

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ  
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE  
FACULDADE DE DIREITO

VIVIANE PRISCILA NASCIMENTO FERNANDES

**Teoria monista humanista: reflexões acerca da hierarquia dos  
tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no  
ordenamento jurídico brasileiro**

**MARABÁ**

**2018**

VIVIANE PRISCILA NASCIMENTO FERNANDES

**Teoria monista humanista: reflexões acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Orientador:

Prof. Dr. Jorge Luis Ribeiro dos Santos

Co-orientador:

Prof. Dr. Edson Beas Rodrigues Júnior

**MARABÁ**

**2018**

---

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Josineide da Silva Tavares / UNIFESSPA. Marabá, PA**

Fernandes, Viviane Priscila Nascimento

Teoria monista humanista: reflexões acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro / Viviane Priscila Nascimento Fernandes; orientador, Jorge Luis Ribeiro dos Santos, coorientador, Edson Beas Rodrigues Junior. — 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Direitos humanos. 2. Direito internacional público. 3. Relações internacionais. 4. Brasil - Relações exteriores - Tratados. 5. Conflitos de normas (Direito). I. Santos, Jorge Luis Ribeiro dos, orient. II. Rodrigues Junior, Edson Beas, coorient. III. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. IV. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.12191

Nome: FERNANDES, Viviane Priscila Nascimento

Título: Teoria monista humanista: reflexões acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualquer citação atenderá as normas da ética científica.

---

Viviane Priscila Nascimento Fernandes

Monografia apresentada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luis Ribeiro dos Santos

---

1ª Examinador: Prof. Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por um mais feito.

Agradeço também a minha família matriz - por ter me auxiliado no caminho até aqui – e a minha família de marabá – por ter me ajudado a aqui persistir.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram para a conclusão desse trabalho.

## RESUMO

O imperativo da integral proteção do ser humano resultou na internacionalização dos direitos humanos. Para isso, tanto no plano nacional quanto no internacional normatizaram-se direitos imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa humana. O Constitucionalismo brasileiro promoveu uma abertura da ordem constitucional às normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais, por meio de inúmeros dispositivos da Constituição de 1988. No entanto, em face da consequente limitação do Poder Estatal que a superioridade normativa desses direitos impõe, quatro teses surgiram para defender o *status* das normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas no ordenamento jurídico pátrio: tese da legalidade, tese da supraconstitucionalidade, estatuto constitucional e tese da supraconstitucionalidade. Pautados numa “suposta Supremacia da Constituição em face dos normativos internacionais”, os Poderes Legislativo e Judiciário brasileiros cunharam um modelo janicéfalo de incorporação dessas normas: as de *status* supralegal (acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição) e as de estatuto constitucional (equivalentes à emenda constitucional). Tal modelo é diametralmente oposto à adoção de uma abordagem monista humanista do direito, que prima pela prevalência do direito humano mais favorável a garantia da efetividade da proteção da dignidade da pessoa humana, independentemente da origem normativa.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Neoconstitucionalismo. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Monismo Humanista.

## ABSTRACT

The imperative of the integral protection of the human being has resulted in the internationalization of human rights. In order to do this, both nationally and internationally, human rights standards were essential to ensure the dignity of the human person. Brazilian Constitutionalism promoted an opening of the constitutional order to the norms of human rights foreseen in international treaties, through numerous provisions of the Constitution of 1988. However, in view of the consequent limitation of State Power that the normative superiority of these rights imposes, four theses have emerged to defend the status of international human rights norms incorporated in the legal order of the country: thesis of legality, thesis of superconstitutionality, constitutional status and thesis of superconstitutionality. Guided by a "supposed Supremacy of the Constitution in the face of international norms," the Brazilian Legislative and Judiciary Powers coined a janicéfalo model of incorporation of these norms: supralegal status (above ordinary laws and below the Constitution) and constitutional status (equivalent to the constitutional amendment). Such a model is diametrically opposed to the adoption of a monistic humanistic approach to law, which stresses the prevalence of the most favorable human right to guarantee the effectiveness of the protection of the dignity of the human person, regardless of the normative origin.

**Keywords:** Human rights. Neo-constitutionalism. International Human Rights Law. Humanist Monism

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS .....</b>	<b>9</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 DIREITOS HUMANOS E NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>12</b>
<b>3 MONISMO HUMANISTA: CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>19</b>
<b>4 O STATUS DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>23</b>
<b>4.1 STATUS LEGAL OU DE LEI ORDINÁRIA .....</b>	<b>24</b>
<b>4.2 TESE DA SUPRALEGALIDADE .....</b>	<b>31</b>
<b>4.3 ESTATUTO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>40</b>
<b>4.3 TESE DA SUPRACONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>45</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

TIDH	Tratado Internacional sobre Direitos Humanos
TIDH's	Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

## 1 INTRODUÇÃO

O longo processo de internacionalização dos Direitos Humanos é fruto do passado amargo da história da humanidade. A reconstrução dos Estados e do Direito, após a Segunda Grande Guerra Mundial, não poderia ser assentada em qualquer interesse dissociado da garantia de proteção do ser humano.

Para tanto, ao longo de décadas, a comunidade internacional voltou-se para a criação de instituições, instrumentos normativos, políticas etc., com o fito de impedir ou punir o cometimento de hecatombes, sejam perpetradas por particulares ou até mesmo pelos Estados.

Nessa perspectiva, tanto nos planos jurídicos nacionais quanto nos internacionais, houve o desenvolvimento de normas para garantir a proteção integral do ser humano, alicerçadas no princípio da dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos humanos.

No âmbito interno, tais direitos foram normatizados constitucionalmente e denominados de direitos fundamentais. O Constitucionalismo brasileiro realçou o compromisso de proteção integral da pessoa humana por meio da vasta abertura atribuída ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos termos previstos no parágrafo 3º, art. 5º; inciso II, art. 4º, etc., da Constituição de 1998.

Desse modo, o que no plano interno é denominado de “jusfundamentalização’ do Direito nacional”, repete-se no âmbito internacional. Depois de esgotados os recursos internos, questões de origem nacional são passíveis de revisão por uma Corte Internacional de Direitos Humanos. Assim, forçosamente, os órgãos jurisdicionais nacionais devem submeter-se a jurisprudência das cortes internacionais e de eventual filtro internacionalista (RAMOS 2013, p. 78).

Todavia, uma mentalidade arcaica entende que existe uma cisão inconciliável entre o direito interno e o direito externo e, conseqüentemente, a necessidade da prevalência de um sobre o outro. E, desse modo, transporta-se essa perspectiva para a relação entre os direitos humanos previstos no Texto

constitucional e aqueles estabelecidos em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (TIDH's) ratificados pelo Brasil.

Essa perspectiva dá azo a um descompasso entre os entendimentos dos órgãos jurisdicionais internacionais e dos nacionais sobre eventual sobreposição dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em face das Constituições.

Para o Poder Judiciário e o Poder Constituinte Derivado, o disposto na Constituição prevalece sobre o estabelecido no âmbito internacional e, posteriormente, incorporado no ordenamento pátrio, a despeito da abertura claramente proposta pela Constituição de 1988.

Para sustentar tal perspectiva, através de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de emenda constitucional (EC nº 45/2004 – introduziu o §3º, no art.5º, da CR/88), criou-se um modelo janicéfalo de incorporação dos TIDH's, no qual somente aqueles que são submetidos a um quórum qualificadíssimo – leia-se: tortuoso - gozam de estatuto constitucional

Na tentativa de justificar ou opor-se a tal entendimento, aponta-se 04 (quatro) posicionamentos sobre o status dos TIDH's no ordenamento pátrio: i) tese da legalidade; ii) tese da supralegalidade; iii) tese da constitucionalidade; e iv) tese da supraconstitucionalidade, as quais serão abordadas ao longo desse trabalho.

Nesse ambiente de tensão, o princípio do cosmopolitismo pressupõe que a interpretação constitucional acolha a autoridade normativa das fontes supraconstitucionais, para efetivar a prevalência dos direitos humanos em qualquer situação fática, mediante uma interpretação pautada no princípio internacionalista *pro homine* e da norma mais favorável (SARMENTO 2015).

Com efeito, o imperativo de garantia de proteção do ser humano transcende particularismos nacionais e generalidades internacionais, para promover uma efetiva internacionalização – integração - dos direitos humanos, por meio de uma abordagem monista humanista do Direito.

## 2 DIREITOS HUMANOS E NEOCONSTITUCIONALISMO

A doutrina e o direito positivo utilizam diversos termos e expressões com o objetivo de traduzir o conceito dos denominados “direitos humanos”. Ademais, sua aplicabilidade em contextos demasiadamente variados, prejudica sua clareza e precisão conceitual. Tais circunstâncias resultam na dificuldade de se alcançar uma definição consensual de seu teor (RAMOS 2013, p. 27).

Nesse contexto, merece destaque a ultrapassada separação terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nessa disposição, os primeiros não detinham força vinculante por serem de matriz internacional, enquanto que estes, por terem assento constitucional, eram plenamente exigíveis (RAMOS 2016, p. 57-58).

Inicialmente, a insustentabilidade dessa divisão decorreu do reconhecimento de que os direitos humanos previstos em normas de Direito Internacional também são normas cogentes e detêm mecanismos próprios de proteção que são, inclusive, passíveis de serem invocados contra os Estados (RAMOS 2016, p. 57-58).

No constitucionalismo brasileiro, a reprochabilidade dessa separação terminológica acentuou-se a partir da abertura propiciada pela nova ordem constitucional de 1988 aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, vez que resultou na sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio, em face da identidade substancial entre tais direitos (JATENE; FIGUEIREDO 2012, p. 44).

A despeito de tais divergências, as linhas doutrinárias não deixam de denotar que os direitos humanos fundamentais – manifestam-se de modo multifacetado, vez que veiculam direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, doutrinariamente, agrupados em gerações/dimensões (MOREIRA 2015, p. 88).

A sua inerente oponibilidade contra o Estado provém de duras lutas em defesa de novas liberdades contra sistemas antigos, cujo resultado é a

construção de um edifício axiológico, que tutela um postulado maior de respeito à dignidade da pessoa humana (MOREIRA 2015, p. 86).

Assim, a sua posição de superioridade no ordenamento jurídico funda-se no referencial ético que reconhece a existência de direitos do ser humano - inerentes a sua própria condição, anteriores e superiores ao poder estatal - o que limita o exercício deste poder dentro de um dado ordenamento jurídico (RAMOS 2013, p. 31).

Os direitos humanos consistem num conjunto de direitos subjetivos emanados de valores contidos em princípios, ou seja, além de serem exigências éticas, são direitos morais pertencentes a todos os seres humanos, condensados na dignidade da pessoa (RAMOS 2013, p. 33).

A abertura conceitual dessa expressão viabiliza a redefinição de valores e princípios centrais por meio da possibilidade de definição concreta do digno e indigno, a partir de acontecimentos históricos que impactam profundamente a humanidade (BITTAR 2006, p. 49-50).

A apesar de ser semanticamente plurívoca, apreende em si “ a matriz principiológica... de todos capítulos, seja do texto constitucional, seja de toda e qualquer proposta contida no ordenamento jurídico”, que tem como meta social a promoção da plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana - um mínimo exigível socialmente- capaz de alcançar a justiça social (BITTAR 2006, p. 48).

Nessa perspectiva, todos os valores e demais princípios que dirigem a criação de direitos no plano nacional ou internacional curvam-se a essa identidade comum, que, além de fundamental, tem valia universal, nos termos da superioridade conferida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (BITTAR 2006, p. 50).

Esse fenômeno da centralidade assumida pelos direitos humanos na construção das ordens jurídicas somente refletiu nas ordens jurídicas internas com o advento o neoconstitucionalismo, cujo desenvolvimento assinala

profundas transformações no Estado e no Direito Constitucional, dentre as quais se destacam (BARROSO 2005, p.1):

a) Marco histórico: a formação do Estado constitucional de direito;

b) Marco filosófico: o pós-positivismo; e

c) Marco teórico: o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Ao longo da metade do século XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial, consolidou-se o Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito. Nesse período, redefiniu-se o lugar da Constituição e do direito constitucional sobre as instituições (BARROSO 2005, p. 01).

O Estado democrático de direito alterou o conteúdo do princípio da legalidade – identificado pelo Estado liberal com a igualdade formal no sentido generalidade da lei - para concretizar valores estabelecidos nas constituições no plano social e, assim, alcançar a igualdade material (MORAIS JUNIOR 2007, p. 128).

O postulado do caráter normativo e da supremacia das Constituições – as quais “integram um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado” - assegurou a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa a tais comandos (MORAIS JUNIOR 2007, p. 131).

A Constituição como cerne dos sistemas jurídicos internos visa impedir que o Direito se distancie do conteúdo de valores morais da coletividade humana, bem como a reiteração de condutas que promovam até mesmo a descartabilidade de seres humanos, sob o manto de Estados de Direito.

Os valores e os fins públicos contemplados nos princípios e regras constitucionais condicionam a validade e o sentido das normas

infraconstitucionais e, sobretudo, são vetores interpretativos de todas as normas do sistema (BARROSO 2005, p. 02).

O Estado constitucional de direito, portanto, visa tutelar a pessoa humana e a garantia de seus direitos fundamentais como “vínculos estruturais de toda a dinâmica política que implica o princípio democrático” (MORAIS JUNIOR 2007, p. 131).

A partir de então, os direitos fundamentais assumiram a posição de princípios ético-normativos, que transcendem ao normativismo-dogmático, para alicerçar as normas jurídicas e legitimar a ordem política estatal. (MOREIRA 2015, p. 89).

No Brasil, o marco histórico do novo direito constitucional foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização por ela endossado (BARROSO 2005, p. 01). A partir dessa, Estado brasileiro reinseriu-se no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, mediante a ratificação de uma série de tratados internacionais (JATENE; FIGUEIREDO 2012, p. 48).

Nesse fluxo, estabeleceu-se “o mais extenso rol de direitos fundamentais na história constitucional brasileira”, por meio do alargamento de direitos individuais, inserção de direitos coletivos e difusos, bem como inúmeras garantias (JATENE; FIGUEIREDO 2012, p. 45).

A relutância em reconhecer a normatividade das normas constitucionais era fruto da dificuldade – e ausência de vontade dos Poderes Estatais – em adequar-se à nova dinâmica que o advento do Estado Constitucional provocara nas sociedades, diante da conseqüente limitação do Poder Estatal que essa mudança de perspectiva acarretaria.

No entanto, os fatos históricos que ensejaram essa necessidade de mudança foram demasiadamente traumatizantes para a história da humanidade e impuseram uma mudança profunda de paradigma no cenário jurídico-político mundial, e, conseqüentemente, nacional.

Além do que, internamente, o país acabara de passar por um período ditatorial marcado por inúmeras violações de direitos humanos, e, desta forma, buscava reafirmar-se no plano internacional como comprometido com a proteção desses direitos.

Assim, no plano filosófico, o pós-positivismo transcendeu a legalidade estrita - sem se afastar do direito posto - para fazer uma interpretação moral do direito, centrada nos direitos fundamentais e na reaproximação entre o Direito e os valores morais (BARROSO 2005, p. 01).

Essa mudança de perspectiva promoveu o entendimento de que as normas jurídicas não se restringem aquelas que prescrevem comandos permissivos ou proibitivos de condutas, que podem ser aplicadas ou afastadas a partir da subsunção de normas, mas abrangem também normas princípios dotados de alta carga valorativa (TAMADA 2012).

No nível teórico, a dialética das Constituições em consagrar valores opostos, a colisão entre direitos fundamentais e as peculiaridades de suas normas ensejaram a criação de um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, muito embora a elas também se apliquem elementos tradicionais de interpretação do Direito (BARROSO 2005, p. 01).

Com efeito, a existência de uma sociedade aberta e pluralista, pressupõe a criação de uma hermenêutica, pautada nos interesses preponderantes do próprio povo, e, sobretudo, de valores não estanques, assim como não controlados de modo centralizado pela visão de mundo de autoridades de Estado (BITTAR 2006, p. 52).

Desse modo, a interpretação constitucional visa compreender e aplicar o ordenamento jurídico a partir de uma teoria de justiça, para concretizar um mínimo socialmente exigível de direitos, sem os quais resta obstaculizada qualquer tentativa de garantia de existência digna a todos (BARROSO 2005, p. 01).

Apresenta-se um breve resumo sobre a interação entre os direitos humanos e neoconstitucionalismo:

Existe um **dissenso sobre** a definição do **conceito do conceito de direitos humanos**. Contudo, destaca-se que **resta superada a antiga divisão entre direitos humanos** (previstos em instrumentos internacionais) e **direitos fundamentais** (previsto em Constituições), vez que **todos são dotados de exigibilidade e, no caso brasileiro, ambos possuem assento constitucional**.

Os direitos humanos fundamentais **se manifestam de modo multifacetado** (veiculam direitos agrupados em gerações/dimensões) e gozam de posição superior no ordenamento jurídico, que limita, inclusive, o exercício do poder estatal

Os direitos humanos **tutelam um postulado maior de respeito à dignidade da pessoa humana**, do qual emanam todos os valores e demais princípios que dirigem a criação de direitos no plano nacional ou internacional

**O fenômeno da centralidade dos direitos humanos refletiu nas ordens internas a partir do advento neoconstitucionalismo**, que promoveu as seguintes mudanças no Estado e no Direito Constitucional, por meio dos **Marco histórico** (Estado Constitucional e Supremacia da Constituição), **Marco filosófico** (pós-positivismo) e **Marco teórico** (a interpretação constitucional)

### 3 MONISMO HUMANISTA: CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Poder Constituinte de 1988 - comprometido com o imperativo de proteção integral da pessoa humana - percebeu que tal tutela restaria

prejudicada se os direitos humanos provenientes do legislativo nacional fossem os únicos integrantes do catálogo de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

E, por isso, depois de elencar – explícita e implicitamente - o maior número possível de direitos de humanos ao longo do Texto constitucional, inseriu a cláusula de abertura àqueles previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, da CR/88).

Essa disposição coaduna-se com disposto no Preambulo da Constituição de 1998 ao reconhecer os direitos fundamentais (leia-se: direitos humanos) “como valores supremos de uma sociedade comprometida na ordem interna e internacional” (JATENE; FIGUEIREDO 2012, p. 44).

Soma-se a isto a previsão do princípio da prevalência dos direitos humanos dentre os princípios regentes das relações internacionais, nos termos do inciso II, do art. 4º, da CR/88.

Além disso, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, essa abertura é reforçada pelo art. 7º o qual dispõe que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos”.

Expressamente, centra a dignidade da pessoa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CR/88), o que significa a positivação nacional do princípio da dignidade humana, que já era reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (JATENE; FIGUEIREDO 2012, p. 45).

O Estado brasileiro aponta como objetivos a serem perseguidos, dentre outros: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (incisos I e III, da CR/88).

Desse modo, novamente, vincula-se ao postulado maior de tutela da dignidade da pessoa humana ao ter como escopo o alcance da justiça social.

Para tanto, estabeleceu uma série de direitos humanos que traduzem um mínimo socialmente exigível capaz de satisfazer necessidades da pessoa humana, retirando-a da condição de pobreza e marginalização (notadamente, art. 6 ao art. 11, da CR/88).

Diante dessas premissas, o Constitucionalismo brasileiro – atendendo ao extremo as disposições do neoconstitucionalismo - assimilou o imperativo da interação harmoniosa entre os direitos humanos previstos em normas internacionais e aqueles elencados na Constituição pátria, refletido na abertura atribuída ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos termos previstos na Constituição de 1988.

### 3.2 NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O relacionamento entre o direito internacional e o direito nacional sempre se pautou pela lógica das vontades estatais, regidas pela antiga “soberania ilimitada” que permeava o cenário jurídico de outrora (TOYODA 2012, p. 128-129).

O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos promoveu uma profunda alteração nessa relação, pois a interação entre tais ordens jurídicas convergiu para a garantia da proteção dos direitos humanos e deixou de voltar-se para a concessão de benefícios e estabelecimento de obrigações entre os Estados.

Todavia, os resquícios daquela antiga visão ainda podem ser verificados quando da resistência dos Poderes Estatais em consolidar essa nova perspectiva ao manterem uma suposta distinção entre as normas de direito humanos de cunho nacional e aquelas de origem internacional.

Para entender essa dinâmica, de modo breve, apontam-se duas teorias que versam sobre a tentativa de harmonização da ordem interna e externa. Marcadas pela eventual sobreposição de uma ordem jurídica sobre a outra, traduzem-se em duas linhas doutrinárias: a dualista e a monista (FONTENELE 2017, p. 61).

A primeira preceitua que o direito internacional e o direito interno são distintos e fundamentados em ordens jurídicas diversas: interna e externa. (FONTENELE 2017, p. 61-62).

Enquanto que, para a monista, existe uma única ordem jurídica que se difere em sua classificação quanto à existência de uma norma hierarquicamente superior de direito interno - monismo com prevalência do direito interno – ou de direito internacional - monismo com prevalência do direito interno (FONTENELE 2017, p. 61-62).

Nesse contexto, insere-se o suposto conflito entre o Direito Constitucional, assentado no postulado da supremacia da Constituição, e o Direito Internacional, pautado na superioridade das normas internacionais em face das normas internas, inclusive, das constitucionais (SARMENTO 2015).

A relação diametralmente oposta entre tais ordens jurídicas é insustentável diante da aceitação da limitação da ação dos Estados, por meio da criação de obrigações jurídicas no plano internacional, bem como de sua submissão ao controle de tribunais internacionais quanto aos direitos humanos (RAMOS 2013, p. 44).

Embora a ratificação pelos Estados de um tratado internacional seja movida pela lógica das vantagens recíprocas, essa característica não se repete quanto aos tratados de direitos humanos, porque esses têm como escopo proteger os direitos dos indivíduos e estabelecer deveres aos Estados contratantes (RAMOS 2013, p. 46).

Notadamente, quanto ao Estado brasileiro, aponta-se como motivo para essa abertura, a aspiração de governos em adquirir legitimidade política na arena internacional e distanciar-se de passados autoritários e de sistemática violação de direitos humanos. Desse modo, a submissão de suas políticas internas ao monitoramento dos órgãos internacionais visava assegurar legitimidade para sua atuação (RAMOS 2013, p. 44).

Diante dessa peculiaridade, no contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos, criou-se o chamado regime objetivo (não sinalagmático) dos tratados multilaterais de direitos humanos. Nesse, o Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sob sua jurisdição e não para com os demais Estados (RAMOS 2013, p. 46).

Esse regime consiste num conjunto de normas protetoras de interesse coletivo dos Estados, cujo objeto e fim das obrigações são a proteção de direitos e da dignidade da pessoa humana. E, por isso, impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados (RAMOS 2013, p. 46).

Em decorrência disso, inexistem vantagens ou desvantagens individuais dos Estados a nortear a proteção dos direitos humanos, o que certamente influencia na interpretação desses tratados, pois legitimam a aplicação de métodos hermenêuticos *pro homine*. (RAMOS 2013, p. 46).

Diante da vastidão normativa de direitos humanos e de eventual colisão entre tais direitos, desenvolveu-se o “princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo”, que impõe aplicação da norma mais favorável ao indivíduo, independentemente da origem, de modo a evitar possíveis conflitos entre os diplomas internacionais e nacionais. (RAMOS 2013, p. 60).

Nesse passo, o ponto de equilíbrio é convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos TIDH’s, que resulta no fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais - escopo do neoconstitucionalismo – e evita eventual responsabilização internacional por violação de direitos humanos (SARMENTO 2015).

Isto porque inexistente substrato material para essa cisão entre a ordem jurídica interna, representada pelo Direito Constitucional, e a internacional, enquanto Direito Internacional dos Direitos Humanos, vez que ambas visam garantir maior proteção ao ser humano e, por isso, possuem o mesmo centro axiológico: a dignidade da pessoa humana.

A relação entre o direito interno e externo deve pautar-se por um monismo humanista. Assim, existe uma única ordem jurídica para reger a relação entre tais planos e a norma hierarquicamente superior é aquela mais favorável ao indivíduo, independentemente da origem normativa, vez que seu escopo é a proteção integral do ser humano (TOYODA 2012, p. 128-129).

A fim de sistematizar essa abordagem monista humanista do Direito, propõem-se os seguintes enunciados:

**O Constitucionalismo brasileiro** se comprometeu com o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos tanto por normatizar internamente o maior número de direitos humanos valorados à época da elaboração da Constituição de 1988 quanto por inserir cláusula de abertura àqueles previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (§2º, do art. 5º, da CR/88). E, portanto, **estabeleceu um rol não taxativo de direitos humanos no Texto constitucional**

**A prevalência dos direitos humanos** foi realçada expressamente no inciso II, do art. 4º da CR/88 e pela centralidade conferida a dignidade da pessoa humana (inciso III, da CR/88), assim como ao longo de todo o Texto constitucional: Preâmbulo, ADCT, art. 6º e ss. (Direitos Sociais) etc.

**O Direito Internacional dos Direitos Humanos converge para a garantia da proteção dos direitos humanos** e não mais de benefícios e do estabelecimento de obrigações entre os Estados, **suplantando a antiga “soberania ilimitada” que permeava o cenário jurídico de outrora**

A **ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos** pelos Estados **tem como escopo proteger os direitos dos indivíduos** e estabelecer deveres aos Estados contratantes. **No tocante ao Brasil**, a vinculação de suas políticas internas ao monitoramento dos órgãos internacionais, por meio da **ratificação de tratados, visa assegurar legitimidade para sua atuação**

**A clássica divisão proposta pelo Dualismo** (distinção entre direito interno e externo) **ou pelo Monismo** (uma única ordem jurídica com superioridade normativa do direito nacional ou direito internacional) **cede espaço para abordagem monista humanista**

**A perspectiva monista humanista** preceitua a existência de uma única ordem jurídica para reger a relação entre os planos internos e externo, assim como a norma hierarquicamente superior é aquela mais favorável ao indivíduo, independentemente da origem normativa, vez que tais planos têm como escopo a proteção integral do ser humano

**Inexiste conflito entre o Direito Constitucional**, assentado no postulado da supremacia da Constituição, **e o Direito Internacional**, pautado na superioridade das normas internacionais em face das normas internas - inclusive, das constitucionais -, **vez que ambos possuem o mesmo centro axiológico: a dignidade da pessoa humana.**

#### **4 O STATUS DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Contemporaneamente, a abertura do ordenamento jurídico pátrio às normas internacionais de direitos humanos ainda não alcançou o ápice de seu desenvolvimento em virtude da resistência dos Poderes Estatais em efetivarem tais direitos.

Isto porque, a partir de uma visão míope, enxerga-se uma cisão inconciliável entre o direito interno e o direito externo e, conseqüentemente, a prevalência de um sobre o outro.

Reflexamente, essa perspectiva é transportada para a relação entre os direitos humanos previstos no Texto constitucional e aqueles estabelecidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Assim, para o Poder Judiciário e o Poder Constituinte Derivado, o disposto na Constituição – com tinta de caneta brasileira – prevalece sobre o estabelecido no âmbito internacional e, posteriormente, incorporado no ordenamento pátrio.

Em face da abertura claramente proposta pela Constituição de 1988, inexistente argumentação jurídica abalizada para deixar de conferir superioridade normativa às normas internacionais sobre direitos humanos.

Contudo, para distorcer a realidade jurídica, através da jurisprudência nacional e de emenda constitucional, criou-se um tortuoso caminho para que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados gozem de estatuto constitucional.

Além do mais, para esses, é inimaginável – já que a visão há muito resta comprometida – que uma norma de direito humano, prevista em um tratado internacional se sobreponha, no caso concreto, a uma norma constitucional – de cunho do legislativo brasileiro.

Nesse panorama, aparecem 04 (quatro) teses sobre o status dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, que defendem: i) a equiparação à lei ordinária (legalidade); ii) a superioridade normativa desses em relação as leis infraconstitucionais e submissão às normas constitucionais (supralegalidade); iii) o estatuto constitucional de tais normas de direitos humanos (constitucionalidade); e iv) a eventual sobreposição da norma internacional em face da Constituição (supraconstitucionalidade).

Ao longo dos próximos tópicos, discorre-se sobre essas teses que ofuscam o real o objetivo do Direito, que é a proteção do ser humano, a despeito de qualquer óbice retórico que possa ser alegado, na tentativa de desesperada da manutenção de poderes estatais.

#### **4.1 STATUS LEGAL OU DE LEI ORDINÁRIA**

Para os adeptos da tese da legalidade, os tratados internacionais são recepcionados pelo ordenamento jurídico interno com status normativo de lei ordinária federal, após a observância de processo formal para sua incorporação (SEABRA; MAIA; PALACIOS 2011, p. 280).

Nesse viés, no ano de 1977, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. E, por conseguinte, concluiu que, em caso de conflito entre lei ordinária federal e tratado internacional, aplicava-se o critério cronológico para sua resolução (PIOVESAN 2013, p. 119).

Essa decisão contrariou o entendimento do STF que vigorava até a primeira metade do século XX, no sentido de que os tratados internacionais em geral eram dotados de valor supralegal. E, logo, não poderia uma lei ordinária revogá-los, tendo em vista sua superioridade hierárquico-normativa. (MOREIRA 2015, p. 290).

Contudo, naquela oportunidade, frisou-se que, diante do reconhecimento da paridade entre tais normas, deveria prevalecer a autoridade da norma mais recente, ainda que resultassem em descumprimento do compromisso internacional (PIOVESAN 2013, p. 119).

A norma posterior representaria a derradeira vontade do Congresso Nacional e a afronta de um compromisso internacional seria resultante da culpa de poderes políticos, que não caberia ao Judiciário remediar (PIOVESAN 2013, p. 120). Esse entendimento era o que mais se harmoniza com o momento político vivenciado pelo país: um regime ditatorial militar.

Além do mais, destaca-se o voto do Min. Rodrigues Alckmin, no qual expôs que a Constituição francesa de 1958 e a Constituição alemã de 1949 estabelecem a hierarquia supralegal dos tratados internacionais em relação à lei. E, ao revés, a Constituição brasileira não dispunha sobre a superioridade dos tratados em relação à lei (MOREIRA 2015, p. 289).

Nesse passo, diante da equiparação das normas internacionais às leis ordinárias federais, inaugura-se uma indiferença perante o descumprimento de tratados no plano internacional, com a correspondente autorização para que o Estado-membro viole dispositivos que se comprometeu de boa-fé a observá-los (PIOVESAN 2013, p. 120).

Esse posicionamento sempre foi rechaçado internacionalmente, tendo em vista a ausência de autorização para que o Estado-parte invoque disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado que aderiu de boa-fé (art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969).

O debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais se intensificou a partir da Constituição de 1988. No entanto, a Suprema Corte manteve a jurisprudência firmada sob o regime da “Constituição de 1969”, ao atribuir aos tratados que versavam sobre direitos humanos o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. (MAUÉS 2013, p. 215).

Essa postura do judiciário explicava porque os direitos humanos não ofereciam uma base de argumentação em juízo, apesar de constarem em diversos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (SEABRA; MAIA; PALACIOS 2011, p. 280).

No ano de 1995, o raciocínio da legalidade foi mantido no julgamento do HC 72.131-RJ. Nesse, analisava-se os reflexos da ratificação do Pacto de San José de Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro (STF, HC nº 72.131-RJ, p. 01-02, 1995).

Diante da relevância desse julgado, faz-se necessária a exposição dos principais fundamentos dos votos dos ministros, na tentativa de justificar a manutenção de entendimento contrário aos novos valores instaurados pela Constituição de 1988.

Inicialmente, esclareceu-se que a situação fática analisada era a legalidade da prisão civil do adquirente de veículo automotor, mediante contrato

de alienação fiduciária em garantia, em virtude do inadimplemento de algumas parcelas (MOREIRA 2015, p. 293).

Frisa-se, antes de adentrar no posicionamento de alguns ministros, que a Procuradoria Geral da República considerou a compatível a prisão civil do depositário infiel com a Constituição de 1988, apesar de entender que a hipótese de cabimento da prisão civil se não enquadrava no caso vertente. (MOREIRA 2015, p. 293).

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio defendeu que, no caso de Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia, a prisão civil não seria possível. Isso porque a incorporação da norma internacional com status legal derogaria o Decreto-Lei nº 911/69 em face de vedação contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto a essa modalidade de prisão (MOREIRA 2015, p. 293-294).

Em contrapartida, o Min. Moreira Alves argumentou que as normas emanadas do Direito Internacional são dotadas apenas de hierarquia legal e, por isso, não poderia uma norma de tratado internacional modificar o texto constitucional. Para o ministro, a referida Convenção não poderia revogar o Decreto-Lei 911/60, pois este diploma tem caráter especial em relação à alienação fiduciária em garantia (MOREIRA 2015, p. 294).

Destaca-se que ambos os ministros defendem da hierarquia legal dos tratados internacionais. No entanto, utilizam critérios diferentes para resolver o conflito entre tais normas. Para o primeiro, aplica-se o critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior) e o outro propugna que o critério aplicável deveria ser o da especialidade.

A primeira deixa as normas de direitos humanos ao alvedrio da vontade do Poder Legislativo brasileiro, que ora poderia entender por se vincular a sua proteção reconhecida internacionalmente, ora desrespeitá-las mediante a aprovação de leis em sentido contrário.

A outra transforma as normas internacionais de direitos humanos em método de integração normativa para suprir a existência de eventuais lacunas

no ordenamento jurídico pátrio, vez que as normas internacionais somente seriam aplicadas quando existisse um vácuo normativo no plano interno.

No mais das vezes, tais normas internacionais estabelecem contornos gerais da tutela da dignidade da pessoa humana. E, a par desses, devem os Estados criar instrumentos para maximizar a sua tutela de acordo com as particularidades nacionais.

No Brasil, sabe-se que a tendência seguida é a da hipertrofia legislativa, traduzida, inclusive, na introdução de inúmeros dispositivos na CR/88 que não são materialmente constitucionais. Portanto, existe uma farta legislação incidindo sobre vários aspectos da vida em sociedade.

Destarte, aplicar o critério da especialidade para resolver eventual conflito entre normas de direitos humanos e lei ordinária fatalmente acarretaria um total rebaixamento de seus comandos, vez que seriam, simplesmente, preteridas diante da existência de normas mais específicas.

Acrescenta-se que essa visão se enquadra naquela que não enxerga amplitude da carga principiológica dos direitos humanos, tratando-os como meras regras aderidas no plano internacional.

Nota-se, assim, forte traço do passado (assim, esperamos) legalista, que resultou na concretização de aberrações legislativas que autorizaram até mesmo o descarte de seres humanos.

Ainda na tese do status legal dos TIDH's, destaca-se o voto do Min. Celso de Melo que defendeu a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais em atenção ao princípio da supremacia constitucional, bem como rechaçou a tese da supralegalidade (MOREIRA 2015, p. 295).

Nessa direção, o restante da década de 90 foi marcado por julgados que consagravam o posicionamento anteriormente firmado, no sentido de autorizar a prisão civil por dívida no caso do depositário infiel: HC nº 71.097-2/PR -

13.02.1996; HC nº 72.183-4/SP - 23.02.1996; e HC nº 73.044-2/SP - 19.03.1996 (MOREIRA 2015, p. 296).

Além desses, destaca-se a decisão proferida na ADI 1.480-3/DF, cujo objeto era compatibilidade vertical da Convenção nº 158 da OIT com a Constituição Federal de 1988. Nessa, dentre os fundamentos acima apontados, acrescentou-se também a vedação de que tratados internacionais versem sobre matérias de domínio exclusivo de leis complementares (MOREIRA 2015, p. 296).

Com a virada do século XX para XXI, despontaram novas tendências, ainda que minoritárias, quanto à eventual mudança no quadro do relacionamento entre as normas nacionais e internacionais de direitos humanos no Brasil.

O Pleno do STF no julgamento do HC nº 79.785-7/RJ (29.03.2000) concluiu, majoritariamente, que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem foro constitucional, a despeito de sua previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e afastou a aplicabilidade de normas convencionais antinômicas em face da prevalência da Constituição (MOREIRA 2015, p. 297).

Nesse mesmo julgado, o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, reconheceu a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos TIDH's, divergindo da simples paridade normativa com lei ordinária (MOREIRA 2015, p. 297).

Por sua vez, o Min. Moreira Alves defendeu a constitucionalização de todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao advento da norma ordem constitucional, tendo em vista a cláusula de abertura introduzida pelo § 2º do art. 5º da CR/88 (MOREIRA 2015, 297).

Por fim, Min. Carlos Velloso interpretou, a partir da cláusula de recepção prevista no art. 5º, §2º da CR/88, que a Convenção Americana de Direitos Humanos é dotada de status constitucional e, por isso, o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental (MOREIRA 2015, p. 297-298).

A tese equiparação dos tratados internacionais, bem como dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, à lei ordinária federal

manteve-se até o ano de 2008 quando do julgamento do RE nº 466.343/SP, conforme será visto no próximo item.

A fim de sistematizar essa tese, expõem-se as seguintes notas enunciativas (MOREIRA 2015, p. 299-301):

<b>Fundamentos da tese</b>	<b>Contra-argumentos</b>
O Brasil deixou de adotar o monismo com prevalência do Direito Internacional, vez que o direito nacional prevalece sobre este	Impossibilidade de uma lei interna revogar um tratado internacional, pois os Estados somente se desvinculam de um compromisso internacional após a sua denúncia
O conflito entre as leis e tratados internacionais é resolvido pelos critérios cronológico ( <i>lex posterior derogat priori</i> ) e da especialidade	O Estado, ao se comprometer internacionalmente, deve abster-se de legislar contrariamente as normas emanadas do tratado internacional, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente
Inexiste previsão constitucional conferindo prevalência aos tratados internacionais sobre as demais normas do ordenamento	O §2º do art. 5º, antes mesmo da EC 45/2004, assegurou privilégio hierárquico de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos
A possibilidade de controle de constitucionalidade desses instrumentos normativos em face da Constituição (art. 102, III, 'b' da Constituição Federal de 1988)	O controle de constitucionalidade somente poderia ser exercido quando os TIDH's de violassem o núcleo duro da Constituição, já que são também normas constitucionais

A semelhança do processo de incorporação dos tratados internacionais com o de elaboração das leis ordinárias, notadamente quanto ao quórum de aprovação	O procedimento de incorporação dos TIDH's não afeta em nada o conteúdo protegido por tais normais, cuja incorporação visa ampliar o rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna
A soberania nacional	Ocorre uma relativização da soberania estatal quando da ratificação de um tratado internacional

Diante do exposto, verifica-se que a hierarquia conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos seguiu até o final do século XX aquela conferida aos tratados internacionais em geral. E, somente, no início do século XXI, os primeiros passos solitários foram introduzidos na marchada - que ainda persiste - da efetivação da proteção do ser humano, independentemente do plano jurídico em que se encontrem previstos.

#### **4.2 TESE DA SUPRALEGALIDADE**

A tese da supralegalidade dos Tratados de Internacionais não foi concebida recentemente pelo STF, como comumente se acredita. A prevalência das normas de Tratados Internacionais sobre normas de leis ordinárias já era adotada no início do século XX.

Especificamente, no ano de 1914, a Suprema Corte, ao decidir sobre o Pedido de Extradicação de nº 07/1913, considerou que um tratado continuaria em vigor no ordenamento ainda que fosse contrário a lei criada posteriormente (MOREIRA 2015, p. 283-284).

No caso específico, afastou-se aplicação da Lei nº 2.416/1911 - regulamenta a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos - frente ao anterior tratado celebrado entre o Brasil e o Império da Alemanha em 17.09.1877. Portanto, reconheceu-se a hierarquia supralegal dos tratados internacionais (MOREIRA 2015, p. 284).

Ainda, no ano de 1943, o STF manteve esse entendimento no julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS. Naquela ocasião, discutia-se a isenção de impostos e taxas aduaneiras incidentes sobre produtos importados do Uruguai (MOREIRA 2015, p. 284).

Indagava-se sobre a possibilidade de o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, celebrado em 25.08.1933 e promulgado pelo Decreto nº 23.710 de janeiro de 1934, poderia ser revogado por lei interna (MOREIRA 2015, p. 284).

A Suprema Corte decidiu pela prevalência do tratado sobre a lei interna, bem como permitiu seu controle de constitucionalidade, em virtude de que a responsabilidade do país em cumprir as obrigações previstas em um tratado somente terminaria com a denúncia desse instrumento (MOREIRA 2015, p. 284).

Em 1950, no julgamento dos Embargos em Apelação Cível nº 9.583/RS, o Pleno da Corte Suprema decidiu que uma lei posterior não poderia revogar um tratado internacional. O objeto de análise era o já mencionado Tratado de Comércio e Navegação (MOREIRA 2015, p. 284).

Decidiu-se, dessa vez, por unanimidade, que a promulgação de norma interna não ensejaria a denúncia de um tratado. Além do mais, os tratados seriam considerados leis especiais e, por conseguinte, não se sujeitariam às leis gerais de cada Estado, cuja finalidade é, justamente, a exclusão ou limitação dessas mesmas leis (MOREIRA 2015, p. 286).

Contudo, no ano de 1968, difundiu-se a tese da equivalência entre tratados internacionais e a lei interna. No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 4.663/SP (17.05.1968), o entendimento acolhido foi o da equivalência da

Convenção de Genebra (celebrada em 19.03.1931 e promulgada pelo Decreto nº 57.595, de janeiro de 1966) às normas elaboradas internamente (MOREIRA 2015, p. 286).

Nessa, levantou-se, novamente, o “velho argumento” de que a Constituição não continha norma expressa sobre a predominância do Direito Internacional. Apesar não ter sido a questão de fundo decidida, essa decisão principiou a ruptura do entendimento anteriormente predominante (MOREIRA 2015, p. 286).

Em sentido contrário, proferiu-se decisão no RE 71.154/PR, julgado pelo STF em 04.08.1971, que tratava da aplicação da Lei Uniforme sobre o Cheque adotada pela Convenção de Genebra (MOREIRA 2015, p. 286).

Em tal oportunidade, a decisão recorrida defendia que as convenções internacionais não poderiam modificar a legislação interna dos Estados-parte dada a necessidade de se repetir seu conteúdo em uma lei interna (MOREIRA 2015, p. 286).

Todavia, o STF decidiu pela desnecessidade de repetição do conteúdo de um tratado em uma lei interna, já que o processo de aprovação dos tratados obedece ao processo de elaboração das leis. (MOREIRA 2015, p. 287).

Conforme visto anteriormente, esse entendimento somente predominou até o ano de 1977 quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE.

Ainda que, após a promulgação da Constituição Federal, o STF continuava a sustentar – majoritariamente – a paridade entre tratados de direito humanos e legislação ordinária, equiparando todos os tratados quanto a este aspecto.

Já no século XXI, diante do latente descompasso entre ordem constitucional vigente e o entendimento do majoritário da Suprema Corte, bem

como de parte da doutrina nacional, iniciaram-se entendimentos minoritários no sentido de superar a tese anterior.

O então Ministro Sepúlveda Pertence, em obiter dictum, no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-RJ (29.03.2000), que versava sobre o duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu voto, defendeu que:

o problema – como frisado de início – ganhou cores mais fortes a partir da constituição de 1988, que deu realce específico, na sua Declaração de Direitos, às convenções internacionais a eles relativas (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p.13).

Para tanto, seria necessária, assim como deveria ter ocorrido quando dos julgamentos pelo Tribunal do HC nº 72.131 (23.11.95) e ADInMC nº 1.480 (25.9.96):

uma breve revisão da estatura e do alcance reconhecidos ao princípio do duplo grau de jurisdição, antes que, já sobre a égide do art. 5º, § 2º, da Constituição, a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica – a Convenção Americana de Direitos Humanos – desse novo colorido ao tema. (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p.07).

Nesse sentido, depois de argumentar que equiparar às leis ordinárias aos tratados indicados no art. 5º, §2º, da Constituição, acarretaria o esvaziamento de seu sentido útil, que, apesar de equívocos em seu enunciado, refletiu abertura “significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos” (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p.21).

Preliminarmente, alertou sobre a inexistência de certezas suficientemente amadurecidas e – acreditando- aproximar-se da linha desenvolvida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, atribuiu força supralegal às convenções de direitos humanos. Assim, defendeu sua aplicação direta e imediata e, se necessário, até mesmo, contra a lei ordinária, sem ferir a Constituição Federal, de modo ampliar ou especificar os direitos nele previstos (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p. 19).

Além disso, destaca-se, brevemente, que o Ministro Carlos Velloso, na mesma ocasião, sintetizou as vertentes “dos direitos e garantias” na ordem

jurídico-constitucional brasileira: a) aqueles expressos e dispersos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados; e c) dos tratados internacionais os quais a República Federativa do Brasil seja parte (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p.01).

E, portanto, os tratados de que o Brasil seja signatário, recebem *status* de “direitos e garantias fundamentais”, consagrados pela própria Constituição, desde que devidamente incorporados ao ordenamento pátrio (STF, HC nº 79.785-RJ, 2000, p.01).

Consoante visto anteriormente, esse posicionamento foi vencido e o STF continuou por conferir aos TIDH’s o mesmo tratamento dispensado aos tratados demais tratados ratificados pelo Brasil.

Em face dessa resistência do STF em conferir hierarquia diferenciada aos tratados de direitos humanos, os movimentos de direitos humanos tentaram, via emenda constitucional, a consagração da hierarquia constitucional desses tratados (RAMOS 2013, p. 155).

Assim, houve a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao artigo 5º, da CRB88, com a seguinte redação:

Art. 5º, §3º 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.

Contudo, a vagueza – proposital ou não - do enunciado foi recebida com pouco entusiasmo pelos defensores dos direitos humanos. Isto porque conduziu as seguintes consequências (RAMOS 2013, p. 155):

a) condicionamento da hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, ou seja, houve um aumento do quórum da aprovação congressional futura, o que tornou dificultosa sua incorporação;

b) ao usar a expressão “que forem”, sugeriu a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-emenda (os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum); e

c) nada mencionou quanto aos tratados anteriores à EC. n.º 45/2004.

Desta forma, as controvérsias sobre o status normativo dos TIDH permaneceram, e, pior ainda, intensificaram-se, pois novos posicionamentos foram introduzidos no debate já acalorado (RAMOS 2013, p. 155):

1) a inconstitucionalidade desse dispositivo por ter reduzido a hierarquia dessas normas;

2) a equiparação as emendas constitucionais somente daqueles aprovados pelo rito especial recém-criado;

3) a recepção formal daqueles preexistentes, considerados como dotados de estatuto constitucional; e

4) todos os tratados teriam estatuto constitucional, diferindo-se apenas no sentido daqueles que aprovados mediante o rito especial do art. 5º. §3º seriam material e formalmente constitucional e, portanto, não se sujeitariam a denúncia.

Apenas no ano de 2008, O Supremo Tribunal Federal - ciente da crescente necessidade de posicionar-se sobre tais controvérsias-, por unanimidade, negou provimento ao RE nº 466.343/SP e estendeu a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §7º).

Tal dispositivo proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, enquanto que a Constituição de 1988, art. 5º, LXVIII, excepciona a prisão civil por dívida aos casos do depositário infiel e do devedor de alimentos.

Nesse caso, a Suprema Corte conferiu prevalência aos direitos humanos, notadamente ao valor da liberdade em detrimento do valor da

propriedade. Todavia, quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos, houve divergência entre aqueles que defendiam o status constitucional desses tratados e os que conferiam caráter supralegal (PIOVESAN 2013, p. 133).

Naquela oportunidade, consagrou-se a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: i) natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; e ii) natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (RAMOS 2016, p. 377).

Logo, divergiu da cláusula de abertura constante no §2º do art. 5º, da CR/88, ao criar um modelo janicéfalo de incorporação de direitos humanos no plano interno, no qual normas de idêntico conteúdo axiológico recebem estatuto normativo diverso (LOUREIRO; SILVA 2016, p. 192).

A concepção desse modelo visou escapar de um indesejável e incontrolável processo de ampliação do bloco de constitucionalidade, assim como do “problema da adequada definição de quais são realmente os tratados de direitos humanos e do que terá hierarquia constitucional” – todo o tratado ou apenas as disposições que consagram direitos (SARLET 2017, p. 368-369).

Todavia, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, não havia mais como deixar de entender que a sua internalização no ordenamento jurídico tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante (STF, RE nº 466.343/SP, 2008, p. 26).

E, a fim de sair pela tangente entre os caminhos da ampliação do bloco de constitucionalidade e a eventual responsabilização internacional, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 466.343/SP, apregoou que os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico (STF, RE nº 466.343/SP, 2008, p. 20).

Para tanto, apontou como justificativa as lições do direito comparado: a Constituição da Alemanha (art. 25), Constituição da França de 1958 (art. 55), Constituição da Grécia de 1975 (art. 28) e o Reino Unido, por meio do “European Communities Act”, de 1972, que atribuem ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo legislativo (STF, RE nº 466.343/SP, 2008, p. 21-22).

Ademais, alegou que, no intuito de dar efetividade à proteção internacional dos direitos humanos nos planos internos e internacional, deve-se promover uma mudança quanto ao seu papel e adequá-los às realidades supranacionais, e, para tanto, seguiu a tese da supralegalidade (STF, RE nº 466.343/SP, 2008, p. 26).

Para os defensores desse estatuto, o § 3º, do art. 5º da CF/88 estabelece “uma limitação à margem liberdade de exegética oferecida ao julgador”, diante da incontestavelmente ausência de permissivo para que qualquer norma possa ser posta em paralelo à Constituição, salvo se aprovada pelo quórum especial exigido (SEABRA; MAIA; PALACIOS 2011, p. 287).

Desse modo, o legislador constitucional não estaria impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional (STF, RE nº 466.343/SP, 2008, p. 27).

Em síntese, expõem-se as seguintes notas enunciativas sobre algumas críticas tecidas em razão das consequências do estabelecimento dessa tese (MOREIRA 2015, p. 312):

CONSEQUÊNCIAS	CRÍTICAS
---------------	----------

<p>TIDH's não aprovados com <i>quórum</i> qualificado possuem valor supralegal; assim como eventual tratado sobre direito tributário, visto que esse gozaria de valor supralegal, nos termos do art. 98 CTN</p>	<p>Conferir status supralegal aos TIDH aprovados pelo rito simples se contrapõe a tendência atual do constitucionalismo global, vez que equipara os valores tutelados em um tratado sobre matéria tributária e aqueles que protegem direitos humanos</p>
<p>TIDH's aprovados com <i>quórum</i> qualificado pelo Congresso Nacional têm valor de Emenda Constitucional</p>	<p>Esse entendimento deixa de conferir efeito útil (<i>effet utile</i>) ao art. 5º, § 2º, da CF/88, bem como de acolher a tese que melhor se atenda ao princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da CR/88</p>
<p>A legislação infraconstitucional e atos normativos somente se submetem a eficácia paralisante dos TIDH's (incorporados pelo rito simples), vez que esses se situam acima das demais normas infraconstitucionais e abaixo das constitucionais</p>	<p>Houve a adoção de um bloco de constitucionalidade restrito, pelo que impede que os demais tratados sejam utilizados como vetores interpretativos de nível constitucional</p>
<p>A "soberania popular", representada pelo Congresso Nacional, deveria decidir se as normas internacionais de direitos humanos incorporadas teriam status de norma constitucional</p>	<p>O condicionamento ao quórum de qualificado para incorporação com status de emenda constitucional dificulta o processo de introdução dos TIDH's e desrespeita a superioridade normativa</p>

ou não, por meio de sua prévia ou posterior submissão ao rito especial.	inerente a sua matriz principiológica, a dignidade da pessoa humana.
---	--

A partir da adoção da tese da suprallegalidade, a Suprema Corte brasileira reconheceu a importância da convergência entre a proteção dos direitos humanos no plano interno e externo.

Porém, contraditoriamente, esquivou-se de eventual filtro internacionalista a ser aferido por Cortes supranacionais, reduzindo, sobremaneira, o bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, deixou ao alvedrio do Poder Legislativo a opção de conferir posição mais ou menos privilegiada às normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas ao ordenamento pátrio, a depender de sua boa vontade em seguir um qualificadíssimo rito para equipará-las às emendas constitucionais.

De igual modo, outrora - destaca-se: num período de extremo autoritarismo e no processo redemocratização – ao Estado era facultado revogar um tratado internacional mediante a edição de lei ordinária que lhe fosse contrária, bem como violar sistematicamente direitos humanos.

Percebem-se, assim, avanços e retrocessos afetos à hierarquia das normas internacionais de direitos humanos, tendo em vista que persistem tentames - ainda que indiretos - de fazer prevalecer na ordem jurídica pátria a vontade dos Poderes Estatais, embora em face de normas de proteção dos direitos humanos.

#### **4.3 ESTATUTO CONSTITUCIONAL**

Em que se pese o firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2008, persiste corrente doutrinária postulando a hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, independentemente do rito processual seguido.

Para os adeptos dessa linha de entendimento, o propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º, do artigo 5º da CR/88 é garantir a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção integrada ao plano jurídico interno, ao expressamente incluí-los no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos (PIOVESAN 2013, p. 113; TRINDADE 2006, p. 181).

Deveras, na Constituição de 1967, não havia qualquer alusão aos tratados internacionais sobre direitos humanos, apenas constava disposição de que a especificação dos direitos e garantias nela expressos não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 153, §3º).

Contudo, a inclusão de tais disposições na Constituição de 1998 objetivou a consagração dos direitos previstos nesses instrumentos ao elenco dos direitos constitucionais. Nesse sentido, destacam-se as palavras do redator da proposta de redação do §2º, do art. 5º, da CR/88:

resultou a disposição do artigo 5º, parágrafo 2º, de uma proposta que apresentei, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública do dia 20 de abril de 1987, tal como consta das Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados; têm, ademais, por força do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV) (TRINDADE, 2006, p. 180-181).

A constitucionalidade dessas normas decorre de interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, e, especialmente, dos parâmetros axiológicos que devem orientar a compreensão do fenômeno constitucional, lastreados na força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (PIOVESAN 2013, p. 113).

Para a minoria, representada pelo Min. do STF Celso de Mello, os TIDH's têm caráter materialmente constitucional e compõem o bloco

constitucionalidade brasileiro, ainda que aprovados antes da EC nº45/04. O parágrafo 3º do artigo 5º, da CR/88, somente atribuiu formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com fundamento nele e não retirou a hierarquia constitucional dos demais (MAUÉS 2013, p. 218).

Nesse viés, Flávia Piovesan propõe uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição (PIOVESAN 2013, p. 116): i) os direitos expressos na Constituição ao longo do Texto constitucional; ii) os direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil; e iii) os direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias e provenientes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Para os adeptos da tese da constitucionalidade, há uma perfeita harmonização desse estatuto com a ordem constitucional de 1988, em especial com o valor da dignidade humana, desde que observado o princípio da prevalência da norma mais favorável (PIOVESAN 2013, p. 122).

Nesse passo, aponta-se que seria adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º reforçasse expressamente a hierarquia constitucional de todos os TIDH's ratificados, assim como o fez o texto constitucional argentino ao conferir-lhes status constitucional (PIOVESAN 2013, p. 128).

Contudo, um olhar mais acurado enxerga os vestígios dos fatos que motivaram a ausência de menção expressa ao estatuto constitucional de tais direitos, reforçados pela tese da supralegalidade firmada pela Suprema Corte.

Percebe-se que tal dispositivo tentou inviabilizar a efetividade dos direitos humanos previstos em normas internacionais, especialmente, evitar o crivo supranacional em relação ao respeito de tais direitos pelos Poderes Estatais.

A despeito disso, alguns tentam espremer o limão e fazer uma limonada, ao entender que o quórum qualificado endossa essa natureza constitucional, vez que acrescenta lastro constitucional formal aos tratados ratificados e propicia a

'constitucionalização formal' desses direitos humanos. (PIOVESAN 2013, p. 128).

Para que esse entendimento prevaleça, no entanto, é imperiosa a adoção uma hermenêutica emancipatória, com a correspondência entre a hierarquia de valores e categoria das normas jurídicas ou até mesmo com a preponderância material - do bem jurídico - sobre a forma por ele vestida no plano jurídico-normativo, e jamais o contrário (PIOVESAN 2013, p. 129).

Desse modo, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais (§2º, do art. 5º, da CR/88), bem como cláusulas pétreas e não podem ser abolidos por emenda à Constituição (art. 60, §4º, da CR/88). Ademais, aqueles aprovados de acordo com o rito especial classificam-se formalmente como constitucionais, no nível das emendas constitucionais (PIOVESAN 2013, p. 138).

No entanto, embora não possam ser abolidos via emenda constitucional (art. 60, § 4º, da CR/88), os TIDH's materialmente constitucionais são passíveis de denúncia por parte do Estado signatário, com a devida observância das regras específicas para esses casos (PIOVESAN 2013, p. 139).

Ao revés, os tratados material e formalmente constitucionais não poderiam ser denunciados. Tal proteção não seria fruto da matéria que difundem, mas sim do grau de legitimidade popular que lhes foi conferido quando de seu processo de incorporação, de modo que teria ocorrido uma renúncia dessa prerrogativa de denúncia em face da 'constitucionalizado formal' do tratado (PIOVESAN 2013, p. 140).

Em suma, indicam-se os apontamentos propostos pela tese do estatuto constitucional e os seus respectivos fundamentos:

<b>APONTAMENTOS</b>	<b>FUNDAMENTOS</b>
---------------------	--------------------

<p>O catálogo de direitos constitucionalmente protegidos engloba os tratados sobre direitos humanos ratificados. Assim, esses também são cláusulas pétreas e não podem ser abolidos por emenda à Constituição (art. 60, §4º, da CR/88)</p>	<p>O escopo dos §2º e 1º, do art. 5º da CR/88 é a garantia da aplicabilidade direta e da intangibilidade da normativa internacional de direitos humanos incorporada ao plano interno, mediante a sua expressa inclusão ao elenco dos direitos fundamentais previsto no Texto Constitucional</p>
<p>Esse estatuto é o mais consoante com a ordem constitucional de 1988, desde que observado o princípio da prevalência da norma mais favorável ao ser humano</p>	<p>Esse entendimento decorre de uma interpretação sistemática e teleológica, e, notadamente, dos parâmetros axiológicos que devem nortear a compreensão do fenômeno constitucional: a força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais</p>
<p>O quórum qualificado (§3º, do art. 5º da CR/88) acrescenta lastro constitucional formal aos tratados ratificados e endossa a natureza constitucional dessas normas</p>	<p>A observância de rito para incorporação dos TIDH's idêntico ao seguido para aprovação de emenda constitucional propicia a constitucionalização formal desses direitos humanos</p>
<p>Os direitos humanos não podem sofrer limitações quanto à sua aplicabilidade, mediante fundamentos formalistas, pois o seu conteúdo valorativo permanece inalterado independentemente da classificação ou forma que se revestirem dentro dos ordenamentos jurídicos</p>	<p>Deve-se primar pela correspondência entre a hierarquia de valores e a hierarquia das normas, com a consequente a preponderância do bem jurídico sobre a sua forma no plano jurídico-normativo</p>

<p>Apenas os TIDH's ratificados pelo Brasil e incorporados pelo rito especial não são passíveis de denúncia</p>	<p>Esses TIDH's classificam-se material e formalmente como constitucionais, no nível das emendas constitucionais, e, em face de seu grau de legitimidade popular, houve abdicação da prerrogativa de denúncia em face da 'constitucionalizado formal' do tratado.</p>
---	---

Face ao exposto, a Suprema Corte brasileira permanece arraigada a embasamentos positivistas e distantes dos ventos que sopram a favor da garantia de efetividade dos direitos humanos, independentemente de sua fonte normativa, ao conferir status constitucional somente àqueles submetidos ao tortuoso quórum qualificado previsto no §3º, do art.5º, da CR/88.

Desse modo, os fundamentos levantados pelos defensores do estatuto constitucional- apesar de consistentes – não ensejaram uma mudança de mentalidade quanto ao posicionamento das normas internacionais de direitos humanos e à primazia dos direitos do ser humano em detrimento das vontades estatais.

#### **4.3 TESE DA SUPRACONSTITUCIONALIDADE**

Contemporaneamente, o debate centra-se no questionamento sobre como resolver uma antinomia entre a Constituição e um dispositivo de TIDH incorporado ao plano jurídico nacional, vez que a supremacia de tais normas sobre leis infraconstitucionais já é controversia superada, por meio da tese da suprallegalidade ou da constitucionalidade (TOYODA 2012, p. 116).

Nesse cenário, a tese da supraconstitucionalidade sustenta que os TIDH's prevalecem sobre as normas constitucionais, tendo vista que o ser humano passou a ser o principal sujeito de direito e a condição de referência para todas as ordens jurídicas, a partir do processo de internacionalização dos direitos do homem (TOYODA 2012, p. 117).

Os defensores dessa corrente doutrinária fundamentam a hierarquia supraconstitucional no princípio do *pacta sunt servanda*, da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e na supremacia do Direito, assim como na jusfundamentalidade dos Direitos Humanos e no caráter *jus cogens* dessas normas (MOREIRA 2015, p. 324).

O Estado, ao ratificar um tratado internacional, compromete-se a cumprir as obrigações nele pactuadas, com a observância dos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, nos termos do estabelecido na Convenção de Viena de 1969, em seu art. 26. E, desse modo, não poderiam alegar óbices internos – ainda que constitucionais – para descumprimento das normas pactuadas, conforme preceitua o art. 27 de tal Convenção. (MOREIRA 2015, p. 324).

Além desse, fundamenta-se essa tese na natureza das chamadas normas *jus cogens*, que detêm valor supraconstitucional, tendo em vista que são parâmetros basilares da comunidade internacional e servem de diretrizes para a validade do Direito (MOREIRA 2015, p. 325).

O *jus cogens* se encontra no centro do sistema jurídico internacional, assim como, no âmbito interno, estão em nível constitucional ou mesmo supraconstitucional. Tais princípios não admitem reservas e somente podem ser modificados por uma norma de igual natureza. Porém, os Tribunais nacionais desconsideram sua normatividade, principalmente, quando não estão positivados (MOREIRA 2015, p. 325; RAMOS 2013, p. 39).

Outro ponto indicado seria o de que garantia de direitos humanos consiste numa obrigação erga omnes, vez que esses protegem valores essenciais de toda a comunidade internacional, e como consequência gera o

direito por parte de todos os Estados da comunidade internacional de exigirem o seu respeito (RAMOS 2013, p. 46).

Para a concepção pós-modernista, alinhada ao 'diálogo das fontes', a superação das antinomias na aplicação de normas internacionais no âmbito interno é viabilizada mediante uma "coordenação da pluralidade de estruturas jurídicas e normatizações" (TOYODA 2012, p. 115).

A coexistência entre as normas emanadas da órbita externa e interna deve ter como fulcro de aplicação normativa os direitos humanos. Nessa proposta, a "dialogicidade" é "o meio de priorizar a maximização da efetividade dos direitos humanos a qualquer tempo, a despeito de conflitos normativos" (TOYODA 2012, p. 115).

Isso porque o Estado não é o único sujeito de Direito no plano Internacional e inexiste uma fonte única das normas jurídicas, a partir da superação da "soberania irrestrita", restando imperativa a adoção de uma abordagem monista (TOYODA 2012, p. 116).

Nessa conjuntura, surge a distinção entre os tratados de direitos humanos centrífugos e os centrípetos em paralelo com a divisão metodológica entre os sistemas de proteção dos direitos humanos: Sistema Universal ou Onusiano e Sistema Regional.

Os primeiros regem relações jurídicas de Estados ou de indivíduos com a chamada jurisdição global, de modo que retiram esses sujeitos dos limites de seu território/jurisdição/centro e, portanto, têm *status* supraconstitucional (GOMES; MAZZUOLI 2009, p. 16-17).

As normas que estabelecem a existência de crimes internacionais, previstas no Estatuto de Roma, expressamente, dirigem-se a essa tendência mundial de tratamento supranacional de determinados delitos, para conferir fundamental proteção aos direitos humanos, bem como seu caráter *erga omnes* (MOREIRA 2015, p. 326).

Por sua vez, os tratados centrípetos cuidam das relações dos indivíduos ou do Estado no plano doméstico, por exemplo, cita-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tais instrumentos internacionais e as Constituições têm objeto idêntico em matéria de direitos humanos e, por isso, não possuem valor supraconstitucional (GOMES; MAZZUOLI 2009, p. 16-18).

As antinomias entre tais normas são resolvidas pela aplicação de princípios específicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e não pelos métodos tradicionais de solução de conflitos. E, assim, a existência de regra mais favorável ao gozo dos direitos humanos prevista num tratado centrípeto seria a exceção a essa equivalência, vez que a norma mais benéfica assumiria caráter supraconstitucional (GOMES; MAZZUOLI 2009, p. 17).

Destaca-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já exerceu controle das normas constitucionais a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, no caso *La última tentación de Cristo*. Nesse, entendeu-se que uma norma constitucional violava tal Convenção, o que acarretou a responsabilidade internacional do Estado do Chile (MOREIRA 2015, p. 326).

No tocante ao cenário nacional, houve a sua condenação do Estado brasileiro no caso *Gomes Lund vs. Brasil* submetido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para a Corte, o país não observou normas de jus cogens contidas na citada Convenção quando manteve a validade de lei que concedeu anistia aos agentes do regime militar que perpetraram graves violações de direitos humanos, por meio de jurisprudência consolidada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (CIDH, CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL, 2010, p. 01-08).

Naquela oportunidade, reiterou-se que as Constituições nacionais e as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas ou ainda alteradas para se harmonizarem com a Convenção e com a jurisprudência de tal Corte. Nesses termos, essa Convenção é equivalente a uma Constituição supranacional, com fundamento na supremacia dos Direitos Humanos (CIDH, CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL, 2010, p. 01-08).

Para fins de melhor compreensão da tese da supraconstitucionalidade, elencam-se os seguintes conceitos:

**Tese da Supraconstitucionalidade:** os normativos internacionais de direitos humanos prevalecem sobre as normas constitucionais, vez que a condição de referência para todas as ordens jurídicas e o principal sujeito de direito é o ser humano

**Fundamento da observância dos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*:** A ratificação de um tratado internacional implica no cumprimento das obrigações nele estipuladas, a despeito de qualquer alegação de óbice interno para o seu descumprimento

**Fundamento da natureza das normas *jus cogens*:** Os princípios *jus cogens* são parâmetros balizares da comunidade internacional, que servem de diretrizes para a validade do Direito, inadmitem reservas e somente são modificadas por norma de igual natureza

**Fundamento da obrigação *erga omnes*:** os valores protegidos em normas internacionais de direitos humanos protegem valores essenciais da humanidade e, por isso, todos os Estados da comunidade internacional podem exigir seu respeito

**Dialogicidade para maximização da efetividade dos direitos humanos:** a coexistência entre as normas emanadas da órbita externa e interna com escopo de garantir aplicação normativa dos direitos humanos

**TIDH centrífugo:** disciplina relação de Estados ou de indivíduos com a chamada jurisdição global, retirando-os dos limites de seu território/jurisdição/centro, para conduzi-los ao sistema universal de proteção dos direitos humanos, e, por isso, detêm estatuto supraconstitucional

**TIDH centrípeto:** cuida das relações com os indivíduos ou do Estado no plano doméstico e, por ter o mesmo objeto em matéria de direitos humanos que as Constituições, não possuem valor supraconstitucional

**Exceção à regra da constitucionalidade do TIDH centrípeto:** a existência de regra mais favorável ao gozo dos direitos humanos prevista num tratado centrípeto, vez que a norma mais benéfica assumiria caráter supraconstitucional em decorrência da aplicação do princípio da vedação do retrocesso e do princípio internacional *pro homine*

Nota-se que há um descompasso entre o entendimento das Cortes internacionais e nacionais sobre eventual sobreposição dos instrumentos internacionais de direitos humanos em face da constituição.

Por um lado, as Cortes internacionais caminham no sentido de conferir supraconstitucionalidade as normas internacionais de Direitos Humanos e, de outro, os Tribunais nacionais prendem-se a Supremacia das Constituições estatais.

Como ponto de convergência, há uma abordagem que pressupõe a existência de relação harmoniosa entre o direito nacional e o internacional, que desmascara a falaciosa cisão entre tais planos jurídicos, criada para legitimar discursos de manutenção de poder, ainda que tal postura prejudique a garantia de efetividade dos direitos humanos.

## 5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos são normas que visam a garantia da proteção integral do ser humano em face, principalmente, do Poder Estatal. Alicerçados no postulado maior de respeito à dignidade da pessoa humana gozam de oponibilidade *erga omnes* para tutelar os mais elevados valores construídos pela comunidade internacional, como produto de lições pungentes obtidas no curso do processo civilizatório.

No entanto, a concretização de tais direitos é obstaculizada pela postergação do reconhecimento de sua altíssima carga valorativa e consequente disposição dos Poderes Estatais em propiciar a sua máxima efetividade.

Semelhantemente ao que ocorreu com os direitos humanos, normatizados pelo punho brasileiro, com caneta e em solo nacional (leia-se: pelo Poder Constituinte Originário), os direitos previstos em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, sofrem resistência quanto ao seu processo de efetivação.

Esse processo é marcado – pela ausência de vontade – de poderes circunstanciais em observar preceitos que foram constitucionalmente estabelecidos no Texto da Constituição de 1988 (sim, também com apetrechos e em solo nacional, conforme prevê a cláusula de abertura instituída pelo §2º, do art. 5º), pois os ventos que sopram hoje são diferentes daqueles que sopraram no período pós-ditadura militar.

Essa postura denota que, atualmente, para os Poderes Estatais, não é mais interessante submeter-se ao monitoramento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, porque isso implica na limitação de seu arbítrio.

Assim, desperdiça-se muito tempo e recursos materiais para sustentar essa postura, tendo em vista que, no discurso e no papel, reconhece-se a superioridade valorativa dos direitos humanos e o imperativo de sua proteção.

Nesse ambiente, surgem teses com os mais variados fundamentos para tentar harmonizar – não a ordem jurídica interna com a externa– mais a conservação do poder e a vinculação no plano nacional e internacional ao comando do respeito a tais direitos.

Portanto, verifica-se que as controvérsias sobre a hierarquia dos TIDH's ratificados pelo Brasil, a cisão entre o Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como o conflito entre a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, são artifícios utilizados para desviar o foco da tentativa de manutenção de poderes estatais,

que, conseqüentemente, afastar-se do postulado maior de tutela integral da pessoa humana

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** *In:* Revista Jus Navigandi. Teresina, PI, n.851, p.01/02, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em 21.03.2018

BITTAR, Eduardo C.B. **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado da pós-modernidade.** *In:* PEDROSO, Antônio Carlos et.al; FERRAZ, Ana Cândida da Cunha Ferraz. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização.* Osasco: Edifício, 2006.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 72.131/RJ**, p. 01-02, 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>> Acesso em 21.03.2018.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 79.785/RJ**, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 07-21, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em 21.03.2018.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 79.785/RJ**, Voto do Ministro Carlos Veloso, p. 01-05, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em 21.03.2018.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**, Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 01-59, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 21.03.2018.

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

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gomes Luns e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Voto Fundamentado do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, com Relação à Sentença da Corte Interamericana de Derechos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil, p. 01-08, 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em 21.03.2018

FONTENELE, Maia Alysson. **Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º d o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - UFSC, Florianópolis. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/90340/251807.pdf?sequence=1>>. Acesso em 21.03.2018.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou Supraconstitucional?** *In*: Revista de Direito, São Paulo, v. XII, n. 15, p. 07-20, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.mpam.mp.br/images/stories/895-2623-3-PB1.pdf>>. Acesso em 21.03.2018.

JATENE, Karina Kassis dos Reis. FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. **A Específica Interpretação da Constituição e dos Tratados Internacionais em Prol das Liberdades e de Outros Direitos Humanos**. *In*: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 20, p. 39-55, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/3/2>>. Acesso em 21.03.2018.

LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. BRITO, Silvia Maria da Silva. **O Modelo Janicéfalo de Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição: As perplexidades da Validade e da Aplicabilidade do Novo Parágrafo 3º do artigo 5º**. *In*: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, CE, v. 9, n. 9, p. 193-208, jul. 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/147>>. Acesso em 21.03.2018.

MAUES, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional.** *In:* Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, V. 10, n. 18, p. 215-235, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>>. Acesso em 21.03.2018.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. **Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito.** *In:* Revista de Direito Público. Londrina, PR, v.2, n. 3, p. 119-136, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11367/10176>>. Acesso em 21.03.2018.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal: EDUFRN, 2015.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional Cosmopolita: Nem provincialismo constitucional, nem imperialismo internacional.** 2015. *In:* Blog JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interpretacao-constitucional-cosmopolita-14042015>>. Acessado em 21.03.2018.

SEABRA. Robert de Alcântara Araripe. MAIA. Clarissa Fonseca. PALACIOS. Mario Henryke Guerrero. **A Constituição e a Supralegalidade de Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: Uma Análise Crítica das Causas, Juridicidade e Consequências.** Constituição, Economia e

Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba/PR, vol.3, n.5, p. 274-302, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista6/revista6.pdf>>. Acesso em 21.03.2018.

TAMADA, Marcio Yukio. **Princípios e regras: diferenças. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11088](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11088)>. Acesso em 21.03.2018.

TOYODA, Hisashi. **Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais e Direito Interno: O Diálogo das Fontes e a Ética das Virtudes**. In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre/RS, v. 27, n. 2, p. 95-132, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/8ba5902f997d06f46dc57e6fe5184cdd.p>>. Acesso em 21.03.2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Resenha: Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. In: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, V. 7, n. 7, p. 179-183, jun. 2006/2007. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/download/101/105/>>. Acesso em 21.03.2018.