

# **A estatura hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos que, submetidos ao procedimento do §3º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não tenham superado todas as exigências dessa norma.**

**Bárbara Bianca Sena**

*Advogada da Caixa no Distrito Federal  
Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério  
Público do Distrito Federal e Territórios - FESMDFT  
Pós-graduanda em Direito Constitucional  
pela Unisul-LFG-IDP*

## **RESUMO**

Para entendermos a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de *direitos humanos*, quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro após a vigência do §3º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sem a observância do devido processo que estabelece essa norma, analisamos o conceito de tratados de *direitos humanos*, as vertentes de pensamento quanto à sua natureza, depois de incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como as teorias acerca do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional. O resultado dessa análise doutrinária e jurisprudencial poderá ser encontrado nesse instigante artigo sobre a natureza jurídica dos tratados de *direitos humanos*.

Palavras-chaves: Tratados. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Direito internacional.

## **RESUMEN**

Para entender la posición jerárquico-normativa de los tratados internacionales de derechos humanos - cuando son incorporados al ordenamiento jurídico brasileño después de la vigencia del §3º, artículo 5º, de la Constitución de 1988, pero que no pasan por el debido proceso que esta norma establece - analizamos el concepto de tratado de derechos humanos, las corrientes de pensamiento en cuanto a su naturaleza, después de incorporados al ordenamiento jurídico brasileño, así como las teorías acerca de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. El resultado de este análisis doctrinario y

jurisprudencial pode ser encontrado em este provocador artículo sobre la naturaleza jurídica de los tratados de derechos humanos.

Palabras-llaves: Tratados. Derechos humanos. Derechos fundamentales. Derecho internacional.

## 1 O que são tratados de direitos humanos?

Quando se discute sobre a hierarquia dos tratados no plano interno, especialmente após a inclusão do §3º ao artigo 5º da CF/88, costuma-se distinguir os *tratados em geral* - que teriam *status* de lei, conforme veremos adiante - dos *tratados de direitos humanos*, que teriam *status* de norma constitucional, se processados na forma do referido §3º.<sup>1</sup>

Vasta é a doutrina acerca da *hierarquia dos tratados de direitos humanos*. Veremos que, antes mesmo da inclusão do §3º, havia doutrina no sentido de conferir natureza constitucional a essas normas em virtude do disposto no §2º do artigo 5º da CF/88. Já era, portanto, acirrada a discussão acerca da natureza dos *tratados de direitos humanos* no plano interno.

Não obstante, a doutrina nacional é escassa para conceder maiores explicações acerca do que venha, efetivamente, a ser um *tratado de direitos humanos*.<sup>2</sup> Sabe-se que, no plano interno, os *direitos humanos* são, de fato, os *direitos fundamentais*, não havendo, substancialmente, diferença entre *direitos humanos* e *direitos e garantias fundamentais*, mas, tão somente, essa distinção terminológica, de modo que a expressão *direitos humanos* é, comumente, encontrada no plano internacional, e a expressão *direitos fundamentais*, nas leis internas de cada Estado.

Os *direitos humanos* deixaram de ser teorias filosóficas e passaram a ser positivados nos Estados como *direitos fundamentais*,<sup>3</sup> de forma que a sedimentação desses direitos como normas obrigatórias é resultado de uma maturação histórica.<sup>4</sup> Isso indica porque não são sempre os mesmos em todas as épocas.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Na continuidade do julgamento do RE 349703 (em que se discute a constitucionalidade de prisão civil por dívida), de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, na sessão de 12/03/2008, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, referiu-se ao tema como um "regime jurídico misto dos tratados", com os tratados de direitos humanos, de um lado, e os demais tratados, de outro, como os relativos ao comércio, etc.

<sup>2</sup> Remetemos o leitor às obras: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.243.

<sup>4</sup> MENDES, 2007, p.221.

<sup>5</sup> MENDES, 2007, p.221.

Portanto, a tarefa de conceituar esses direitos encontra alguma dificuldade, bem como a fixação de características que sejam sempre válidas em todo lugar.<sup>6</sup> Não obstante, Branco<sup>7</sup> indica algumas características que, embora não se possa dizer que sempre serão aplicáveis, são aquelas que mais se despontam e podem nos auxiliar a entender a natureza desses direitos, quais sejam:

- a) direitos universais e absolutos;
- b) historicidade;
- c) inalienabilidade ou indisponibilidade;
- d) constitucionalização;
- e) vinculação dos poderes públicos;
- f) aplicabilidade imediata.<sup>8</sup>

No que tange à constitucionalização desses direitos, significa que estão consagrados em preceitos de ordem jurídica, o que serviria, repita-se, de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.<sup>9</sup> Assim explica o ilustre professor:

A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam indole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridos em documentos de direito internacional.

Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados à medida que cada Estado os consagra.<sup>10</sup>

Destaca, ainda, que tal distinção de conceitos não indica que esses direitos “estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si”; ao contrário, “há uma interação recíproca entre eles”, uma vez que os *direitos humanos internacionais* deparam, muitas vezes, com “matriz nos *direitos fundamentais* consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro, acolhem em seu catálogo de *direitos fundamentais* os *direitos humanos* proclamados em diplomas e em declarações internacionais.”<sup>11</sup>

<sup>6</sup> MENDES, 2007, p.229.

<sup>7</sup> Apud MENDES, 2007.

<sup>8</sup> Para melhor compreender o tema, recomendamos a leitura: MENDES, 2007, p.229-43.

<sup>9</sup> MENDES, 2007, p.234.

<sup>10</sup> MENDES, 2007, p.234.

<sup>11</sup> MENDES, 2007, p.234.

Feitas essas considerações, cumpre indagar quais tratados são de *direitos humanos*. Ora, temos que os tratados de *direitos humanos* são, obviamente, aqueles que têm essa temática própria, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>12</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>13</sup> e outros.

Porém, existem tratados que versam sobre assuntos outros, não tendo temática propriamente voltada para a questão de *direitos humanos*, mas que, dentre as suas disposições, podem conter normas que afetem ou protejam diretamente tais direitos. São normas que guardam vinculação estreita com esses direitos e cuja violação acarretaria, naturalmente, a violação de *direitos humanos*.

Nessa seara cite-se, como exemplo, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu artigo 36.<sup>14</sup> A esse respeito, em dezembro de 1997, o México submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>15</sup> com base no artigo 64 da Convenção Interamericana de Direitos

<sup>12</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional. Projeto de resolução. Os direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e de suas famílias (Apresentado pela Missão Permanente do México) conselho permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1944/02, 30/04/2002, Original: espanhol, p.2.

<sup>13</sup> Cuja finalidade principal "foi a de dar juridicidade aos preceitos da Declaração Universal de 1948". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: RT, 2006, p. 528.

<sup>14</sup> Artigo 36: Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia. 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo; c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. 2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

<sup>15</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos está sediada na Costa Rica. Trata-se de órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos, criado pela Convenção Americana dos Direitos do Homem. CANÇADO TRINDADE, 2003.

Humanos<sup>16</sup> e no artigo 3º da Carta das Organizações dos Estados Americanos,<sup>17</sup> um pedido de parecer (Opinión Consultiva 16) sobre vários tratados referentes à proteção de *direitos humanos* nos Estados Americanos.<sup>18</sup> Isso porque relacionou esses tratados com as garantias judiciais mínimas e ao devido processo legal para a aplicação da pena de morte, imposta, judicialmente, a estrangeiros a quem o Estado receptor não haja informado de seu direito a comunicar-se e a solicitar a assistência consular do Estado de sua nacionalidade.

A consulta referia-se à tramitação do processo penal do Sr. Martínez Villareal. Ele havia sido declarado culpado, pelo Tribunal Superior de Santa Cruz, no Arizona, por homicídio premeditado e invasão premeditada de domicílio, em abril de 1983, sendo sentenciado à pena de morte em maio de 1983. A Corte Suprema do Arizona não acolheu os recursos interpostos pelo Sr. Martínez Villareal, mas o réu não teria sido informa-

<sup>16</sup> A função consultiva da Corte está prevista no Artigo 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe: §1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos,. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no *capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos*, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. §2. A Corte, a pedido de um Estado Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

<sup>17</sup> O artigo 3º dispõe: Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; c) A boa-fé deve reger as relações dos Estados entre si; d) A solidariedade dos Estados americanos e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa; e) Todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se da maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado. Sujeitos ao acima disposto, os Estados americanos cooperarão amplamente entre si, independentemente da natureza de seus sistemas políticos, econômicos e sociais; f) A eliminação da pobreza crítica é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos; g) Os Estados americanos condenam a guerra de agressão: a vitória não dá direitos; h) A agressão a um Estado americano constitui uma agressão a todos os demais Estados americanos; i) As controvérsias de caráter internacional, que surgirem entre dois ou mais Estados americanos, deverão ser resolvidas por meio de processos pacíficos; j) A justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; k) A cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comuns dos povos do Continente; l) Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo; m) A unidade espiritual do Continente baseia-se no respeito à personalidade cultural dos países americanos e exige a sua estreita colaboração para as altas finalidades da cultura humana; n) A educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz. Também, sobre a influência dos pareceres da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ver: RAMOS, 2001.

<sup>18</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

do de seu direito à assistência consular. Com isso, alegava-se a violação de *direitos humanos* previstos na Declaração Americana sobre Direitos Humanos.

A respeito dessa consulta o México manifestou-se no sentido de que:

Los Estados americanos reconocen que en el caso de la aplicación de la pena de muerte, los derechos fundamentales de la persona deben ser escrupulosamente respetados, porque la pena mencionada produce la pérdida irreparable del “derecho más fundamental, que es el derecho a la vida”; la jurisprudencia de esta Corte, la doctrina de la Comisión Interamericana y varias resoluciones de la ONU han reconocido la necesidad de que la aplicación de la pena de muerte esté condicionada y limitada por el cumplimiento estricto de las garantías judiciales reconocidas en los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, tanto las que se refieren al debido proceso en general, como las que aluden a los casos en que es aplicable la pena de muerte; resulta claro que, tratándose de detenidos de nacionalidad extranjera, las garantías judiciales deben aplicarse e interpretarse en armonía con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues de lo contrario, se privaría a dichos detenidos de un “medio idóneo” para hacerlas efectivas; la asistencia consular oportuna puede ser determinante en el resultado de un proceso penal, porque garantiza, entre otras cosas, que el detenido extranjero adquiera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales del delito que se le imputa, y los agentes consulares pueden coadyuvar en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar un papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional el acusado y contribuir “a hacer más humanas” las condiciones del acusado y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de desventaja real en que éstos se encuentran<sup>19</sup>.

Outros Estados e entidades também manifestaram-se durante o trâmite da questão na Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado de El Salvador, por exemplo, manifestou-se no sentido de que o não cumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares ensejaria uma violação a todas as regras do devido processo, por não se respeitar as garantias judiciais conforme o direito internacional.<sup>20</sup>

Desse modo, seria necessário assegurar, fortalecer e impulsionar a aplicação das normas e princípios dos instrumentos internacionais em

<sup>19</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>20</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

matéria de *direitos humanos* e assegurar o cumprimento das garantias mínimas necessárias para o devido processo.<sup>21</sup> Já o Estado da Guatemala considerou que, em razão dos bens jurídicos protegidos por essa Convenção, poder-se-ia afirmar que ela contém disposições referentes aos *direitos humanos*.<sup>22</sup>

A República Dominicana, também, assim se manifestou:

El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tiene como propósito la protección de los derechos humanos de los inculpados y su exigibilidad no está subordinada a las protestas del Estado de nacionalidad, porque 'la Convención es una ley nacional al estar aprobada por el Congreso Nacional'.<sup>23</sup>

Depois, acrescentou:

La asistencia consular se deriva del derecho a la nacionalidad consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante "la Declaración Universal") y, para ser efectiva, requiere que se respeten las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.<sup>24</sup>

Honduras, Paraguai e Costa Rica também manifestaram-se no sentido de que a questão do cumprimento do artigo 36 da Convenção estava diretamente ligada ao respeito aos direitos humanos.<sup>25</sup>

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou-se nesse sentido:

El derecho individual de que gozan los detenidos extranjeros para comunicarse con las autoridades consulares de su Estado de nacionalidad es distinto del privilegio histórico de los Estados de proteger a sus nacionales y constituye una regla de derecho consuetudinario internacional o, al menos, de la práctica internacional, independientemente de si existe o no un tratado al respecto; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado, en el sentido que da a este término el artículo 64 de la Convención Americana y que su artículo 36 concierne a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, porque establece derechos individuales -no solamente deberes de los Estados- y porque el acceso consular puede proveer una protección adicional al detenido extranjero, el cual podría enfrentar dificultades para disponer de una situación de equidad durante el proceso penal; [...] en los casos de aplicación de la pena capital existe una

<sup>21</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>23</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>24</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>25</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

obligación estatal de aplicar rigurosamente las garantías procesales establecidas en los artículos XXVI de la Declaración Americana, 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las obligaciones contenidas en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares pueden tener un efecto sobre los derechos procesales del acusado de la comisión de un delito que se sanciona con la muerte; los deberes que impone el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares trascienden la comunicación específica entre un prisionero y el consulado de su país e implican la seguridad y libertad de los extranjeros que viven, viajan y trabajan en el territorio de un Estado; la protección de los derechos de los detenidos es una piedra angular de la consolidación de la democracia y el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea obligaciones respecto del tratamiento de extranjeros detenidos en el territorio de los Estados Partes en ella; [...] un estudio de legislación comparada demuestra que los tribunales nacionales han interpretado en forma diversa los efectos de la violación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y revela que es posible anular un proceso si se determina que la violación acarrió un perjuicio al acusado, y la carga de demostrar que, a pesar de esa omisión, se respetaron todas las garantías procesales requeridas para asegurar un juicio justo, recae sobre el Estado que incumplió con las obligaciones que le impone el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y dicho Estado debe demostrar que creó las condiciones para asegurar el respeto al debido proceso (obligación positiva) y que el detenido no fue privado arbitrariamente de un derecho protegido (obligación negativa).<sup>26</sup>

Somente os Estados Unidos da América manifestaram-se em sentido diverso, porque, segundo eles, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não incidiria em relações entre Estados e indivíduos, mas, somente, entre Estados e Estados.<sup>27</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos rechaçou esse argumento porque, no caso relativo ao pessoal

<sup>26</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Os Estados Unidos da América se manifestaram contrariamente à competência da Corte porque não teriam aceitado a sua jurisdição, bem como, para eles, o cumprimento do artigo 36 da referida Convenção não diria respeito à questão dos direitos humanos propriamente ditos: “la Convención citada no es un tratado de derechos humanos, ni un tratado ‘concerniente’ a la protección de éstos, sino un ‘tratado multilateral del tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes’ [...] ñadieron que este argumento se demuestra a través de la constatación de que el propósito de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es el establecimiento de normas de derecho que regulen las relaciones entre Estados, no entre Estados e individuos, y de que en su Preámbulo se declara que su propósito ‘no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz

diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã, os Estados Unidos haviam indicado o artigo 36 da Convenção, relacionando-o com os direitos dos nacionais do Estado que envia. Nesta oportunidade, a Corte Internacional de Justiça fez referência à Declaração Universal de Direitos do Homem na solução do caso.<sup>28</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos explicou que a consulta realizada pelo México não dizia respeito ao objeto principal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, mas, ao contrário, pretendia saber se uma de suas disposições tinha relação específica com a proteção dos *direitos humanos*. A Corte entendeu tratar-se de questão relevante, uma vez que já havia se manifestado no sentido de ser possível que um tratado se referisse à proteção de *direitos humanos* sem que esse tenha sido o seu objeto principal.<sup>29</sup>

A Comissão indicou anteriormente que ao interpretar e aplicar as disposições da Declaração,<sup>30</sup> é necessário considerá-la no contexto mais amplo dos sistemas internacionais e interamericanos de direitos humanos, em vista dos acontecimentos no campo do direito internacional de direitos humanos desde a criação da Declaração e com a devida consideração de outras regras de direito internacional aplicáveis aos Estados membros contra os quais foram apresentadas reclamações de violações da Declaração. O avanço do *corpus juris gentium* do direito internacional de direitos humanos relacionado com a interpretação e aplicação da Declaração Americana podem ter origem nas disposições de outros instrumentos internacionais e regionais preponderantes de direitos humanos (grifo nosso).<sup>31</sup>

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tema em questão, nem mesmo o Estado de origem poderia se recusar a prestar a

desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos'; no toda obligación estatal que involucra a los individuos es necesariamente una obligación en materia de derechos humanos, y el hecho de que una disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares pueda autorizar la asistencia a algunos individuos en ciertos supuestos no la convierte en un instrumento de derechos humanos o en fuente de derechos humanos individuales".

<sup>28</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>29</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> Refere-se à Declaração Americana de Direitos Humanos.

<sup>31</sup> Relatório nº 52/02. A Corte considerou que, da leitura dos artigos 36, 1, (a) e 532, (a), (e), (i) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pode-se depreender que o consulado tem, como função primordial, a assistência ao nacional para a defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Desse modo, a norma que consagra a informação consular teria um duplo propósito: (1) reconhecer o direito de o Estado dar assistência ao seu nacional por meio do consulado; (2) reconhecer, por consequência, o direito de que goza o nacional desse Estado a ter acesso ao respectivo consulado para obter essa assistência. Ademais, a Corte analisa, em apartado, as alíneas (b) e (c) do artigo 36. Conclui que, no caso dos direitos indicados na alínea (b), se afiguram como direitos,

assistência consular,<sup>32</sup> que poderia ocorrer de várias formas, por exemplo, com a outorga de patrocínio ao acusado, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência legal e da situação em que aguarda a tramitação do processo enquanto se ache na prisão, privilegiando, assim, a observância do princípio do devido processo legal.<sup>33</sup>

Assim, a Corte considerou que o conceito de tratados de direitos humanos abrange mais do que aqueles tratados cujo objeto principal refere-se especificamente a essa matéria. Além desses, inclui tratados outros, naquelas disposições que se referirem, expressamente, aos direitos humanos ou, ainda, interfiram diretamente na tutela desses direitos.

Portanto, devemos interpretar as disposições dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, tendo em vista esses parâmetros, já que disposições protetoras dos direitos humanos podem constar dos mais diversos documentos internacionais, e, assim, estaremos contribuindo para que a tutela dos direitos humanos seja o mais efetiva possível.

## 2 O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988: doutrina e jurisprudência

Embora se reconheça a autonomia do direito internacional,<sup>34</sup> muito contribuiu para o seu desenvolvimento e efetividade a proclamação de preceitos a ele relativos no texto das Constituições internas dos Estados.<sup>35</sup> Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, já previa que o rol constante daquele dispositivo não excluiria outros decorrentes de tratados de direitos humanos.

A Constituição de 1988 foi o “marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”.<sup>36</sup> Desta

---

essencialmente, individuais, sendo inequívoco o reconhecimento ao direito à informação e comunicação consular. Dessarte, esse dispositivo constituir-se-ia em uma exceção à natureza estatal das previsões constantes da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Esses direitos, por sua vez, se relacionam com aqueles indicados na alínea (c) e, somente, o próprio indivíduo, titular desses direitos, poderia impedir a aplicação desses dispositivos ao recusar, voluntariamente, a assistência consular.

<sup>32</sup> A Corte assim se manifestou acerca da exigibilidade das disposições do artigo 36 da Convenção: “la Corte considera que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía”. Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>33</sup> Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>34</sup> Tanto que, hoje, não mais se discute se ele existe, mas, ao contrário, a celeuma cinge-se ao grau de sua efetividade. SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito Internacional. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

<sup>35</sup> GALINDO, Rodrigo Bandeira. Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição: uma análise do caso brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2003.

<sup>36</sup> PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

feita, de forma inédita, indicou, no artigo 5º, §2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>37</sup>

Para Piovesan, há uma “clara relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos”,<sup>38</sup> como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Com a previsão do artigo 5º, §2º, surgiram algumas interpretações acerca do tratamento dos tratados de direitos humanos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos”.<sup>39</sup>

A doutrina, a exemplo de Piovesan e do Ministro Gilmar Mendes, sistematiza a questão em quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos *direitos humanos*.<sup>40</sup> Transcrevemos, a seguir, o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343:<sup>41</sup>

a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (Cf.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.25-6.);

b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais (Cf.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº. 113-8, 1998. p.889; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p.83.);

c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional (Cfr.: RE nº. 80.004/SE, Rel. Minº. Xavier de Albuquerque, DJ 29/12/1977);

d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos (Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia).

<sup>37</sup> PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

<sup>38</sup> PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.68.

<sup>39</sup> Voto proferido no RE 466343, em que se discute a possibilidade de prisão civil em contrato de alienação fiduciária em garantia. Disponível nas notícias do STF, [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>40</sup> PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

<sup>41</sup> Disponível nas notícias do STF, [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), p.3.

Para a primeira vertente, os tratados internacionais de direitos humanos preponderam sobre as normas constitucionais, de modo que a Constituição não teria poderes para revogar as normas internacionais. O Ministro Gilmar Mendes salienta a dificuldade em se aplicar esse entendimento em função da realidade dos Estados que, “como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”.<sup>42</sup> Nos debates acerca do tema, o Ministro chama a atenção para a falta de segurança jurídica, tanto no caso da vertente que defende a natureza supraconstitucional dos tratados, como no caso da vertente que defende a natureza constitucional. No primeiro caso, segundo ele, aceitar os termos dessa vertente “anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”.<sup>43</sup>

Outra vertente refere-se à natureza constitucional dos tratados de direitos humanos. Resumidamente, essa corrente de pensamento considera 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”<sup>44</sup> (grifos no original). Dessa forma, quando permite a inclusão de novos direitos ao nosso ordenamento por meio de tratados, a Constituição estaria, ao fundo e ao cabo, possibilitando a inserção desses diplomas internacionais com estatura hierárquico-normativa constitucional. O § 1º, do art. 5º, por sua vez, “asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa”<sup>45</sup> (grifos no original).

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 87.585, ressaltou a importância dos tratados e convenções internacionais “no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.”<sup>46</sup> Assim, reconsiderou sua posição, quando do julgamento da ADI 1480-MC/DF,<sup>47</sup> no sentido de conferir natureza hierárquico-normativa equivalente às

<sup>42</sup> Voto proferido no RE 466343, p.4-5.

<sup>43</sup> Voto proferido no RE 466343, p.5.

<sup>44</sup> Voto proferido no RE 466343, p.8.

<sup>45</sup> O Ministro Gilmar Mendes explica: “Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano”. Voto proferido no RE 466343, p.8.

<sup>46</sup> Voto proferido no HC 87585, em que se discute a possibilidade de prisão civil por dívida no contrato de depósito. Disponível nas notícias do STF, [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), p.12.

<sup>47</sup> Rel. Ministro Celso de Mello, RTJ 179/493-496. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade teve como objeto a Convenção nº. 158 da OIT, que versa sobre a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O Supremo Tribunal Federal somente analisou o requerimento de medida liminar nessa ADI, porque, antes do julgamento final, o Brasil denunciou a Convenção Internacional e a Corte entendia que não poderia analisar direito revogado em sede de ADI. Há outra ADI, em trâmite no Tribunal, contra o decreto

leis ordinárias para qualquer tratado internacional,<sup>48</sup> passando a defender a tese da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos.<sup>49</sup>

Defende sua posição com base na fundamentação teórica da doutrina de Cançado Trindade,<sup>50</sup> Piovesan,<sup>51</sup> Lafer<sup>52</sup> e Mazzuoli,<sup>53</sup> salientando que, mesmo “as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de *bloco de constitucionalidade*”<sup>54</sup> (grifos no original).

Desta feita, admite a existência de três situações distintas no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme transcrevemos abaixo:

(1) tratados internacionais de *direitos humanos* celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de *direitos humanos* que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de *direitos humanos* celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*”). (grifos no original)<sup>55</sup> Voto proferido no HC 87585, idem, p.27-8.

---

presidencial de denúncia (ADI 1625), ao argumento que, para a denúncia, seria necessária, também, a aprovação do Congresso Nacional, assim como ocorre no momento da incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>48</sup> Voto proferido no HC 87585, p.19.

<sup>49</sup> Faz, portanto, aquela distinção, a que nos referimos, entre tratados em geral e tratados de direitos humanos. Voto proferido no HC 87585, p.19-20.

<sup>50</sup> CANÇADO TRINDADE, 2003.

<sup>51</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>52</sup> LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. LOCAL: Manole. 2005.

<sup>53</sup> MAZZUOLI, 2007.

<sup>54</sup> Voto proferido no HC 87585, p.24.

<sup>55</sup> Voto proferido no HC 87585, p.27-28.

Para o Ministro Celso de Mello, defender a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos tem em vista “uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da ‘prevalência dos direitos humanos’”. Com isso, ter-se-ia uma “nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos,” o que daria “efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.” Segundo ele, essa visão se ajusta “às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana”<sup>56</sup> (grifos no original).

Em contraposição, o Ministro Gilmar Mendes considera que, embora interessante a discussão proposta, o debate acerca da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos teria sido “esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º”<sup>57</sup>.

Para ele, trata-se de um claro reconhecimento de que “os tratados 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”, sem, contudo, negar que tal reforma teve o condão de ressaltar o “caráter especial dos tratados de direitos humanos” relativamente aos demais tratados, consagrando seu “lugar privilegiado no ordenamento jurídico”<sup>58</sup> (grifos no original).

A terceira vertente defende a tese de que os tratados, quaisquer que sejam eles, somente poderiam ser entendidos como equivalentes às leis ordinárias. Essa idéia prevalece, entre nós, desde o julgamento do RE nº. 80.004/SE (rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977; DJ 29/12/1977),<sup>59</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, e foi revalidada em vários julgados após o advento da Constituição de 1988.<sup>60</sup>

Naquele julgamento, prevaleceu a idéia de que o tratado internacional<sup>61</sup> não poderia ser modificado por lei posterior, porque possui for-

<sup>56</sup> Voto proferido no HC 87585, p.38.

<sup>57</sup> Disciplina o dispositivo constitucional: *Os 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*. Voto proferido no RE 466343, p.10.

<sup>58</sup> Voto proferido no RE 466343, p.10-1.

<sup>59</sup> Segundo indica o Ministro Gilmar Mendes, naquele julgamento, “os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno”. Voto proferido no RE 466343, p.12.

<sup>60</sup> Voto proferido no RE 466343, p.10-11.

<sup>61</sup> O caso referia-se à Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

ma de revogação própria. Não obstante, se contraditório à lei interna, “a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes”, de modo que, embora a lei posterior não revogue, tecnicamente, o tratado, afasta-lhe a aplicação.<sup>62</sup> Contudo, em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal aplicou, também, aos tratados, a regra de que lei posterior revoga lei anterior.<sup>63</sup>

No entanto, o Supremo Tribunal Federal aponta uma tendência de modificação desse entendimento, para acatar, ao menos, a tese de que os tratados de direitos humanos assumem uma posição hierárquico-normativa supralegal, especialmente por conta da reforma constitucional que inseriu o §3º ao art. 5º. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”, ficando difícil defender essa terceira tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos.<sup>64</sup>

Assim, o Ministro Gilmar Mendes passa a defender a tese da supralegalidade dos tratados. Fundamenta suas idéias na concepção de Peter Häberle<sup>65</sup> segundo a qual “vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’<sup>66</sup> [...], no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.”<sup>67</sup> Observa que, embora os motivos que fundamentam a

<sup>62</sup> Voto do Ministro Leidão de Abreu, no RE n°. 80.004/SE, rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977; DJ 29/12/1977, *apud* voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 466343, p.13.

<sup>63</sup> O Ministro Gilmar Mendes lembra que “sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n°. 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *Lex posterior derogat legi priori*”. A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais, também, foi afirmada no julgamento da ADI 1480-MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, RTJ 179/493, do RE n°. 206.482-3/SP, Rel. Min°. Maurício Corrêa, julgado em 27/05/1998, DJ 05/09/2003, do HC n°. 81.319-4/GO, Rel. Min°. Celso de Mello, julgado em 24/04/2002, DJ 19/08/2005. Voto proferido no RE 466343, p.13-4.

<sup>64</sup> Voto proferido no RE 466343, p. 11.

<sup>65</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. De Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

<sup>66</sup> Estado Constitucional Cooperativo seria “aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade”. Voto proferido no RE 466343, p.15.

<sup>67</sup> Significa dizer que, na perspectiva internacional, embora, na maior parte das vezes, a cooperação entre os Estados consista em mera coordenação e ordenamento para a coexistência pacífica, no âmbito do direito constitucional nacional, esse fenômeno pode levar a tendências que apontem para uma mitigação dos limites entre o interno e o externo, possibilitando uma concepção que faria prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. Voto proferido no RE 466343, p.15.

idéia de 'Estado Constitucional Cooperativo' sejam complexos, cumpre reconhecer "os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes."<sup>68</sup>

No que tange aos últimos, seria preciso considerar:

A proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.<sup>69</sup>

Segundo os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello,<sup>70</sup> a Constituição de 1988 traz disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional do direito internacional (a doutrina se refere à "constitucionalização do direito internacional"),<sup>71</sup> quais sejam, o parágrafo único do art. 4º<sup>72</sup>, o § 2º, do art. 5º, e as cláusulas acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, constantes dos parágrafos 3º e 4º do art. 5º.<sup>73</sup>

Haveria, também, "uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano" (constitucionalização do direito internacional). Nesse sentido e "a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais", as constituições, além de indicarem "maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa", também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional"<sup>74</sup> (a doutrina se refere à "internacionalização do direito constitucional").<sup>75</sup>

Resumimos, aqui, as quatro vertentes que surgiram, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, inicialmente, com base na norma do § 2º do art. 5º, e que tentam explicar a estatura hierárquico-normativa dos

<sup>68</sup> Voto proferido no RE 466343, p. 15.

<sup>69</sup> Voto proferido no RE 466343, p. 15.

<sup>70</sup> Ambos, no julgamento dos processos que nos referimos e que continuam pendentes até o momento.

<sup>71</sup> GALINDO, 2003.

<sup>72</sup> A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>73</sup> Dispõem, respectivamente, que "os 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 "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." Voto proferido no RE 466343, p. 17.

<sup>74</sup> Voto proferido no RE 466343, p. 18.

<sup>75</sup> GALINDO, 2003.

tratados internacionais de direitos humanos. Passemos, a seguir, a tentar aplicar essas vertentes, correlacionando-as com a análise das teorias que cuidam da relação entre o direito interno e o direito internacional.

### 3 Teorias que tratam da dialética entre o direito interno e o direito internacional

Para tratar da natureza dos tratados internacionais, do ponto de vista do direito interno, acreditamos ser preciso a análise, ainda que breve, das teorias que versam sobre o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional,<sup>76</sup> embora, no tocante ao tema de tratados internacionais de direitos humanos, essa discussão, segundo indica o Ministro Gilmar Mendes, tenha se tornado ociosa e supérflua.<sup>77</sup>

A primeira teoria histórica que surgiu sobre o tema foi o dualismo.<sup>78</sup> Podemos resumir a doutrina dualista na idéia de separação de direito interno e direito internacional em dois sistemas distintos, porque teriam sujeitos e fontes diferentes,<sup>79</sup> podendo ocorrer reenvios de um sistema para outro, em qualquer dos sentidos (seja do direito interno para o direito internacional; seja do direito internacional para o direito interno).<sup>80</sup>

Críticas à parte, segundo essa doutrina, para que um tratado internacional seja aplicado, internamente a determinado Estado, precisará de uma transformação, isto é, de sua introdução, da forma como prevista naquele ordenamento, para o direito interno, o que, por conseguinte, poderá ser modificado a cada nova Constituição. Assim, a natureza jurídica do tratado será entendida naquele sistema interno, conforme regulado por esse sistema, sendo que o direito interno sempre prevalecerá sobre o internacional, ao menos do ponto de vista de Triepel.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Achamos necessário um breve estudo sobre o tema, embora a doutrina internacionalista moderna, a exemplo de GALINDO, 2003., já se refira a essa discussão como ultrapassada, uma vez que não se pode dizer de um Estado que adote uma postura integralmente voltada, seja para o dualismo, seja para o monismo.

<sup>77</sup> Voto proferido no RE 466343.

<sup>78</sup> Triepel foi o pai dessa doutrina, mas o dualismo pode ser dividido, resumidamente, em dualismo de Tripel, dualismo de Anzilotti e dualismo espanhol (a respeito do tema, veja: GALINDO, 2003).

<sup>79</sup> Para Triepel, no direito internacional, o sujeito principal é o Estado (ele admite a possibilidade de existirem outros sujeitos no futuro, mas, quando desenvolveu sua doutrina, considerava que o Estado era o único sujeito de direito internacional) e o tratado era a sua principal fonte. No direito interno, o sujeito é o indivíduo e a lei, a sua principal fonte (GALINDO, 2003, cap. I).

<sup>80</sup> GALINDO, 2003, cap. I.

<sup>81</sup> GALINDO, 2003, p.19. O professor Galindo expõe que, “na verdade, o dualismo crê, em último aspecto, na própria prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional. Como, para os dualistas o Direito Internacional precisa passar por um processo de adoção específica ou transformação, expressa ou implicitamente, eles acreditam na primazia do Direito Interno” (GALINDO, 2003. p.28).

Entendemos, assim, que, segundo o dualismo puro,<sup>82</sup> não haveria como conferir natureza constitucional ao tratado.<sup>83</sup> E, por conseguinte, como nega juridicidade ao direito internacional, entendemos que eventual natureza legal ou supralegal do tratado, somente poderia ser adquirida após a sua transformação para o direito interno.<sup>84</sup>

O monismo, por sua vez, divide-se em dois: o monismo com prevalência no direito interno, e o monismo com prevalência no direito internacional.

O monismo com prevalência no direito interno surgiu numa época em que o estudo do direito internacional era feito de forma assistemática e, muitas vezes, fora de postulados jurídicos, razão por que se contesta o caráter de teoria a esta posição.<sup>85</sup> Segundo esse entendimento, haveria um sistema jurídico uno, em cujo ápice estaria o Direito Estatal. Havia uma “concepção de que os Estados se encontrariam no estado de natureza” e de “ausência de uma autoridade superior”, o que tornava “a obrigação de respeitar os tratados puramente formais”.<sup>86</sup> Ademais, no caso de disputa entre Estados, esta somente poderia ser resolvida pela guerra.

O que diferencia o monismo com prevalência do direito interno do dualismo é, justamente, o centralismo estatal e sua pretensão de auto-suficiência. Enfim, nessa concepção, torna-se inócuo qualquer questionamento acerca da natureza dos tratados, uma vez que “o direito internacional, embora necessário, dada a pluralidade dos entes estatais, somente existe em função do Estado.” Segundo a teoria da autolimitação – cujo principal expoente era Jellinek – “em exercício de autolimitação, os Estados permitiriam a existência de um Direito Internacional.” Verifica-se que a soberania era tida como um dogma inabalável.<sup>87</sup>

Kelsen aceitava a idéia do monismo com prevalência no direito interno, porque sua teoria tinha por base um pressuposto lógico, segun-

<sup>82</sup> Chamamos de “dualismo puro” porque a doutrina se refere ao dualismo espanhol como um “dualismo moderado” (GALINDO, 2003, p.19).

<sup>83</sup> Desenvolvemos o seguinte raciocínio: se o direito interno prevalece, a transformação deverá ser, necessariamente, sob a forma de norma infraconstitucional (ao se entender pela sua prevalência, em caso de conflitos entre a Constituição e Tratado, aquela deverá prevalecer), já que não admitimos, em nosso ordenamento, normas constitucionais inconstitucionais (e, por conseqüência, também não admitimos hierarquia entre as normas constitucionais), ressalvada a hipótese de emenda à Constituição, que poderá ser objeto de controle (sobre a existência de normas constitucionais inconstitucionais: Otto Bachof).

<sup>84</sup> “As maiores oposições ao dualismo ocorreram no âmbito do desenvolvimento dos movimentos de integração regional, mais notadamente no Direito Europeu; no âmbito da proteção internacional dos Direitos Humanos; e no próprio advento e propagação do monismo com prevalência no Direito Internacional” (GALINDO, 2003, p.28).

<sup>85</sup> Os expoentes desse monismo foram Hegel e Spinoza. GALINDO, 2003, p.11-2.

<sup>86</sup> GALINDO, 2003, p.12.

<sup>87</sup> GALINDO, 2003, p.14.

do o qual não seria possível a coexistência válida de dois sistemas jurídicos que podem ter prescrições que levam a conseqüências diferentes. E, daí, a idéia pressuposta da primeira Constituição Histórica como norma fundamental.<sup>88</sup>

Nesse sentido, somente caberia cogitar de tratados com natureza legal ou supralegal - embora a distinção entre os dois sistemas (direito interno e direito internacional) seja propriamente dualista, que não se confunde com essa espécie de monismo - pois, ao declarar a prevalência do direito interno, "nega ao Direito Internacional tanto o caráter supra-estatal como seu isolamento em face do mesmo Direito Interno", e, assim, "como parte integrante do Direito Interno, o Direito Internacional se torna, verdadeiramente, um Direito Estatal Externo."<sup>89</sup>

Assim, repetimos, do ponto de vista da ciência do direito, Kelsen entende defensável o monismo, seja com prevalência do direito interno, seja com prevalência do direito internacional, mas, do ponto de vista político, seria preciso fazer uma opção.<sup>90</sup> O professor George Galindo ensina que a opção de Kelsen teria sido o monismo com prevalência no direito internacional<sup>91</sup> e, por isso, "a Norma Fundamental deverá ser encontrada no Direito Internacional."<sup>92</sup> E "a Norma Fundamental no Direito Internacional é a que afirma que os Estados devem se conduzir como têm conduzido o costume."<sup>93</sup>

Por conseguinte, se adotarmos essa concepção, "a Norma Fundamental de todo o Direito é a regra que prescreve que os Estados devem

<sup>88</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 p. 372. O professor Inocêncio Mártires Coelho explica, resumidamente, a concepção de Kelsen acerca da norma fundamental e a diferença do conceito de Constituição: "considera-se norma fundamental aquela que constitui a *unidade* de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de *validade* de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de outra norma de hierarquia ainda mais elevada e assim sucessivamente: aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão". Essa norma seria uma ficção e fundamentaria a validade da primeira Constituição e, a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico (MENDES, *et al.* 2007, p.1-2).

<sup>89</sup> GALINDO, 2003, p. 15.

<sup>90</sup> *Apud* GALINDO, 2003, p.34.

<sup>91</sup> Kelsen, que encabeçava a Escola de Viena, conforme mencionamos, desenvolveu o monismo com base em postulados lógicos. A sua teoria veio a sofrer algumas modificações, posteriormente, por outros juristas, como Verdross e Kunz. Por conseguinte, o próprio monismo também sofreu algumas variações. O professor Galindo cita três de seus expoentes: Kelsen, Verdross e Lauterpacht. Em comum, todos eles chegaram à prevalência do direito internacional (GALINDO, 2003, p.31-4).

<sup>92</sup> Assim decide porque "o primado do direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia pacifista; e do mesmo modo, o monismo com prevalência do Direito Interno, um papel decisivo na ideologia imperialista" (GALINDO, 2003, p.34).

<sup>93</sup> GALINDO, 2003, p.35.

se conduzir como têm se conduzido de costume, encontrada no Direito Internacional.”<sup>94</sup>

Cumpra observar que Kelsen refere-se aos costumes e não, precisamente, aos tratados internacionais. Encontraremos a expressão do monismo sobre os tratados na doutrina de Verdross, que mencionaremos adiante.

Antes, porém, vale destacar que, embora se tenha a teoria monista como uma contraposição dialética da teoria dualista, Triepel, na verdade, não estava preocupado com a questão da hierarquia de normas, mas em como poderia se dar a relação entre dois sistemas distintos que entendia coexistirem, embora, de certa forma, considerasse a prevalência do direito interno. Kelsen tinha essa preocupação (com a hierarquia das normas), de modo que, do ponto de vista hierárquico, seria um contrasenso considerar que um Estado tenha adotado uma postura dualista, ao passo que, do ponto de vista do relacionamento entre os sistemas, ao menos na prática, difícil considerar um Estado integralmente monista, sendo o que mais se aproxima dessa concepção, hodiernamente, é o Direito Comunitário Europeu.<sup>95</sup>

Nesse sentido, transcrevemos as observações do Professor George Galindo:

A idéia aparentemente ilógica, e seguida por Lauterpacht, de que não se pode confundir dois conceitos tão distintos como incorporação do Direito Internacional no Direito Interno e supremacia deste último é, na verdade, abordada tanto pelos dualistas como pelos monistas, sendo sua análise conjunta indispensável para a adoção de uma das teorias.

A nós não parece que Triepel e Kelsen não tratem das duas questões.

No caso de Triepel, o centro de suas atenções consistia no problema da impossibilidade de aplicação direta do Direito Internacional no Direito Interno, uma vez que seriam dois sistemas completamente distintos. E se é verdade que ele não admitia conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional, uma vez que o Direito

<sup>94</sup> GALINDO, 2003, p.36. Kelsen afirmava não existir “diferença entre a natureza dos assuntos do Direito Interno e do Direito Internacional” e, com isso, “levou a um desmantelamento da separação destes ramos do direito”, porque, segundo ele, o Direito Internacional também se ocuparia das atividades humanas (idem, p.40).

<sup>95</sup> “A este respeito, algumas vozes têm defendido que dualismo e monismo se diferenciam, porque, no primeiro, enfatiza-se a necessidade de mecanismos de inserção dos tratados no Direito Interno; enquanto no segundo, há a preocupação com os conflitos entre tratados e a ordem interna, a fim de saber qual deles prevalece. Nesta visão, Triepel não fala da primazia do tratado ou da lei interna, uma vez que recepcionado no Direito Interno, assim passa a ser considerado. De outro lado, afirma essa visão, o monismo de Kelsen não se preocupa com os procedimentos para que os tratados sejam incorporados, uma vez que isto seria desnecessário, por haver somente um sistema jurídico” (GALINDO, 2003, p.49-50).

Internacional incorporado se transformaria em Direito Interno, do mesmo modo, afirma que o juiz nacional não pode dar prevalência àquela norma oriunda do Direito Internacional, devendo aplicar a norma interna, mesmo se anterior. Triepel não poderia pensar de modo diverso, pois, assim, seria possível a supremacia do Direito Internacional, mesmo que materializada em uma norma interna. Isto leva a crer, na verdade, como já afirmado anteriormente, que o dualismo era, realmente, um monismo com prevalência do Direito Interno. Os fundamentos voluntaristas se encontram em ambos e, em caso de conflito (mesmo aparente), prevalece o Direito Interno.

A preocupação de Kelsen, por outro lado, era, de fato, a supremacia de um dos Direitos, e não a sua incorporação. Esta seria desnecessária, uma vez que o sistema jurídico seria uno. Mas Kelsen também se preocupa com o problema da inserção do Direito Internacional. Ele afirma várias vezes que os procedimentos para que o Direito Internacional valha no Direito Interno são deixados a este último, não sendo sinais da adoção de uma postura dualista. Obviamente Kelsen nunca poderia pensar que a questão da inserção não seria importante, uma vez que a própria efetividade do Direito internacional disto depende. Se os procedimentos internos para a inserção são bastante demorados, isto implicará em enorme prejuízo para a aplicação e efetivação do Direito Internacional.<sup>96</sup>

Entretanto, trataremos mais acerca do monismo, já que essa teoria tem, exatamente, preocupação com a hierarquia das normas internacionais. Além de Kelsen, o monismo com prevalência no direito internacional tem, conforme Galindo, outros dois expoentes: Verdross e Lauterpacht.<sup>97</sup>

Verdross subdivide o monismo em radical e moderado, porque o moderado admite a ocorrência de conflitos entre o direito internacional e o direito interno, embora, segundo o autor, eles não adquiram caráter de definitividade, já que encontrariam uma solução na unidade do sistema jurídico. Com isso, ele defende que, se “os tribunais decidem pela prevalência do Direito Interno em detrimento do Direito Internacional”,<sup>98</sup>

<sup>96</sup> GALINDO, 2203, p.50.

<sup>97</sup> GALINDO, 2003, p.31-40. “Daí mesmo afirmar-se que os autores que adotam o monismo dividem-se em duas categorias: os que, como Lauterpacht, sustentam uma forte posição ética com uma grande preocupação com os Direitos Humanos e outros, como Kelsen, que mantém uma posição monista com fundamentos lógico-formalistas” (idem, p.49). O professor George Galindo explica, ainda que “a teoria monista de Lauterpacht é bastante esparsa, não possuindo ele nenhum trabalho específico sobre o embate das teorias. Mas, ao longo de sua obra, as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno foram uma de suas maiores preocupações. Tendo estudado com o próprio Kelsen,<sup>99</sup> o embate entre as teorias não era a ele estranho, tendo-o abordado com mais vagar no Curso Geral que ministrou na Academia de Direito Internacional da Haia” (idem, p.45).

<sup>98</sup> GALINDO, 2003, p.41.

essa precedência se daria apenas provisoriamente, porque existe a obrigação internacional de os Estados modificarem normas editadas em oposição ao direito internacional.<sup>99</sup>

Ele acredita que a existência de disposições constitucionais internas que referendam o Direito Internacional Geral (costumes) como fonte de direito interno será “sempre um reconhecimento da superioridade do Direito Internacional.”<sup>100</sup>

Quanto aos tratados (ou mesmo quanto à execução dos costumes), não haveria, precisamente, uma transformação do direito internacional para o direito interno, pois se a “norma internacional precisa ser posta em prática por uma lei ou regulamento”, ocorre, na verdade, “a execução de uma norma superior por uma inferior.”<sup>101</sup> Assim, o conceito de norma fundamental, para Verdross, diferencia-se daquele apresentado por Kelsen porque abrange, além dos costumes, os princípios gerais do direito e as normas de direito convencional. Seria, na verdade, uma “trama de normas fundamentais.”<sup>102</sup>

Lauterpacht, segundo explica o professor George Galindo, afirma-se um monista, porque considera:

O Direito Internacional como ordem superior e os sistemas internos como delegados; os indivíduos como os sujeitos fundamentais de direitos e deveres internacionais; os princípios juridicamente relevantes de moralidade aplicáveis às relações dos Estados de acordo com padrões que em nada diferem daqueles aplicáveis às relações entre os indivíduos.”<sup>103</sup>

<sup>99</sup> Verdross “não nega, portanto, a existência de conflitos, mas acredita que, perante os tribunais internacionais, as leis estatais, as decisões judiciais e os atos administrativos de um Estado são meros fatos” (GALINDO, 2003. p.41).

<sup>100</sup> GALINDO, 2003, p.44. Até porque, para ele, são disposições inúteis, uma vez que a “validade do Direito Internacional somente deste depende, e não das Constituições internas” (idem, p.42). Críticas existem acerca dessa posição. O professor Galindo explica que, segundo esse entendimento, somente será um reconhecimento da superioridade do direito internacional se: “(1) tais disposições forem consideradas como declaratórias de uma atitude pré-existente dos tribunais internos quanto à questão; ou (2) se pretenderam essas disposições reconhecer, em abstrato, a superioridade geral do Direito Internacional. Se, contudo, não surgem da aplicação dos tribunais internos e não houve intenção de conceder que o Direito Internacional fosse uma ordem jurídica superior, mas assegurar que os tribunais internos dêem efeito ao Direito Internacional, as disposições tendem a apoiar a primazia do Direito Interno, onde somente por um dispositivo constitucional o Direito Internacional gozará de validade na esfera interna” (idem, p.44).

<sup>101</sup> GALINDO, 2003, p.41.

<sup>102</sup> O monismo de Verdross fundamenta-se numa concepção universalista do Direito Internacional, que tem origem na visão estóico-cristã, ou seja, uma visão “de que a humanidade no seu conjunto forma uma unidade jurídico-moral ancorada no direito natural.” GALINDO, p.42-3.

<sup>103</sup> GALINDO, 2003, p.45.

Não obstante, seu monismo distanciar-se-ia do monismo de Kelsen e Verdross, porque objetivava, na verdade, “deduzir a visão monista da verdadeira prática dos Estados e dos tribunais.”<sup>104</sup>

Por isso, segundo ele, “este monismo se mostra algumas vezes inconsistente, assim como a própria prática dos Estados também é.”<sup>105</sup> Da mesma forma em que o Direito Internacional seria “um direito imperfeito em um estágio de transição para um verdadeiro direito, esse monismo é qualificado por exceções dualistas e contradições.”<sup>106</sup>

Enfim, se adotássemos o monismo com prevalência no direito internacional, seria coerente defender a tese da natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos ou, ainda, a tese da natureza constitucional desses tratados.

Apesar disso, cumpre ressaltar as observações do professor Galindo acerca das teorias dualista e monista, no sentido de que “é impossível encontrar um Estado completamente monista ou completamente dualista.”<sup>107</sup> Assim, segundo ele:

As questões de incorporação e hierarquia, portanto, não podem ser separadas. São imprescindíveis mutuamente. Com efeito, de nada adianta ser o Direito Internacional hierarquicamente superior ao Direito Interno, se sua aplicação é obstada através de empecilhos internos. Do mesmo modo, é inútil que o princípio da incorporação seja aplicado se o Direito Internacional pode ser revogado por meras leis internas. E o contrário vale para os que defendem o dualismo, não sendo ele possível se não são conjugados os problemas da hierarquia e da inserção.<sup>108</sup>

Ademais, relembramos as considerações do Ministro Gilmar Mendes, cauteloso pela manutenção da segurança jurídica, justamente porque, no primeiro caso (de adoção da tese da natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos), haveria dificuldade em se aplicar esse entendimento devido à realidade dos Estados, que, muitas vezes, possuem rígidos sistemas fundados no princípio da supremacia formal e material da Constituição.<sup>109</sup>

O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão, teria se manifestado no sentido de que a Constituição não precisa se afirmar sobreposta às leis ou aos tratados, pois essa hierarquia estaria implícita em seus preceitos inequívocos, “como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Consti-

<sup>104</sup> GALINDO, 2003, p.45.

<sup>105</sup> GALINDO, 2003, p.45.

<sup>106</sup> GALINDO, 2003, p.45.

<sup>107</sup> GALINDO, 2003, p.54.

<sup>108</sup> GALINDO, 2003, p.51.

<sup>109</sup> Voto proferido no RE 466343, 2003, p.4-5.

tuição [...] e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).”<sup>110</sup>

Adverte, ainda, para o risco de uma “ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’”, o que poderia ensejar “uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna.”<sup>111</sup> Essas últimas observações também seriam aplicadas à tese da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, porque aumentariam o bloco de constitucionalidade. Portanto, essa equivalência entre tratados e Constituição, segundo o Ministro Gilmar Mendes, encontraria óbice nas próprias atribuições da Corte Constitucional “para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”<sup>112</sup>

Portanto, adequando-se à visão monista de Lauterpacht, que se propõe a cingir-se com a prática dos Estados e dos Tribunais,<sup>113</sup> a teoria da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos parece-nos viabilizar uma maior efetividade das normas internacionais de direitos humanos, tendo em vista, exatamente, essa visão prática do monismo.

## Conclusão

Como dissemos, muito se discutiu acerca da natureza dos tratados de direitos humanos, mas, entre nós, prevaleceu a tese de que teriam força de norma infraconstitucional, sendo necessário, do ponto de vista do direito interno, a sua incorporação, que o recepcionaria com força de lei.

Não se diga tenha sido uma postura eminentemente dualista porque, como se viu, essa teoria preocupa-se com a relação entre os sistemas e eles, de fato, se relacionam.<sup>114</sup> Porém, pode-se entender como uma postura monista com alguma tendência pela prevalência do direito interno, já que na pirâmide construída com base na teoria de Kelsen, a Constituição está acima das leis e, portanto, ela será seu fundamento de validade.

Conforme mencionamos, alguns internacionalistas<sup>115</sup> já entendiam que o próprio § 2º, do artigo 5º, conferia natureza constitucional a esses

<sup>110</sup> RHC n.º. 79.785/RJ, Rel. Min.º. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/2002, *apud* Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no RE 466343, *idem*, p.5-6. Segundo o Ministro Gilmar Mendes: “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”. Voto proferido no RE 466343, 5-6.

<sup>111</sup> Voto proferido no RE 466343, p.5-6.

<sup>112</sup> Voto proferido no RE 466343, p.5-6.

<sup>113</sup> GALINDO, 2003, p.45.

<sup>114</sup> A Constituição aceita a idéia de um direito internacional, mas não necessariamente distinto do direito interno, tudo a depender da interpretação do jurista constitucional, que pode sempre sofrer mutações.

<sup>115</sup> A exemplo de PIOVESAN, *In* TAVARES *et al.* Obra. Local: editora, ano, 2005.

tratados, na tentativa de fazer valer a prevalência do direito internacional, ao menos quanto à questão dos direitos humanos. No entanto, a nossa Corte Constitucional assim não entendia. Com a Emenda Constitucional 45/05, acrescentou-se o § 3º ao artigo 5º, que, por sua vez, acirrou os ânimos para novas discussões. Enfim, se preenchidos os seus requisitos, não restam dúvidas de que os tratados relativos a direitos humanos passam a ter natureza constitucional, embora não inseridos no texto.<sup>116</sup>

O problema surge, no entanto, quanto aos tratados incorporados ao direito interno antes da referida emenda, bem como quanto à hipótese em que não se superem um dos requisitos do § 3º, do artigo 5º. Voltaríamos, nesse caso, à doutrina da recepção dos tratados com força de lei, muito questionada entre os internacionalistas que preferem defender a prevalência do direito internacional.

Por se tratar de questões relativas a direitos humanos - isto é, pertinentes a todos os indivíduos, inerentes à pessoa, independentemente do Estado a que pertença, uma vez que se admite que o próprio indivíduo se socorra de organizações internacionais para fazer prevalecer tais garantias até mesmo em face do próprio Estado - entendemos plausível defender que tais questões devem adquirir natureza constitucional, independentemente de qualquer sistema de incorporação, já que possuem esse caráter supra-estatal.

Apesar de muito mitigada a idéia de soberania, este é um dogma de forte presença nos Estados, embora já tenhamos o Direito Comunitário Europeu em contraposição à idéia de soberania como um dogma absoluto. Porém, mesmo no âmbito da União Européia, poderá haver questões de domínio reservado do Estado. De qualquer forma, teríamos grande dificuldade em aceitar a natureza constitucional de tratados que não superaram os requisitos de incorporação exigidos pelo § 3º, do artigo 5º, em razão das considerações que indicamos no tópico anterior.

Porém, ainda assim, a jurisprudência precisa evoluir para um melhor relacionamento entre os sistemas (e aí, não mais nos referimos à questão de hierarquia entre o direito interno e o direito internacional), de modo que, se não é possível conferir ao tratado a natureza de norma constitucional, ao menos lhe confira um *status* supra-legal, para que prevaleça em face do direito federal.<sup>117</sup>

<sup>116</sup> Esse é um posicionamento que corrobora do ponto de vista do relacionamento, a doutrina dualista, e, do ponto de vista hierárquico, o monismo com prevalência do direito internacional, uma vez que se infere a preocupação de tentar fazer prevalecer o direito internacional.

<sup>117</sup> Assim, por exemplo, cita-se o caso da prisão de depositário infiel, que é permitida pela CF e está, ainda, sob a análise do STF. Tem-se uma norma mais benéfica ao indivíduo no Pacto San José de Costa Rica, que não admite tal prisão por dívida. Como dissemos, trata-se de interesses supranacionais envolvidos e que dizem respeito a todos, enquanto indivi-

Assim, para implementar o relacionamento entre os sistemas, agora sim, passamos a falar da hierarquia, conjugando, nesse problema, a doutrina monista, para dizer que o tratado deveria assumir uma natureza supra-legal, pois, se ainda não estamos prontos para lhes conferir a natureza constitucional, ao menos podemos beneficiar a pessoa humana, conferindo-lhe mais uma garantia (acima da lei), ao aplicar a norma internacional mais benéfica em termos de tutela dos direitos humanos, que, muitas vezes, pode não se coadunar com preceitos de caráter infraconstitucional.

Nesse sentido, devemos conferir a natureza supralegal, também, aos tratados de direitos humanos incorporados em nosso ordenamento após a edição da Emenda Constitucional 45, mas que, submetidos ao procedimento do § 3º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não tenham superado todas as exigências dessa norma.

## Referências

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.
- GALINDO, Rodrigo Bandeira. **Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição**: uma análise do caso brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2003.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. De Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In TAVARES, André Ramos *et al.* **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PROJETO DE RESOLUÇÃO. Os direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e de suas famílias (apresentado pela missão permanente do México) conselho permanente da Organização dos Estados Americanos, comissão de

---

duos. Nesse caso, publicou-se, nas notícias do STF de 22/11/2006, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que citamos, reiteradamente, neste artigo. O julgamento encontra-se pendente, mas, na ocasião, o Ministro manifestou-se pela natureza supralegal dos tratados relativos a direitos humanos.

Assuntos Jurídicos e Políticos, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1944/02, 30 abr. 2002. Original: espanhol

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

**RELATÓRIO nº. 52/02, Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. CASO 11.753, Mérito, Ramón Martínez Villareal, Estados Unidos, 10 out. 2002. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/EstadosUnidos.11753a.htm>>. Acesso em: 23 de março de 2008.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito Internacional. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 36, nº. 141, jan./mar. 1999.