciência Criminais.. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. 4v.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais*: do plano legal ao ápice supraconstitucional?, parte I. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 12 jul. 2009.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacio-*

nais: do plano legal ao Ápice Supraconstitucional?, parte II. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 13 ago 2009.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao Ápice Supraconstitucional?* parte III. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 14 ago 2009.

HARDAGH, C. C; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. *Metodologia da pesquisa científica e jurídica*. Material de Aula da Disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp – Rede LFG, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang. *a eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

