

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ FERNANDO ARAUJO JUNIOR

NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADES DE HIERARQUIA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CURITIBA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ FERNANDO ARAUJO JUNIOR

NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADES DE HIERARQUIA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito, tendo
como orientador o Prof. Dr. Daniel
Wunder Hachem.

CURITIBA

2015

Dedico o presente trabalho a meus pais, meu irmão, meus amigos e meus mestres – em especial, ao prof. Daniel, que com seu auxílio tornaram aquele sonho parte da minha história.

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ FERNANDO ARAUJO JUNIOR

NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADES DE HIERARQUIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. DANIEL WUNDER HACHEM
Orientador
Faculdade de Direito
Setor de Ciências Jurídicas
Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a ENEIDA DESIREE SALGADO
Primeiro Membro
Faculdade de Direito
Setor de Ciências Jurídicas
Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER
Segundo Membro
Escola de Direito
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

RESUMO

O presente trabalho busca resolver questões acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Com o fenômeno da humanização do direito internacional, é possível reconhecer um aumento exponencial na relevância das normas de direitos humanos. Assim, necessárias se fazem algumas indagações a respeito da hierarquia destas normas dentro do direito interno e sua relação com outras normas. Atualmente a matéria é tratada nas fronteiras jurídicas brasileiras partindo-se da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal no REExt 466.343-1/SP, que entendeu que as normas de direitos humanos, advindas de tratados internacionais, podem ser dotados de hierarquia constitucional ou supralegal/infraconstitucional, de acordo com o quórum adotado no processo de aprovação legislativa do tratado. Defender-se-á que a hierarquia constitucional é a mais adequada, partindo-se do texto da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como de orientações doutrinárias do direito internacional e constitucional, lançando-se mão de experiências do direito comparado. Por fim, algumas notas serão trazidas acerca da teoria que defende a existência de normas de *status* supraconstitucional, compostas pelo denominado *jus cogens*.

Palavras chave: Normas de direitos humanos. Hierarquia normativa. Status supralegal. Status constitucional. Supraconstitucionalidade.

ABSTRACT

The current work intends to solve some questions about human rights norms hierarchy in Brazilian Law. The humanization of the international Law is a phenomenon through which the human rights are having an exponential increase in its importance. Consequently, some inquiries must be done, among which are the ones that involve the hierarchy in internal Law and its relations with others domestic rules. Nowadays, in Brazil's juridic borders, this theme is dealt with the determinations given by the Brazilian Supreme Court, in the decision of the trial REExt 466.343-1/SP. The Court emphasized that the human rights norms, arisen from international treaties, may have two different hierarchies, depending on the quorum adopted in the legislative approval process of the treaty: "supralegal/infraconstitutional" hierarchy or "constitucional" hierarchy. The following ideas will defend that the interpretation given by the Supremo Tribunal Federal is wrong and that the most accurate position to be taken is the one that recognizes the "constitucional" hierarchy of all human right norms, if kept in mind the text of Brazil's Constitution, as well as the constitutional and international Law doctrinal guidelines, resorting the experience of other nations. Lastly, some words will be given about the theory that supports the existence of norms provided with "supraconstitutional" status, composed by the so called *jus cogens*.

Keywords: Human rights norms. Normative hierarchy. Supralegal status. Constitucional status. Supraconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 8
CAPÍTULO I - A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	p. 10
1.1 <i>Breve contextualização do momento histórico do direito internacional dos direitos humanos.....</i>	p.10
1.2 <i>A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	p.13
1.3 <i>A hierarquia normativa das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.....</i>	p. 19
1.4 <i>Status constitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e os direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.....</i>	p. 23
CAPÍTULO II – A TESE DO STATUS CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS ADVINDAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS	p.28
2.1 <i>Críticas à tese da supralegalidade/infraconstitucionalidade, dada pela orientação do Supremo Tribunal Federal.....</i>	p.28
2.2 <i>A tese da constitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais sobre direitos humanos.....</i>	p. 31
2.3 <i>A problemática trazida pela introdução do §3º ao art. 5º, da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45/2004.....</i>	p. 40
2.4 <i>A hierarquia constitucional das normas de tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade no Brasil.....</i>	p.43
2.5 <i>A experiência do direito comparado latino americano sobre a hierarquia das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos.....</i>	p.47
CAPÍTULO III – ALGUMAS NOTAS SOBRE A TESE DA SUPRA-CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DE DIREITOS HUMANOS.....	p. 50
3.1 <i>A tese da supraconstitucionalidade dos direitos humanos.....</i>	p.51
3.2 <i>Supraconstitucionalidade e do universalismo.....</i>	p.56
3.3 <i>Constituições que adotam modelo aproximado à tese da preeminência do direito internacional dos direitos humanos.....</i>	p. 58
3.4 <i>A supraconstitucionalidade e o direito brasileiro.....</i>	p. 60
CONCLUSÃO.....	p. 62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p. 65

INTRODUÇÃO

Um dos resultados do modo de viver das sociedades contemporâneas é a complexificação cada vez mais acentuada das relações entre os indivíduos, entre os Estados, entre o indivíduo e o Estado e entre os indivíduos e os Estados, com seus reflexos patentes no mundo jurídico. É neste contexto que os direitos humanos, os direitos mais essenciais da proteção do ser humano na comunidade internacional, ganham lugar de destaque.

Os questionamentos que nascem sobre o tema são inúmeros. Seu nascimento, sua legitimidade, seu conteúdo, sua relação com o direito interno. E, para buscar resposta a alguns destes questionamentos, se produziu o presente trabalho monográfico.

A questão da hierarquia das normas de direitos humanos quando passam a integrar o ordenamento jurídico interno apresenta-se com bastante relevância. Por um, a possibilidade de existência de conflitos normativos entre tais normas e previsões normativas internas. Por dois, os posicionamentos sobre o assunto ainda dividem jurisprudência e doutrina. Por três, existem debates que entendem que algumas normas de direitos humanos estão em patamar normativo superior à Constituição.

O desenvolvimento destas ideias partirá do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento do REExt 466.343-1/SP, que foi um marco bastante importante para a consolidação da matéria no Brasil. Far-se-ão as críticas possíveis a este entendimento, que advoga a existência de duas hierarquias para os tratados internacionais de direitos humanos, conforme o quórum de aprovação, e se passará à análise mais detida da posição que se entende a mais adequada, segundo a qual os direitos humanos são normas dotadas de hierarquia constitucional. Tal conclusão será firmada a partir do próprio texto constitucional brasileiro, bem como das lições do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos contemporâneos.

Para tanto, lançar-se-á mão da interpretação clássica, com os métodos literal, histórico, teleológico e sistemático. Também serão de grande importância para a defesa do ponto de vista aqui adotado as teorias fruto do

novo constitucionalismo, como o princípio da máxima efetividade e da unidade da Constituição e a metódica constitucional estruturante.

Ainda será de relevância o direito comparado, trazendo contribuições acerca da experiência de outros países, principalmente aqueles que fazem parte da América Latina.

Sobre o tema, abordar-se-á a questão do controle de convencionalidade, que no Brasil é bastante incipiente, contudo em outros países já é instrumento de exercício democrático.

Por fim, será abordada a tese da existência de normas de direitos humanos de hierarquia supraconstitucional. Trata-se de uma teoria que ganhou terreno com os debates acerca da configuração da ideia contemporânea de soberania e veio tomando espaço através de doutrinadores internacionalista ao tratarem, principalmente, das normas de *jus cogens*. Serão analisadas decisões de tribunais internacionais e constituições de outros Estados que, de determinado modo, dialogam com essa ideia.

Nestes termos, buscar-se-ão respostas e esclarecimentos para a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, para que os direitos humanos possam exercer sua máxima efetividade no Direito brasileiro.

CAPÍTULO I - A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preliminarmente ao desenvolvimento de um trabalho acerca da hierarquia das normas de direitos humanos¹ veiculadas em tratados internacionais, dentro da fronteira jurídica brasileira, necessária se faz menção ao processo de humanização² do direito internacional³, ainda que a breve trecho, eis que possibilita o conhecimento de alguns contornos teóricos para o desenvolvimento do tema. Em seguida, verificar-se-á qual o procedimento para a internalização destes tratados internacionais, bem como qual o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia normativa destas normas veiculadas por estes documentos.

1.1 Breve contextualização do momento histórico do direito internacional dos direitos humanos

Durante a chamada era clássica do direito internacional, que compreende o período entre o Pacto de Vestfália (1648) até a criação da Organização da Nações Unidas (1945), vigorava na comunidade internacional a ideia de que apenas os Estados eram sujeitos capazes para atuar no cenário internacional. As teorizações acerca dos princípios que deveriam reger este direito internacional clássico culminaram nas seguintes máximas:

¹ Impende, de pronto, deixar clara a posição que será adotada neste trabalho relativamente às denominações direitos humanos e direitos fundamentais. Apesar de parte da doutrina não adotar diferenciações entre as duas terminologias, a linha teórica que aqui será tomada, tendo como norte o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, leciona que direitos humanos dizem respeito aos direitos mais essenciais dotados de conteúdo axiológico, historicamente construídos e positivados em documentos internacionais. Já os direitos fundamentais seriam, também, aqueles dotados de profundo sentido axiológico positivados, entretanto, em textos constitucionais. Ainda, os direitos humanos são mais amplos e imprecisos, (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12^o Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 27-35).

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11^o edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 115.

³ Esse processo de humanização do direito internacional faz parte do que se denominou direito internacional pós-moderno, conceito que abarca ainda a minimização da violência, desenvolvimento das instituições internacionais e a divisão mais equitativa de recursos entre os países. (ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20^a edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249-250).

igualdade jurídica entre os Estados no plano internacional⁴ e soberania absoluta de todos os Estados Nacionais.⁵

A premissa de que a efetivação desses princípios levaria à paz internacional, contudo, não foi confirmada.⁶ As duas grandes Guerras Mundiais vieram provar a falibilidade desse sistema.

Após a destruição causada pela 1ª Guerra Mundial, pairou sobre a comunidade internacional uma forte pressão moralizadora, vindicando um maior controle das atitudes dos Estados.⁷ Como alternativa ao *status quo* de então, a comunidade internacional começa a alterar sua configuração estatalista, possibilitando que outros entes atuassem neste plano.^{8 9} Criada no Tratado de Versalhes, a Sociedade das Nações foi uma instituição com vocação universal, calcada no “equilíbrio entre os interesses das grandes e pequenas potências”¹⁰, instituindo instâncias de solução de controvérsias e conflitos, mediante arbitragem e judicialização. No entanto, não havia expressa vedação ao uso da força.¹¹

Como a história conta, a Sociedade das Nações não foi capaz de conter os avanços de discursos beligerantes e interesses escusos. A 2ª Guerra Mundial alçou a ideia de conflito internacional a outro patamar, retomando, em níveis extremados, os projetos colonizatórios de subjugação de povos considerados inferiores, bem como fornecendo à raça humana instrumentos suficientes para a destruição da vida na face da Terra.

⁴ ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual...**, p. 90.

⁵ No caso da soberania absoluta dos Estados Nacionais é importante ressaltar que tal concepção só veio a finalmente se estabelecer plenamente no século XIX com as contribuições teóricas hegelianas (MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º Volume. 15ª edição. Rio de Janeiro:Renovar, 2004, p. 365)

⁶ Veja-se que o Pacto de Vestfália (tratados de Munster e Osnabruck) foi o meio jurídico através do qual pôs-se fim à Guerra dos Trinta Anos, que devastara grande parte da Europa ocidental da época.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos ...**, p. 117.

⁸ A Profª. Flávia Piovesan afirma que o Direito Humanitário foi “a primeira expressão, no plano internacional, a limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”. (Idem, p.116).

⁹ De acordo com o professor José Cretella Neto o nascimento do Direito Internacional pós-moderno tem como fator de destaque a admissão, pelo Direito Internacional, da existência de novos sujeitos de direito dotados de personalidade jurídica de Direito Internacional, observada desde o início do século XX, em decorrência da insuficiência dos Estados para lidar com a complexidade da sociedade internacional. (NETO, José Cretella. **Teoria geral das organizações internacionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 13.)

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos....**, p. 28.

¹¹ Idem, *ibidem*.

Esses dois conflitos tiveram como produto, além dos desastres materiais e da reconfiguração geopolítica, aquilo que Hannah Arendt denominou de refugio da terra: rotulados como párias sociais, alguns indivíduos perdiam a condição de cidadão, ao mesmo tempo em que deixavam de ser titulares dos direitos mais básicos a sua dignidade.¹²

Os horrores criados por esta nova catástrofe tiveram grande impacto na transformação do direito internacional, dando o gérmen de sua configuração atual.¹³

Neste contexto, de reafirmação de valores e direitos fundamentais, assim como no intuito de manter a paz e segurança internacionais, foi criada a Organização das Nações Unidas, em 1945.¹⁴ Na estrutura desta organização encontram-se órgãos e mecanismos exclusivos à proteção dos direitos humanos, tal como a originariamente concebida Comissão de Direitos Humanos, posteriormente foi transformada no Conselho de Direitos Humanos.

Nesta mesma esteira, em 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja criação ficara sob incumbência da Comissão de Direitos Humanos.¹⁵ Este documento é uma manifestação em âmbito internacional de retomada dos princípios fundamentais da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os seres humanos,¹⁶ mesmo que inicialmente ela possuísse tecnicamente o *status* de recomendação.¹⁷

¹² ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Disponível em : <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em 15/04/2015.

¹³ Fábio Konder Comparato argumenta que “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 226)

¹⁴ É o que estabelece o preâmbulo da Carta: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”.

¹⁵ Conforme disposto nos artigos 55 e 68 da Carta das Nações Unidas.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 238.

¹⁷ Necessário explicitar que esses documentos, as Declarações, não são idênticos aos tratados internacionais, principalmente em razão de seu processo criador. Teoricamente alguns autores as denominam como *soft law* ou *droit doux*. O que de maneira alguma retira-

Ainda, com o fito de desenvolvimento mais pormenorizado dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembleia Geral da ONU adotou em 1966 dois Pactos, que davam maiores contornos à proteção da pessoa humana: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Além desse sistema de proteção universal dos direitos humanos, a terceira fase da “Era dos Direitos”¹⁸ delineou sistemas também no plano regional.¹⁹ Assim, nesses dois âmbitos, ocorreu uma intensa produção de tratados internacionais de direitos humanos.

Como característica da transformação do direito internacional do início do século XX, pode-se verificar que, estruturalmente, fez-se imperioso o reconhecimento de que a soberania absoluta, característica dos Estados Nacionais, deveria ser objeto de contenção. Ora, foi em razão de uma hiperextensão de soberanias que ocorreram as duas Grandes Guerras.

Desta forma, o Estado Nação, ao adotar um valor fundamental, juntamente com a sociedade internacional e em detrimento do exercício pleno de sua soberania, acolhe o aparato internacional, juntamente com as

lhes a juridicidade. Fábio Konder Comparato, entretanto, verifica que a Declaração universal dos direitos humanos, por veicular princípios e costumes, tem força de norma imperativa de direito internacional geral (*ius cogens*), havendo, argumenta, a Corte Internacional de Justiça utilizado tal declaração como parâmetro normativo para deslegitimar atuações de determinados Estados. (COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 239). Neste mesmo sentido, Flávia Piovesan reconhece a Declaração universal dos direitos humanos como um dos instrumentos jurídico-políticos mais importantes do século XX, atuando hodiernamente como parâmetro internacional de proteção dos direitos humanos, assim como orientação às ordens constitucionais dos Estados. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos ...**, p. 151.)

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹⁹ O prof.^o Valério Mazzuoli menciona a existência de três sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado em 1948, por intermédio da Carta da Organização dos Estados Americanos, e tem como órgãos mais importantes na proteção dos Direitos Humanos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Sistema Europeu de Direitos Humanos foi criado em 1950, por meio da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e tem como principal órgão a Corte Europeia de Direitos Humanos. O Sistema Africano de Direitos Humanos foi criado em 1981, com a adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, tendo como principais órgãos a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Mazzuoli ainda afirma a existência de uma proclamação de Direitos Humanos para o mundo árabe-islâmico, contudo não se pode falar que regionalmente exista um sistema. A tempo, Mazzuoli argumenta que no continente asiático não existe sequer expectativa de conclusão de uma convenção regional ou sub-regional de Direitos Humanos. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano**. Coleção Direito e Ciências Afins, volume 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

obrigações dele decorrentes, passando a aceitar normatividade, monitoramento e fiscalização internacionais.²⁰

Em segundo lugar, esse novo momento do Direito Internacional é evidenciado ainda pelo fortalecimento das Organizações Internacionais e pelo reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e deveres no palco internacional.^{21 22} A interestatalidade reinante dá lugar a uma sociedade internacional plurissubjetiva,²³ reconhecendo-se às Organizações Internacionais e aos indivíduos a qualidade de sujeitos de direito, tendo como prisma e escopo a proteção do humano, que, afinal, é fundamento e fim de qualquer ordenamento jurídico.²⁴

Neste contexto, é dentro do direito internacional que os problemas que envolvem o futuro da humanidade serão resolvidos. Não apenas a proibição da guerra, a penalização de crimes contra a humanidade, como também a efetivação do princípio da igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a defesa do meio ambiente.²⁵ Isso em decorrência do caráter global destas questões, impulsionado pelo fenômeno da globalização.

Impende ainda ressaltar que essa renovação do direito internacional reconhece aos indivíduos não apenas direitos e deveres, dispostos em diversos documentos, que lhes são atribuídos diretamente no plano

²⁰ A Prof^a. Flávia Piovesan afirma que o Estado passa a consentir no controle e na fiscalização internacional, contudo a ação internacional é sempre suplementar, constituindo-se como instância adicional de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 82 e 83).

²¹ O Direito Internacional Humanitário já vinha direcionando-se no sentido de proteção do ser humano, desde a passagem do séc. XIX ao XX. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os indivíduos como sujeitos do direito internacional. *In*. RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (Coord.). **Direitos humanos: evolução, complexidades e paradoxos**. Volume I. Curitiba: editora Juruá, 2014, p. 23).

²² Pequena parte da doutrina, representada principalmente por Francisco Rezek, defende que os indivíduos não compõem o rol dos sujeitos de direito internacional. (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 182.)

²³ A Prof^a. Flávia Piovesan trata da existência de uma sociedade civil internacional, composta, além dos indivíduos, também pelas organizações não governamentais, que hoje vem tendo grande papel na exposição de situações em que se verificam violações de direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. **Temas...**, p. 83).

²⁴ Neste sentido Cançado Trindade afirma que não há qualquer fundamento de direito internacional que impeça o indivíduo de tornar-se sujeito do *law of the nations* e de tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. Cit.*, p.32)

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 51.

internacional, mas também sua capacidade processual, o que lhe possibilita postular perante alguns tribunais internacionais, por eventuais violações de direitos consagrados na própria ordem jurídica internacional.²⁶

Esse estágio, em que se desenvolveram intensamente os direitos humanos, ensejou, ainda, a evolução do *human rights approach*, consolidado em 1986, com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Essa concepção tem como conceitos fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno e, como premissa, a posição teórica de que os direitos humanos compõem um único subsistema jurídico, sendo indivisíveis e interdependentes. O *human rights approach* possibilita a aproximação entre os direitos humanos e o desenvolvimento.²⁷ Sua maior importância é dada pela função de orientação da interpretação jurídica, que deve incorporar a “força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos”.²⁸

As nuances e os refinamentos deste tema tornaram-se tão específicos que se pôde reconhecer o surgimento de um novo ramo do direito internacional: o direito internacional dos direitos humanos.²⁹

No Brasil, somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em razão do contexto histórico por que anteriormente passava, que os tratados de direitos humanos passaram a ser ratificados com maior frequência. Atualmente, sendo integrante da Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos, o Estado brasileiro está inserido em dois sistemas de proteção dos direitos humanos e é Estado-parte de diversos tratados internacionais deste jaez.

Com fito ilustrativo, para aclarar a relevância do presente tema no ordenamento jurídico pátrio, constata-se que a República Federativa do Brasil é Estado-parte dos seguintes tratados: Convenção para prevenção e a

²⁶ SOUZA, Denise Silva de. **O indivíduo como sujeito de direito internacional**. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 53.

²⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 170.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas...**, p. 141-143.

²⁹ “*Los derechos fundamentales de la persona humana han dado lugar, después de la II Guerra Mundial, a la formación de una rama del derecho internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destinado a establecer una suerte de orden público entre los Estados en beneficio de la persona humana.*” (TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. *In*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 139).

repressão do crime de genocídio (Decreto n° 30.822, de 6 de maio de 1952); Convenção relativa ao estatuto dos refugiados (Decreto n° 50.215, de 28 de janeiro de 1961); Protocolo sobre o estatuto dos refugiados (Decreto n° 70.946 de 07 de agosto de 1972), Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (Decreto n° 592 de 06 de julho de 1992); Protocolo facultativo relativo ao pacto internacional sobre direitos civis e políticos (Decreto legislativo n° 311 de 16 de junho de 2009); Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (Decreto n° 591 de 06 de julho de 1992); Convenção internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto n° 65.810 de 08 de dezembro de 1969); Convenção internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto n° 4.377 de 13 de setembro de 2002); Protocolo facultativo à convenção internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto n° 4.316 de 30 de julho de 2002); Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (Decreto n° 40 de 15 de fevereiro de 1991); Convenção sobre os Direitos das Crianças (Decreto n° 99.710 de 21 de novembro de 1990); Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da criança referente à venda de criança, à prostituição infantil e à pornografia infantil (Decreto n° 5.007 de 08 de março de 2004); Protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (Decreto n° 5006 de 08 de março de 2004); Convenção das Nações Unidas contra corrupção (Decreto n° 5.687 de 31 de janeiro de 2006); Convenção americana sobre direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Decreto n° 678 de 6 de novembro de 1992); Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de San Salvador (Decreto n° 3.321 de 30 de dezembro de 1999); Protocolo à convenção americana sobre direitos humanos referentes à abolição da pena de morte (Decreto n° 2.754 de 27 de agosto de 1998); Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura (Decreto n° 98.386 de 09 de dezembro de 1989); Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará (Decreto n° 1.973 de 1º de agosto de 1996); Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores (Decreto n°

2.740 de 20 de agosto de 1998); Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (Decreto nº 3.956 de 08 de outubro de 2001). Ainda, é importante ressaltar as declarações internacionais que têm maior influência no ordenamento jurídico brasileiro: a Declaração universal dos direitos humanos e a Declaração sobre direito ao desenvolvimento.

1.2 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro

Conforme acima restou consignado, as normas internacionais que veiculam direitos humanos estão cada vez mais presentes no direito brasileiro, ainda mais se se levar em conta que a adoção de tais normas está em coesão com os fundamentos da República e com os princípios que regem suas relações internacionais.³⁰

Destarte, necessário estabelecer qual o procedimento e qual o momento em que um tratado sobre direitos humanos passa a vigorar no Brasil.³¹

O rito a que deve ser submetido um tratado, qualquer que seja sua natureza, tem previsão constitucional. Trata-se de um procedimento complexo que necessita da manifestação de vontade de dois dos Poderes da República.

Conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 84, VIII,³² o Presidente da República, quando terminadas as fases

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 1º A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”; “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos”.

³¹ Acerca deste tema não se pode deixar de fazer menção às concepções dualista e monista, bem como de suas correntes conseqüências moderadas ou radicalizadas. Os dualistas entendem que direito interno e direito internacional são duas ordens jurídicas distintas. Já os monistas entendem que as duas esferas encerram um único sistema jurídico, existindo correntes que advogam a prevalência da ordem interna e outras que militam pela prevalência da ordem internacional. Em razão de não haver previsão expressa no texto constitucional, as divergências são inúmeras na doutrina e jurisprudência brasileiras. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *In*. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 147; ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. *Op. Cit.*, p. 229; MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 121.

de negociação e assinatura, pode enviar o texto pactuado ao Congresso Nacional para a respectiva aprovação no Poder Legislativo.³³

Quando no Congresso Nacional, o tratado passa pelo momento de aprovação legislativa, por mandamento da norma prevista no art. 49, I, do texto constitucional.³⁴ As Casas podem votar os tratados de duas formas. O regime geral para aprovação de qualquer tratado internacional é o previsto para a aprovação da legislação ordinária.³⁵ Em se tratando de tratados de direitos humanos, o Poder Legislativo pode adotar o rito previsto no §3º, art. 5º.³⁶

A aprovação pelo Parlamento não pode envolver emendas ao texto, cogita-se, contudo, sobre a possibilidade de estabelecimento de reservas.³⁷ A aquiescência do Congresso dar-se-á mediante decreto legislativo.

Após a aprovação do Congresso Nacional, cabe à Presidência da República o aperfeiçoamento do ato, decretando sua ratificação, momento a partir do qual o tratado passa a produzir efeitos jurídicos internos.³⁸

1.3 A hierarquia normativa das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal

Atualmente, o direito brasileiro dá aos tratados internacionais em geral a mesma hierarquia normativa da legislação ordinária, não existindo qualquer relação de superioridade entre o tratado e a lei.³⁹ Aplica-se, assim, a uma

³² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

³³ Conforme afirma Francisco Rezek o envio ao Congresso Nacional é, em verdade, uma faculdade, competindo à Presidência a decisão de enviá-lo para votação, bem como o momento de fazê-lo. (REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 64.)

³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 49. É competência exclusiva do Congresso Nacional: I – decidir definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) - “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) - “Art. 5º §3º 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;”

³⁷ MELLO, Celso D. De Albuquerque. Op. cit., p. 238.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos...**, p. 49.

³⁹ Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, no julgamento do recurso Extraordinário nº 80.004, que foi um retrocesso na jurisprudência de nossa Corte constitucional, indo de encontro ao disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito

eventual antinomia entre estas espécies o critério temporal, sendo possível a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, caso deixe de cumprir o pacto internacional em virtude da legislação interna, sem que antes utilize-se da denúncia.⁴⁰

O grande debate existente – embora o Supremo Tribunal Federal tenha consolidado uma posição, o assunto ainda causa discussão – diz respeito à hierarquia normativa dos tratados de proteção dos direitos humanos.

Sinteticamente, é possível encontrar quatro posicionamentos a esse respeito.

Existe a vertente que reconhece o status de lei ordinária aos tratados internacionais, qualquer que seja a matéria sobre a qual disponham. Essa corrente foi adota pelo Supremo Tribunal Federal num passado não muito distante, sendo expressamente alterado somente em 2006, com o julgamento do RExt 466.343-1/SP.⁴¹

Outro posicionamento advoga que os tratados internacionais de direitos humanos, por veicularem normas materialmente constitucionais, devem possuir a estatura de normas constitucionais, fazendo parte do bloco de constitucionalidade.

Ainda, diferentemente, existe parcela de doutrinadores que entendem que as normas de direitos humanos têm conteúdo de *jus cogens*, formando um bloco jurídico supraconstitucional, capaz de impor limites ao poder constituinte.

O debate acerca da constitucionalidade e da supraconstitucionalidade será abordado mais à frente neste trabalho, pois são estes os posicionamentos que mais se coadunam com os princípios que regem as ordens internacional e constitucional brasileira vigente.

Por fim, destaca-se o entendimento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos, ao serem incorporados no ordenamento jurídico interno, teriam hierarquia normativa supralegal.

dos Tratados, bem como contrariando as mais modernas jurisprudência internacional e doutrina internacionalista. (MELLO, Celso D. De Albuquerque. Op. cit., p. 131).

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais..., p. 179.

⁴¹ O entendimento de legalidade ordinária foi exarado pelo Supremo Tribunal Federal no RExt nº 80.004/SE, relator Ministro Xavier de Albuquerque, publicado no DJ de 29.12.1977.

Atualmente, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, podem-se reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquias normativas diferentes, mesclando as teses da suprallegalidade e da constitucionalidade.

Esse entendimento foi firmado em sede de controle difuso de constitucionalidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, relatoria Min. Cezar Peluso, dando aos tratados de direitos humanos a hierarquia de suprallegalidade ou constitucionalidade, a depender, como já averbado, do procedimento de votação adotado na aprovação legislativa do tratado.⁴²

Veja-se que a importância desta decisão reside na expectativa de respeito a um sistema de precedentes, de modo que as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal, expostas no controle difuso de constitucionalidade, não podem ser negadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário.⁴³ Deste modo, a decisão da Corte Constitucional brasileira, a quem compete a guarda da Constituição, estabeleceu pontos que não podem ser negados na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Judiciário.⁴⁴

Este recurso extraordinário tinha como matéria de fundo a possibilidade de decretação de prisão civil do depositário infiel. A questão que se punha dizia respeito à coexistência sistêmica do permissivo constitucional previsto no art. 5º, LXVII⁴⁵, normas de legislação ordinária prevendo hipóteses legais da prisão civil do depositário infiel e o art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica⁴⁶. Sumamente, buscou-se a manifestação do Tribunal Constitucional para que legitimamente

⁴² Essa decisão é paradigmática, porque altera a maneira com que o Supremo Tribunal Federal tratava a questão. O entendimento anterior, fixado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131, 22/11/1995, na mesma esteira do REExt 80.004, afirmava que os tratados internacionais, inclusive aos tratados de direitos humanos, não tinham qualquer precedência sobre a legislação interna. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos...**, p. 63-64.)

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª Edição, 2013, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 458.

⁴⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 103 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) “Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

⁴⁶ Interamericana sobre Direitos Humanos (1969) (Decreto nº 678/1992) - “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

dissesse se o ordenamento jurídico ainda autorizava a existência da prisão civil do depositário infiel.

O Tribunal, em razão da necessidade de alteração da jurisprudência de então – que entendia pela identidade hierárquica entre tratados internacionais de direitos humanos e a legislação ordinária, que se encontrava em descompasso com a tendência de abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos – pronunciou a necessidade de adequação do Estado brasileiro a este momento do “Estado Constitucional Cooperativo”,⁴⁷ identificado por Peter Häberle.

Seguindo os fundamentos acerca do ponto acima tratado, exarados no voto do Min. Gilmar Mendes, a Corte, por maioria, manifestou-se no sentido de reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos que não seguiram o rito previsto no §3º do art. 5º a hierarquia supralegal, porém infraconstitucional.⁴⁸

Conforme se consignou no julgamento, os tratados internacionais de direitos humanos só terão hierarquia normativa constitucional, quando forem aprovados por três quintos dos integrantes de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.⁴⁹

Os tratados que tenham sido promulgados antes da introdução desta norma, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ou aqueles que não sejam votados por este procedimento, de acordo com o entendimento exarado pela Corte, não fazem parte do bloco de constitucionalidade, tendo hierarquia normativa supralegal.⁵⁰

⁴⁷ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

⁴⁸ De acordo com o Gilmar Mendes, esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado no direito comparado expressamente nas Constituições da Alemanha, da França e da Grécia. Essa tese já havia sido mencionada no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo Relator Min. Sepúlveda Pertence. (DJe nº 104, divulgado em 04/06/2009 e publicado em 05/06/2009. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

⁴⁹ Até 2015, o único tratado internacional de direitos humanos que foi recepcionado pelo direito brasileiro por meio do procedimento previsto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, foi a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁵⁰ Importante frisar que um dos argumentos utilizados pelo Min. Gilmar Mendes foi a de que haveria um alargamento indesejável do bloco de constitucionalidade.

De acordo com a Suprema Corte, o constituinte derivado determinou que apenas serão dotados de hierarquia constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que seguirem o *iter* procedimental previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República. E, tendo em vista a necessidade de preencher lacuna hermenêutica, relativa aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que tenham sido aprovados pelo *quorum* ordinário para aprovação de decretos legislativos, de acordo com o entendimento exarado no RExt 466.343-1/SP, necessária se fez a introdução da tese da supralegalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que não fora anteriormente previsto pelo constituinte.

Em termos práticos, esclarece o Min. Gilmar Mendes, a postura por ele defendida e então adotada pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na constituição, têm o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.⁵¹(grifei)

Assim, a hierarquia supralegal de que são dotados determinados tratados estabelece efeito inibitório da eficácia das normas que lhes sejam contrárias.

Por fim, foi editada em dezembro de 2009 a Súmula Vinculante nº 25, determinando que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

A tempo, importa fazer menção ao fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, acerca da estatura supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por meio do rito ordinário, não foi unânime. Os votos vencidos, como o do Min. Celso de Mello, entenderam que os tratados em comento, por força da norma prevista no art. 5º, §2º,⁵² seriam

⁵¹ DJe nº 104, divulgado em 04/06/2009 e publicado em 05/06/2009. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008

⁵² Constituição da República Federativa do Brasil (1988) - “Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte;”

materialmente constitucionais, por comporem o bloco de constitucionalidade, e, portanto, dotados de hierarquia constitucional.

1.4 Status constitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e os direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira

Traçadas as fronteiras teóricas e jurídicas dentro das quais os tratados internacionais de direitos humanos são recebidos pelo direito brasileiro hodierno, com os olhos voltados para o julgamento do RExt. 466.343-1/SP, impende indagar se os direitos humanos que são incorporados passam a ser normas de direitos fundamentais, com estatuto protetivo próprio, e, na hipótese de entendê-los como direitos fundamentais, analisar quais consequências de sua hierarquia supralegal e infraconstitucional.

Preliminarmente, necessário fixar o que se entende por direitos fundamentais e quais as determinações jurídicas de inserir-se uma certa previsão normativa em um conjunto de normas tão essencial ao constitucionalismo atual.

Assim, são inarredáveis as lições de Ingo Wolfgang Sartet sobre os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, (...).⁵³

Em outras palavras, os direitos fundamentais, alçados a tal patamar legitimamente pelo legislador constituinte,⁵⁴ presentes em cada ordenamento

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 61.

⁵⁴ J.J. Canotilho leciona explicitamente que “o local exato desta positivação jurídica (dos direitos fundamentais) é a Constituição”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 353.)

constitucional de cada Estado Democrático,⁵⁵ integram uma “reserva de justiça”, que dá fundamento de validade para o Poder Constituinte.⁵⁶

A ideia de fundamentalidade, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, repousa em dois aspectos: material e formal.⁵⁷ Formalmente, a fundamentalidade dos direitos fundamentais é dada pelo *locus* em que é encontrada essa categoria: a Constituição.⁵⁸ Materialmente, a ideia de fundamentalidade representa a noção de que o conteúdo dos direitos fundamentais “é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade”.⁵⁹

Ademais, ressalta-se que os direitos fundamentais apresentam-se em dupla perspectiva:⁶⁰ objetiva e subjetiva.⁶¹

Em seu aspecto objetivo, os direitos fundamentais apresentam um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”,⁶² fala-se portanto de uma eficácia dirigente, devendo assegurar as condições para o desenvolvimento democrático e para a consolidação do Estado de Direito.⁶³

Em sua perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais estabelecem os direitos essenciais de uma sociedade, objetivando criar e manter as condições mais básicas para garantir uma vida em liberdade e a dignidade humana. Os direitos fundamentais, neste contexto, inserem seu titular em um feixe de posições estruturalmente diferenciadas, complexas e que podem variar de dimensão de acordo com cada caso jurídico concreto.⁶⁴

⁵⁵ De acordo com Ingo Sarlet, a noção de direitos fundamentais tem intrínseca vinculação com a ideia de Constituição e de Estado Democrático de Direito (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 63).

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 354.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.520.

⁵⁸ Como consequência desta materialidade formal, tem-se quatro dimensões relevantes: 1) as normas de direitos fundamentais são alçadas no grau superior da ordem jurídica; 2) encontram-se submetidas a procedimentos agravados de revisão; 3) constituem-se como limites materiais da reforma constitucional; 4) representam normas de vincutatividade imediata dos poderes públicos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 355.)

⁵⁹ Idem, ibidem.

⁶⁰ Konrad Hesse, em termos bastante próximos, afirma serem polifacéticas as perspectivas dos direitos fundamentais. (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. 1ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 33.)

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 148.

⁶² Idem, p. 149.

⁶³ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 33.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 159.

Oportuno mencionar que, de acordo com a previsão do art. 5º, §1º,⁶⁵ da Lei Fundamental brasileira, os direitos fundamentais emanam seus efeitos diretamente da Constituição, produzindo, desde quando promulgados, determinada eficácia.

Cumpra ainda averbar que os direitos fundamentais podem vincular todos os Poderes da República, estabelecendo princípios como o da proibição do retrocesso em matéria direitos fundamentais, determinando limites à atuação do Poder Legislativo.⁶⁶

Importante frisar que a Constituição Federal de 1988 prevê um sistema de direitos fundamentais materialmente aberto e flexível,⁶⁷ conforme dispõe o §2º do art. 5º. A redação deste parágrafo inovou a história constitucional brasileira, pois os textos constitucionais anteriores, não obstante a abertura aos direitos e garantias fundamentais decorrentes dos princípios ou dos regimes adotados pelas respectivas Constituições, não faziam expressa menção aos direitos fundamentais inseridos no ordenamento jurídico pátrio por intermédio de tratados internacionais.⁶⁸

Necessário, desde logo, manifestação no sentido de que o termo “tratados internacionais” deve ser entendido em seu aspecto mais amplo, envolvendo outras espécies normativas internacionais. Em primeiro lugar, porque o termo “tratados” é gênero de que são espécies as denominações Convenção, Pacto, Protocolo, cada qual com suas especificidades. Em segundo lugar, porque se se entender estritamente o termo tratado, excluem-se os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, possibilidade em total dissonância com a Constituição brasileira, vez que neste documento internacional inspirou-se para estabelecer o catálogo pátrio constitucional de direitos fundamentais.⁶⁹ Em terceiro lugar, em virtude mesmo do enunciado normativo disposto no §2º, do art. 5º, constituir-se como

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) - “Art. 5º, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.147.

⁶⁷ Ingo Sarlet afirma que esse sistema de direitos fundamentais harmoniza-se com a própria concepção atual de Constituição. (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 73).

⁶⁸ GARCIA, Maria. A constituição e os tratados: a integração constitucional dos direitos humanos. *In*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Org. **Doutrinas essenciais – direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos**. Volume VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 363.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 122.

cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais, não cabendo ao intérprete uma exegese literal – e, por conseguinte, restritiva – da norma.

Feitas tais considerações, por força do §2º do art. 5º, da Constituição Federal, pode-se reconhecer às normas de direitos humanos, ao adentrarem o ordenamento jurídico interno brasileiro, a estatura de direitos fundamentais, em sentido material,⁷⁰ sendo dotadas de todas as características brevemente acima enumeradas. Neste sentido, o magistério de Ingo Sarlet, *in verbis*:

Assim, à luz dos argumentos sumariamente esgrimidos e de acordo com prevalente orientação doutrinária, verifica-se que a tese da equiparação (...) entre direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e os direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a tese que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultando na interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.⁷¹

Desta feita, os tratados internacionais internalizados por meio do rito diferenciado do art. 5º, §3º, da Constituição, preveem normas que veiculam direitos fundamentais de hierarquia constitucional. Essa é a hipótese em total coesão com um direito constitucional internacional, aberto a uma maior proteção do indivíduo e robustecendo a ideia de centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Chega-se, contudo, à seguinte indagação: o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a existência de direitos fundamentais sem hierarquia constitucional, portanto?

Por contraditório que pareça ser, afigura-se a resposta afirmativa como a mais lógica. Conforme acima exposto, os tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido aprovados no Congresso Nacional

⁷⁰ Em oposição à ideia de direitos fundamentais formais, os quais estão conectados ao direito constitucional positivo. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 281).

⁷¹ Idem, p. 302.

pelo *iter* procedimental previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República, segundo entendimento da Corte Constitucional, têm hierarquia supralegal, porém infraconstitucional. Ao mesmo tempo, de acordo com o que se acabou de consignar, essas mesmas normas previstas nestes tratados de hierarquia supralegal, quando internalizadas, compõem o rol dos direitos fundamentais brasileiro.

Ainda que o entendimento de que as normas de direitos humanos devam constar do bloco de constitucionalidade seja o mais consentâneo com o momento jurídico constitucional e internacional da atualidade, a hierarquia supralegal/infraconstitucional foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

Cumprido, finalmente, uma breve referência ao fato de que às normas de direitos humanos, advindas de tratados internacionais, por serem definidoras de direitos e garantias fundamentais, aplica-se o disposto no § 1º, do art. 5º, da Constituição,⁷² garantindo-lhes aplicabilidade imediata, após o devido processo de adoção do tratado.

⁷² Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 5º § 1º as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

CAPÍTULO II – A TESE DO STATUS CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS ADVINDAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Conforme acima ficou registrado, podem ser apontadas algumas críticas à tese da supralegalidade/infraconstitucionalidade, o que conduz, como se provará, a uma visão mais aproximada da tese que reconhece às normas internacionais de direitos humanos a estatura constitucional, que se apresenta como concepção harmonizada com a urgência e atualidade do diálogo entre as fontes nacionais e internacionais de direito, sempre na busca de uma maior eficiência da proteção da pessoa humana.

2.1 Críticas à tese da supralegalidade/infraconstitucionalidade, dada pela orientação do Supremo Tribunal Federal

Em primeiro lugar, traz-se a lume que a tese utilizada pelo Supremo Tribunal Federal de status supralegal/infraconstitucional não tem previsão constitucional. Conforme se pode depreender da análise do texto da Constituição, encontra-se a previsão de normas que terão hierarquias constitucional,⁷³ legal⁷⁴ ou infralegal,⁷⁵ concatenadas de forma a receber sua validade das normas mais elevadas e gerais, quando tomada em consideração sua compatibilidade substancial.⁷⁶

Veja-se, ademais, que as experiências trazidas pelo direito comparado acerca desta tese estão expressamente previstas nas constituições dos respectivos Estados, o que de fato não ocorre no Brasil.⁷⁷

⁷³ Tal hierarquia é verificada nas normas constitucionais originárias e nas advindas das emendas constitucionais.

⁷⁴ Com as devidas diferenças entre si, têm estatura legal as normas previstas em leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias. Relativamente à questão que frequentemente é aventada acerca da superioridade hierárquica entre as leis complementares e as leis ordinárias, entende-se, conforme ensinamento de Gilmar Mendes, que não há hierarquia superior de uma em relação à outra, mas sim diferentes campos de competência, a respeito dos quais cada espécie legislativa pode abranger. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Op. cit., p. 874.)

⁷⁵ É o caso dos decretos executivos, das portarias, das instruções normativas, etc.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.75.

⁷⁷ Podem-se citar constituições da Alemanha, da França e da Grécia. (MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. *In*. MARINONI, Luiz Guilherme; Mazzuoli, Valério de Oliveira.

Aduz-se, por vezes, como o faz o próprio voto-vista vencedor do Min. Gilmar Mendes, a norma prevista no art. 98 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66,⁷⁸ de acordo com a qual existe em matéria tributária a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Defende-se, contudo, neste estudo, que as duas situações mesmo que semelhantes não devem ser entendidas da mesma forma. O direito tributário foi exaustivamente disciplinado pela Constituição Federal, principalmente a partir do art. 145, sendo que o próprio legislador constituinte outorgou à legislação complementar a competência para dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária.⁷⁹

Com esta especial autorização, manteve-se a determinação do legislador do CTN de elencar os tratados internacionais a este nível supralegal, cujo efeito, para além das naturais prescrições normativas, é, eventualmente, paralisar a eficácia de legislações internas.⁸⁰ Efeito esse que se explica por uma razão bastante simples: na hipótese de denúncia de um tratado, a norma tributária anterior, que eventualmente estivesse paralisada, volta à sua plena eficácia – a norma não volta a vigor, uma vez que não foi revogada, não ocorrendo aqui, portanto, o fenômeno da repriminção.⁸¹ Ideia em desarmonia com o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, já consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁸²

Assim, somente com permissão constitucional pôde a legislação complementar estabelecer uma hierarquia diferenciada aos tratados internacionais de direito tributário. Situação esta não prevista no texto constitucional, relativamente aos tratados internacionais de direitos humanos. Em verdade, advogar-se-á ulteriormente com maior detença, o constituinte

Coord. **Controle de convencionalidade: um panorama latino americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 231).

⁷⁸ Lei nº 5.172/66 – “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobreviver.”

⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 146. Cabe à lei complementar: III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária (...)”.

⁸⁰ Importante destacar que, mesmo sendo lei ordinária, o CTN foi recepcionado pela Constituição de 1988 com eficácia de lei complementar. (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.86-87).

⁸¹ GRILLO, Fábio Artigas; SILVA, Roque Sérgio D’Andrea Ribeiro da. (Coord.) **Código tributário nacional anotado**. Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná, 2014, p. 261;

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 451.

originário já havia deferido às normas de direitos humanos a estatura constitucional, conforme dicção do art. 5º, §2º da Constituição da República.

Ainda, de acordo com o voto vencedor, as normas decorrentes de documentos internacionais de direitos humanos que tenham sido incorporadas pelo rito ordinário de aprovação de tratados, tendo, portanto, hierarquia especial, mas infraconstitucional, teriam o condão de suspender a eficácia de leis ou atos normativos que a elas fossem contrárias, dando o mesmo tratamento que é dado aos tratados sobre direito tributário.

Partindo deste ponto de vista de que há direitos fundamentais com hierarquia supralegal, com efeito inibitório da eficácia, ter-se-á normas veiculadoras de direitos fundamentais que não serão parâmetro de validade de outras normas inferiores, incapazes de autorizar juízo de invalidação. Em outras palavras, de acordo com essa orientação, possível a existência de norma violadora de direitos humanos que continua válida no ordenamento jurídico brasileiro.

Arrojado ainda o argumento trazido Valério Mazzuoli, quando afirma que a decisão da Corte constitucional brasileira viola o princípio da isonomia, pois trata os tratados de direitos humanos, que são os documentos mais importantes para a formação de uma comunidade mundial, de forma diferente, levando em consideração apenas um procedimento de votação. Em outras palavras, a decisão do STF “acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente”.⁸³

Indo além, a partir do prisma do direito internacional, a ideia da supralegalidade/infraconstitucionalidade dá ensejo a eventuais violações da regra prevista no art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, de acordo com a qual o Estado não pode justificar o descumprimento de obrigações assumidas no plano internacional, pela existência de uma norma interna em sentido oposto.⁸⁴

Observe-se ainda que ao se adotar essa postura estritamente hierárquica das normas, os tratados de direitos humanos infraconstitucionais

⁸³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

⁸⁴ Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) (Decreto nº 7.030/2009) – “Art. 27 Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

que dispusessem contrariamente à Constituição não transporiam o crivo da constitucionalidade. É o caso da prisão do depositário infiel. Conforme já asseverado, a Constituição da República brasileira autoriza a existência de duas hipóteses de prisão civil do depositário infiel: a do devedor de alimentos e a do depositário infiel. O Pacto de San José da Costa Rica – de *status* infraconstitucional – determina ser possível a prisão civil apenas o devedor de alimentos. Em outras palavras, neste quesito o Pacto está em conflito com a Constituição Federal. De acordo com a regra hermenêutica *lex superior derogat legi inferiori*, o tratado não passa pelo juízo de constitucionalidade e deveria ser invalidado. No entanto, no entendimento exarado no REExt 466.343-1/SP não vemos qualquer menção a esse conflito.

Se se acrescentar a essas indagações o fato já averbado quanto ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do REExt 466.343-1/SP, da existência de direitos fundamentais infraconstitucionais, conclui-se que dogmaticamente a tese adotada pela Corte parece não ser a mais adequada.

Impende ainda comentar – e este se afigura como o argumento mais vigoroso - que a exegese elaborada pelo tribunal constitucional brasileiro trata com menor importância a previsão do art. 5º, § 2º. Como já asseverado, tal dispositivo encerra um conjunto aberto de direitos fundamentais, normas materialmente constitucionais, acrescentando ao catálogo exposto no texto constitucional também os direitos fundamentais previstos em documentos internacionais. Em verdade, essa é a crítica mais severa à posição adotada pelo STF, corrente que aqui se comunga e que se passa a analisar com maior profundidade.

2.2 *A tese da constitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais sobre direitos humanos*

Para que se possa perfilar o posicionamento encampado por Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e outros juristas de renome, necessárias algumas considerações sobre o direito constitucional brasileiro e sua relação com o direito internacional.

Anteriormente relegado à indiferença, o direito constitucional ressurgiu no Brasil, com vértice na Constituição de 1988 e os olhos voltados para o novo momento redemocratizante da história do Brasil.⁸⁵ O texto constitucional não somente estabeleceu direitos e garantias fundamentais de um novo Estado, mas também possibilitou a transição de um regime autoritário para um regime democrático de direito –com todas as ressalvas que possam ser colocadas quando se reconhece a existência dos “fatores reais de poder”, na sempre atual lição de Lassale.⁸⁶ Neste mesmo quadro, o direito constitucional reformulou-se e passou a trilhar um caminho revolucionário, a junto-passo com o pós-positivismo.⁸⁷

A Constituição Federal possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico, inaugurando uma racionalidade, muito bem reconhecida por sua alcunha de “Constituição Cidadã”.⁸⁸ Inobstante a existência de algumas arestas, a Lei Fundamental brasileira sobreleva-se ao invocar para si a postura de guardadora de direitos.⁸⁹

E foi a partir deste novo objeto de trabalho, cânone jurídico para a proteção da dignidade de todos aqueles que estejam sob jurisdição brasileira, acompanhado pelos rompimentos trazidos pela pós-modernidade, que o novo constitucionalismo, partindo das críticas trazidas pelo pós-positivismo, ganhou espaço no direito constitucional brasileiro que, por sua vez, vive uma vertiginosa ascensão científica no intuito de aproximação entre ética e Direito.⁹⁰

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 268.

⁸⁶ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Rio de Janeiro: Editora Lammert, 1969, p. 27.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 269.

⁸⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In. CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro 1: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

⁸⁹ Como pontos negativos da Constituição pode-se mencionar o perdão de dívidas de empresários inadimplentes, o retrocesso na questão agrária, a profusão impertinente de casuísmos. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003, p. 490).

⁹⁰ Barroso afirma que o pós-positivismo é um estágio de superação jurídico-científica do positivismo, pois o positivismo era insuficiente para o estágio civilizatório e o retorno ao jusnaturalismo não se afigurava como possível. Assim, “guardando deferência relativa ao ordenamento positivo”, nele reintroduz as ideias de justiça e legitimidade. (BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação,**

Veja-se que essa alteração de paradigma deu força aos hermeneutas no reconhecimento de um núcleo de validade das normas jurídicas que condiciona as demais normas do sistema.⁹¹ Como consequência deste fenômeno é possível verificar o surgimento de novas categorias e conceitos na hermenêutica constitucional.

Destes novos conceitos, podem-se citar os princípios instrumentais de interpretação da Constituição. Canotilho elenca seis princípios desta natureza: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade da Constituição, princípio da justeza ou da conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e princípio da força normativa da Constituição.⁹²

Identifica-se ademais que os princípios deixam de ser meros postulados axiológicos do ordenamento, passando mesmo a serem dotados de força normativa. Neste sentido, a doutrina criou a regra hermenêutica da ponderação para que se pudessem analisar eventuais conflitos entre normas veiculadoras de princípios.

Dentro desta mesma racionalidade, o princípio da proporcionalidade surge diante da nova teoria jurídica principiológica como postulado epistemológico deontológico.⁹³ Neste sentido, as suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, são parâmetro de verificação para eventuais violações de direitos fundamentais.⁹⁴

Partindo destas breves considerações, busca-se responder ao seguinte questionamento: qual a interpretação mais adequada que pode ser dada ao dispositivo do 5º, § 2º, da Constituição Federal?

Em primeiro lugar, lança-se mão da interpretação tradicional, fruto da combinação e do controle recíproco de seus elementos: a interpretação

direitos fundamentais e relações privadas. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 28).

⁹¹ ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo sem medo. *In*. CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro 1: teoria da constituição e direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, 1223-1226.

⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Por uma teoria fundamental da constituição: enfoque fenomenológico.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>, acesso em 16/10/2015.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p.116.

gramatical, a interpretação teleológica, a interpretação histórica e a interpretação sistemática.⁹⁵

Na análise literal do §2º, do art. 5º, que tem por ponto de partida e limite máximo os conceitos e possibilidades semânticas do texto normativo, tem-se que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, o próprio constituinte, reconhecendo a materialidade constitucional tanto dos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, quanto dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, equiparou a força normativa destas normas. Importante frisar que esses direitos de que trata o enunciado normativo são aqueles que protegem bens jurídicos de valor correspondente aos direitos fundamentais, portanto, de topografia constitucional, em virtude de este parágrafo estar inscrito no art. 5º, sob a insígnia do título II da Constituição, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Passando-se para o elemento teleológico da interpretação, necessário perscrutar-se acerca de “certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”.⁹⁶ O texto constitucional, fundado sob pilares de democracia e dignidade humana, ao dispor sobre seus fundamentos, objetivos e princípios regentes no relacionamento internacional, auxilia na busca pela resposta que neste trecho se procura.

O art. 1º, III, da Constituição Federal,⁹⁷ traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. O art. 3º, I, da Lei Fundamental,⁹⁸ dispõe que um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre,

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p.314.

⁹⁶ *Idem*, p.319.

⁹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

⁹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

justa e solidária. Por fim, o inciso II, do art. 4º, da Constituição,⁹⁹ determina que o Brasil deverá reger-se em suas relações internacionais também a partir do princípio da prevalência dos direitos humanos.

Assim, pode-se verificar que os ideias de justiça e proteção aos direitos humanos foram elencados pelo constituinte como centrais e estruturantes na construção do novo modelo de Estado. Destarte, necessários que a eles sejam reconhecidos o lugar de supremacia dentro do ordenamento jurídico.

Ainda, ao se analisar o elemento histórico, que diz com uma análise subjetiva da vontade do legislador, para a interpretação da norma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, observa-se que tal disposição foi introduzida no texto constitucional por meio de uma proposta feita por Antônio Augusto Cançado Trindade, no intuito de dar uma proteção mais eficaz à dignidade da pessoa humana, possibilitando guarida constitucional a direitos e garantias previstos em normas internacionais.¹⁰⁰ A intenção do constituinte era, portanto, elevar tais normas ao nível de norma constitucional.

Impende, contudo, obtemperar que esta análise histórica tem maior utilização nos países de tradição de *civil law*, não sendo de maior utilização na comunidade jurídica romano-germânica.¹⁰¹ Deve-se notar que com o decorrer do tempo ocorre um distanciamento entre o *mens legis* e o *mens legislatoris*. Além disso, há divergências doutrinárias sobre se se deve analisar o significado daquilo que o parlamento pretendia dizer ou o significado daquilo que contextualmente foi dito.¹⁰²

Conquanto deva-se proceder à análise histórica da norma com as cautelas acima mencionadas, sua importância não queda capitulada. Assim o é em proporções tais que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se desta verificação para realizar o juízo de constitucionalidade de algumas normas. Caso, por exemplo, da declaração da não recepção da Lei de Imprensa, Lei nº 5.260/1967, julgamento em que a maioria do tribunal entendeu que o

⁹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos”.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos...**, p. 52-53.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p.316.

¹⁰² BIX, Brian. **Teoría del derecho: ambición y límites**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 53.

diploma não foi recepcionado pela Constituição Federal atual, vez que não poderia ser dissociado do contexto histórico em que fora editado.¹⁰³

Por fim, como elemento final da interpretação tradicional, necessária a análise sistemática da norma do art. 5º, §2º, da Lei Magna. De acordo com este elemento, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como unidade, assim como seus subsistemas. As interpretações constitucionais devem guardar sempre sintonia com a noção da existência de toda a Constituição, para evitar antagonismos entre normas constitucionais.

Neste sentido, os artigos 1º, III, 3º, I, e 4º, II, da Constituição, que denotam um compromisso interno e internacional do Brasil com a promoção dos direitos humanos, fornecem o parâmetro hermenêutico sistemático, que leva à conclusão de que art. 5º, § 2º, prevê a hierarquia constitucional das normas internacionais sobre esse tema.

Ainda sobre este aspecto sistemático, enfatiza-se a matiz de norma constitucional que os direitos humanos possuem. De acordo com a doutrina constitucional brasileira, as normas materialmente constitucionais são aquelas que por suas disposições têm vocação constitucional.¹⁰⁴ Nesta perspectiva, costuma-se enfatizar a materialidade constitucional de normas que estabelecem direitos fundamentais, que regulam organicamente as estruturas de poder e que determinam fins sociais para a atuação futura dos poderes públicos.¹⁰⁵

Pode-se falar, consecutivamente, da existência de uma constituição material, que traduz o espírito da ideia de Constituição, ao lado de uma constituição formal, composta pelas normas que não regulam qualquer dos três aspectos acima mencionados, não obstante localizarem-se no próprio texto constitucional.¹⁰⁶

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p.317.

¹⁰⁴ Alguns autores não discorrem a respeito apenas destas três funções, contudo, os outros conteúdos verificados por eles são decorrência destes três temas essenciais. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 223; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso...**, 86-90; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso...**, p. 60; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 43; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 75.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 223 - 226.

¹⁰⁶ Otto Barchof, numa posição que não é adotada no direito brasileiro, advoga a existência de normas constitucionais inconstitucionais, tanto por violação do direito constitucional formal,

Deste modo, verifica-se que o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, por veicularem os direitos mais essenciais dos indivíduos devem ter reconhecida a hierarquia equiparada à constitucional.

Para além da interpretação tradicional, no intuito de se buscar a resposta mais adequada para a indagação de acima, pode-se fazer a análise de algumas contribuições que o novo constitucionalismo trouxe para a interpretação constitucional.

Assim, faz-se uso da teoria alemã da metódica estruturante, de Friedrich Mueller, de acordo com a qual deve haver a concretização da norma constitucional, sendo a interpretação apenas uma das etapas deste processo. Denomina-se, portanto, esta teoria de hermenêutica concretizadora. Veja-se que esta teoria busca um equilíbrio entre alguns elementos para concretizar a norma, devendo aliar a pré-compreensão da dogmática jurídica do intérprete e a realidade fática subjacente ao caso concreto. Nas palavras do autor, “a metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso”.¹⁰⁷

Seguindo esta teoria, verifica-se que o quadro que está por trás do debate acerca da hierarquia normativa das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos e o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição, diz respeito a uma especial conjuntura de diálogo entre as ordens jurídicas, reconhecida fortemente pela doutrina, em especial por Marcelo Neves,¹⁰⁸ Flávia Piovesan,¹⁰⁹ Peter Haberle,¹¹⁰ Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes¹¹¹ e, como já dito, pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Marcelo Neves, o transconstitucionalismo é um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos que descreve a atual situação jurídica, em que as ordens jurídicas encontram-se entrelaçadas,

quando por violação do direito constitucional material. (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 48 e ss).

¹⁰⁷ MUELLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 61-94.

¹⁰⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, 2010.

¹¹⁰ HÄBERLE, Peter. Op. cit.

¹¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

principalmente em relação aos direitos humanos protegidos no âmbito internacional.¹¹² Nesse sentido, *in verbis*:

O constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções.¹¹³

Para corroborar seu entendimento, o autor utiliza-se de casos em que as cortes constitucionais buscam inspiração para seus julgamentos em decisões de tribunais de outros estados ou mesmo cortes internacionais. O caso mais expressivo deste fenômeno é o Tribunal Constitucional da África do Sul, que frequentemente utiliza-se de normas constitucionais e precedentes jurisprudenciais de outras cortes, por expressa autorização constitucional para manusear tanto o direito internacional, quanto o direito estrangeiro, isso muito em virtude do traumático regime segregacionista pretérito.¹¹⁴

Repisa-se, desta forma, a necessidade de diálogo entre as fontes, estrangeira e internacional, para que as questões mais essenciais da vida digna humana possam ter a resposta mais satisfatória ante as diversas ordens jurídicas que se apresentam, tendo em vista a força estruturante dos direitos humanos.

Reconhecendo também este cenário de comunicação entre as ordens jurídicas constitucionais e o direito internacional dos direitos humanos citam-se as lições de Flávia Piovesan sobre o direito constitucional internacional. De acordo com esta autora, quando se trata dos direitos humanos deve haver diálogo e interação entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista que a sua realidade ubíqua, que remete materialmente a ambos os campos.¹¹⁵

Ainda, este panorama é verificado por Peter Haberle, que teoriza acerca do Estado constitucional cooperativo. De acordo com a tese deste autor, os Estados nacionais não existem para si mesmos, mas, sim, como experiências concretas para outros Estados nacionais pertencentes à

¹¹² NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 249-269.

¹¹³ Idem, p. 269.

¹¹⁴ Idem, p. 171 e 261.

¹¹⁵ FLÁVIA, Piovesan. **Direitos humanos...**, p. 16.

comunidade. Neste sentido, “os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração do modelo de cooperação entre os Estados”.¹¹⁶

Identifica também este panorama, Valério Mazzuoli, quando trata do da quarta onda evolutiva do Estado, “o universalismo”, ao reconhecer que a noção de direitos humanos é incompatível com a ideia clássica de soberania externa. Essa alteração de racionalidade conduz a uma mudança na pirâmide jurídica, na qual as fontes normativas devem estabelecer diálogo constante.¹¹⁷

Veja-se, portanto, que os autores defendem a existência de uma sociedade em que a soberania dos Estados e o isolamento material da ordem interna e internacional está em crise. Dentro desta realidade de diálogo das fontes normativas, o princípio *pro homine*, fruto desta pós-modernidade jurídica dinâmica, estabelece o mandamento de que a norma mais benéfica para a proteção da dignidade da pessoa humana, encontre-se ela no direito nacional ou internacional, deve prevalecer sobre outra menos protetiva.

Importa frisar ainda os ensinamentos de Marcelo Figueiredo, para quem esse “constitucionalismo global” não é um mero cosmopolitismo errante, que tem como consequências o fim das diferenças regionais. Em verdade, continua o autor, é uma nova ideia de direito, que permite a interação entre diversos sistemas normativos, sem uma rígida subordinação hierárquica, fenômeno que, orientando-se pelas técnicas constitucionais adequadas, favorece a convivência multicultural.¹¹⁸

Enfim, do ponto de vista da hermenêutica concretizadora de Mueller, tendo em vista as considerações acima elencadas, bem como o texto constitucional, principalmente o art. 5º, § 2º, o conteúdo que se pode extrair da Constituição é que a hierarquia das normas internacionais veiculadoras de direitos humanos têm o mesmo status das normas constitucionais.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e a sua influência no Brasil**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>, acesso em 16/10/2015.

¹¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveria; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 152.

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. In: ANTONIAZZI, Mariela M.; PIOVESAN, Flávia; VON BOGDANDY, Armin. (Org.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica – emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013, p. 149.

Mais, novamente partindo-se das contribuições do novo constitucionalismo e tomando-se como premissa que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios,¹¹⁹ verifica-se que do ponto de vista do princípio da unidade da Constituição, exigência de coerência narrativa do sistema jurídico, tendo em vista sua natureza normativa,¹²⁰ bem como do princípio da máxima eficácia e efetividade da Constituição,¹²¹ quando tomados em consideração os fundamentos e objetivos da República, a interpretação de que os tratados internacionais de direitos humanos têm estatura constitucional é a mais adequada.

Por fim, advogando-se pela natureza constitucional das normas de tratados de direitos humanos, de acordo com Flávia Piovesan, é possível a ocorrência de três hipóteses. O tratado pode coincidir com o direito previsto na Constituição. Também, o tratado pode “integrar, complementar e ampliar” as garantias e os direitos constitucionalmente previstos. E, ainda, o tratado de direitos humanos pode contrariar preceitos de direito interno.¹²² As duas primeiras hipóteses não oferecem maiores dificuldades para o hermeneuta, afinal, nestes casos, as normas de direitos humanos contribuem argumentativamente para a atividade do intérprete. Contudo, na terceira circunstância, conflitiva, para além da disputa entre esfera jurídicas, de acordo com o princípio *pro homine*, deve-se adotar, caso a caso, a norma mais favorável ao ser humano.¹²³

2.3 A problemática trazida pela introdução do §3º ao art. 5º, da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45/2004

Tomado o posicionamento de prévio, imperioso então enfrentar-se a questão que tornou o debate tão denso, a ponto de o Supremo Tribunal Federal adotar a tese da supralegalidade, que afinal protege menos os direitos humanos e cria problemas de interpretação para o hermeneuta.

¹¹⁹ Um sistema aberto, pois, nas palavras de Canotilho, tem uma estrutura dialógica. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1159).

¹²⁰ Idem, p. 1186.

¹²¹ Idem, p. 1224.

¹²² PIOVESAN, Flávia. A constituição de 1988 e os tratados internacionais. In. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais: direitos humanos**. Volume VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

¹²³ Idem, p. 223.

Defende-se que a decisão da Corte constitucional foi tomada equivocadamente, pois voltou suas atenções para o §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, que estabelece um procedimento. Compreende-se, após todas as reflexões anteriores, que o art. 5º em seu § 2º, desde a elaboração da Constituição, já trazia a natureza constitucional das normas de direitos humanos. Explica-se.

Quando da elaboração do texto constitucional pelo constituinte originário de 1988, conforme já asseverado, a introdução da norma do art. 5º, § 2º, foi feita por proposta de Antônio Augusto Cançado Trindade, envidando esforços para inserir as normas dispostas em tratados internacionais de direitos humanos no chamado bloco de constitucionalidade, que então se formava.¹²⁴ Nesse sentido, alguns autores, já na gênese do debate, entenderam pela hierarquia constitucional das normas de direitos humanos.¹²⁵

Inobstante tal fato, o Supremo Tribunal Federal e parte da doutrina continuavam a advogar que os tratados internacionais, independentemente do conteúdo, teriam a mesma hierarquia das leis ordinárias.¹²⁶ Ou seja, muito embora alguns tratados internacionais dispusessem sobre direitos humanos, pela questão da formalidade procedimental para a incorporação, a Corte constitucional entendia como impossível a equiparação destes diplomas ao nível constitucional.

¹²⁴ Importante mencionar que o conceito de bloco de constitucionalidade que se desenvolveu na América-Latina tem contornos distintos daquele que se desenvolvera na Europa. A doutrina constitucional europeia, sob influência do Conselho Constitucional francês, este último inspirado no direito administrativo francês que criara o chamado bloco de legalidade, desenvolveu a ideia de um bloco que para além do texto constitucional envolvia princípios constitucionais. Já a doutrina na América Latina, buscou determinar que entendia o bloco de constitucionalidade como o conjunto normativo, somado ao texto constitucional, que envolvia princípios e normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (ROJAS, Claudio Nash. **Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno**. Disponível em: <www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>, acesso em 21/10/15).

¹²⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.179; MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2000, p. 202.; TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 394.

¹²⁶ Relativamente à Corte constitucional, pode-se citar o julgamento do HC 72.131, de 1995, que firmou, depois da Constituição, o entendimento de que os tratados internacionais têm estatura legal.

Buscando sanar este contrassenso, o constituinte derivado da EC nº 45/2004, conhecida como a emenda da reforma do judiciário, adicionou ao art. 5º, da Constituição, o §3º.

Art. 5º, § 3º 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.

Veja-se, contudo, que o legislador constituinte, ao buscar a equivalência a emendas constitucionais, pela dicção dada ao dispositivo, acabou, de certa forma, autorizando o entendimento do STF, tornando mais dificultoso o aumento do bloco de constitucionalidade, bem como a proteção dos direitos humanos, o que parece ir de encontro com a própria intenção da mudança.¹²⁷

Da forma com que foi disciplinado, o art. 5º, em seu § 3º, pode estabelecer um critério restritivo de interpretação do § 2º, do mesmo artigo. Contudo, essa interpretação está em oposição à ideia de Constituição como sistema aberto, bem como à noção de que os direitos fundamentais abarcam aqueles previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Ainda, essa postura atribui papel exclusivo ao legislativo, partindo de um paradigma positivista, podendo tal poder escolher quais os direitos terão hierarquia constitucional, à despeito de naturalmente deverem compor o bloco de constitucionalidade.¹²⁸

Assim, reafirmando que se entende que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal não é a mais acertada, a partir das colocações feitas no tópico anterior, partindo de uma interpretação sistemática e “otimista”

¹²⁷ Expõe-se que nesta mesma alteração constitucional, foram acrescentados ao art. 5º o inciso LXXVIII (“Art. 5º LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) e o § 4º (“Art. 5º §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”) por influência de documentos internacionais que já haviam definido as garantias judiciais como direitos humanos, bem como o § 5º ao art. 109 (“Art.109 §5º nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”), criando a possibilidade de instauração do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

¹²⁸ REDIN, Giuliana. Crítica ao § 3º do artigo 5º da constituição federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 240.

da Constituição, conclui-se pelo seguinte: *i*) pela regra do *tempus regit actum*, os tratados internacionais firmados anteriormente à EC nº 45/2004, por força do §2º do art. 5º, têm *status* constitucional, visto que a regra procedimental introduzida pela emenda não pode alterar situação que já estava consolidada no ordenamento jurídico;¹²⁹ *ii*) apesar da expressão “que forem aprovados”, do parágrafo em comento, é de se reconhecer uma opção do constituinte pela hierarquia constitucional, fazendo com que o § 3º do art. 5º preveja um rito obrigatório na aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos.¹³⁰

2.4 A hierarquia constitucional das normas de tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade no Brasil

Dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos o conceito de controle de convencionalidade não é novo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 2006, conforme decisão proferida no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, entende que, por determinação do artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos,¹³¹ bem como por força do princípio do “*efet utile*” dos tratados internacionais, as autoridades estatais, não apenas as judiciárias, cada uma dentro de sua respectiva competência, têm a obrigação de realizar o controle do ordenamento jurídico interno a partir do direito internacional dos direitos humanos, de modo que não fique desconfigurada a eficácia destes direitos, em razão da aplicação de práticas ou normas internas que lhes sejam contrárias.¹³² O órgão legitimado a dar a última palavra sobre os tratados internacionais sobre esta matéria,

¹²⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum***. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>, acesso em 21/10/2015.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969) (Decreto nº 678/1992) – “Artigo 2 Dever de Adotar Disposições do Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposição legislativa ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

¹³² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 2. Deber a adoptar disposiciones de derecho interno. *In*: STEINER, Christian; URIBE, Patrícia (Editores). **Convención americana sobre derechos humanos: comentario**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2014, p.97.

dentro da Organização dos Estados Americanos, seria a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, como adiante será exposto, em muitos países a previsão de controle de convencionalidade tem sede constitucional, constituindo-se como um mecanismo inerente ao exercício democrático.

Neste tópico lança-se mão das lições de Valério Mazzuoli, que busca estabelecer uma teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Já de início, o autor argumenta que o entendimento de supralegalidade/infraconstitucionalidade admitido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre os tratados de direitos humanos, é insuficiente para o mundo jurídico em que se vive, que exige uma proteção cada vez maior à pessoa humana.

Destarte, partindo do entendimento já acima minudenciado, de que as normas de direitos humanos têm estatura constitucional, o autor defende a possibilidade de os tribunais e juízes exercerem o controle de convencionalidade, partindo-se da competência conferida pela Constituição da República brasileira para o controle de constitucionalidade.

Para tanto, Mazzuoli parte da premissa da diferenciação entre vigência e validade, tidas pelo positivismo kelseniano como concomitantes, visto que a compatibilidade formal de certa norma é diferente de sua compatibilidade material, que passa pelo crivo substancial da Constituição e do direito internacional dos direitos humanos.¹³³

Afirma o autor que o ordenamento jurídico brasileiro fixa a existência de uma dupla compatibilidade vertical material.¹³⁴ A compatibilidade apenas com o texto constitucional não garante a validade de determinada lei. Para além, é necessário que qualquer previsão normativa de hierarquia inferior seja compatível com a Constituição e ao mesmo tempo com os tratados internacionais de direitos humanos e comuns de que o Estado brasileiro seja

¹³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica Editora, 2013, p. 16.

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

parte.¹³⁵ O controle de convencionalidade é complementar e coadjuvante, ao controle de constitucionalidade.

De acordo com Mazzuoli, o controle de convencionalidade estabelece os tratados de direitos humanos como parâmetro material de validade da norma. Diferenciando, todavia, os tratados aprovados com quórum qualificado, dos tratados que foram aprovados com quórum ordinário.

Assim, os tratados cujas ratificações seguirem o rito previsto no §3º, do art. 5º, da Constituição, por equivalerem às emendas constitucionais, são critério de verificação de convencionalidade tanto no controle difuso, quanto no controle de concentrado. Já os tratados de direitos humanos que não tenham sido aprovados pelo quórum especial, são parâmetro hermenêutico de controle convencionalidade difuso, apenas.

Mazzuoli vai adiante e defende que os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum por meio do qual eles tenham sido aprovados, ensejam o cabimento do recurso extraordinário previsto na Constituição, em seu art. 102, III, a.¹³⁶ Entende pela integração do conteúdo dos tratados ao bloco de constitucionalidade, já que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros. Assim, se o recurso extraordinário também é cabível quando da violação de dispositivos constitucionais e os tratados de direitos humanos estão incluídos neste bloco de constitucionalidade, estes últimos podem ser objeto do apelo último.¹³⁷

Interessante análise feita sobre o controle de convencionalidade foi realizada por Marcelo Peregrino, ponderando acerca da adequação convencional da Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. Segundo o autor, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter julgado pela constitucionalidade do diploma em comento, a LC nº 135/2010 não observaria a dupla compatibilidade material, pois queda maculada por vício de inconvenção.

¹³⁵ Mazzuoli afirma existir também o controle de suprallegalidade, que diz respeito à validade dos diplomas normativos com os tratados internacionais comuns, aos quais não se deve aplicar. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria...**, p.7).

¹³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil (1988) – “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.”

¹³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria...**, p.7

Peregrino afirma que por três razões pode-se qualificar a nomeada lei como inconvenção. Em primeiro lugar, o autor afirma que o art. 5º, da Lei da Ficha Limpa,¹³⁸ peca ao estabelecer um procedimento que impossibilita a condução coercitiva de testemunhas e peritos ao juízo, quebrando o devido processo convencional.¹³⁹ Ainda, continua Peregrino, a lei em análise dispõe sobre aumento das hipóteses de perda da elegibilidade passiva, caracterizando um retrocesso nos direitos políticos, o que contraria o caráter progressivo dos direitos humanos, bem como o princípio da vedação do retrocesso.¹⁴⁰ Por fim, a Lei da Ficha Limpa, ao dar efetividade “imediate” a decisão precária, autorizou que efeitos definitivos atingissem a vida do indivíduo, sem se importar com a possibilidade de reforma futura por órgão superior, violou o princípio da presunção da inocência, expressamente previsto no art. 8º,¹⁴¹ da Convenção.¹⁴²

À guisa de conclusão, Peregrino afirma que não podem os Estados decidirem a seu talante a maneira de aplicação dos tratados de direitos humanos de que são parte, devendo respeitar o processo de internacionalização desses direitos. Destarte, por não respeitar parâmetros mínimos de proteção, a Lei Complementar nº 135/2010 não supera o exame do duplo controle.¹⁴³

¹³⁸ Lei Complementar nº 135/2010 – “Art. 5º decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para a inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.”

¹³⁹ Prevê a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, que é um “direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e a obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

¹⁴⁰ Conforme entendimento exarado no Parecer Consultivo nº 4/84 da Corte Interamericana e no Artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual “os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, (...), na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

¹⁴¹ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Decreto nº 678/1992) – “Artigo 8. 2. Toda a pessoa acusada tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)”

¹⁴² PEREGRINO, Marcelo. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p.193.

¹⁴³ Idem, p.248.

2.5 A experiência do direito comparado latino-americano sobre a hierarquia das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Finalmente, passa-se a uma análise das posturas sobre o tema adotadas em alguns outros Estados da América Latina. Faz-se esta limitação metodológica vez que estão eles dentro do mesmo sistema regional de proteção de direitos humanos, o que diminui as possibilidades de qualquer incoerência, principalmente se tomada em consideração a estrutura institucional da Comunidade Europeia.

Ademais, o art. 4º da Constituição da República, em seu parágrafo único, menciona a formação de uma comunidade latino-americana de nações, o que, juntamente com a ideia de um constitucionalismo latino-americano,¹⁴⁴ autoriza esse delineamento lógico.

Na Argentina os tratados internacionais inicialmente tinham estatura de lei ordinária, aplicando-se a regra hermenêutica do *lex posterior derogat legi priori*. Contudo, após a reforma constitucional de 1994, o constituinte reconheceu hierarquia constitucional a uma série de tratados, podendo o Congresso, com o voto de dois terços dos membros de cada casa legislativa, reconhecer a estatura constitucional a outros tratados.¹⁴⁵ Veja-se, no entanto, que os tratados não fazem parte da Constituição argentina, apenas têm hierarquia constitucional.

Importante ainda frisar que a Argentina aceita o controle de convencionalidade que os tratados de direitos humanos exercem sobre o

¹⁴⁴ Milena Melo caracteriza o constitucionalismo latino-americano como um “*ius commune* constitucional *in statu nascendi* que incorpora o ‘*patrimônio comum do direito constitucional*’ (...) e desenha um modelo de democracia constitucional caracterizada pela expansão do elenco dos direitos fundamentais e pela introdução de novas estruturas e mecanismos voltados à sua promoção e tutela”. A autora ainda afirma a necessidade de cautela ao importarmos os desenvolvimentos do constitucionalismo europeu para a América-Larina. (MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: neoconstitucionalismo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 78).

¹⁴⁵ Os tratados que foram constitucionalizados pelo constituinte argentino foram, por exemplo, a Declaração americana dos direitos e deveres do homem, a declaração universal dos direitos humanos, a Convenção americana sobre direitos humanos, entre outros. Ainda, o Congresso alçou ao grau constitucional a Convenção interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas e a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra. (SÁGÜES, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica Editora, 2013, p. 345).

ordenamento jurídico interno, devendo buscar inspiração nos tribunais internacionais de direitos humanos – tese que veio a ser chamada de controle construtivo de constitucionalidade, entendimento chancelado pela Corte Suprema daquele país.¹⁴⁶ Observe-se que dadas as influências do *common law* no direito argentino, as decisões da Corte Suprema influenciam sobremaneira nas decisões dos juízes de primeira instância.

No Chile, a Constituição não deu tratamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo o art. 50.1, do texto constitucional chileno, disposto que o procedimento para aprovação de um tratado internacional “se someterá a los trámites de una ley”. Essa norma levou a doutrina e jurisprudência chilenas a darem tratamento normativo de lei ordinária a qualquer tratado. Porém, em 2005, uma reforma constitucional reconheceu a hierarquia supralegal dos tratados. Apesar de fixado um ponto de partida de maior valor ao direito internacional, doutrina e jurisprudência caminharam em sentidos opostos. A doutrina, de maneira geral, advoga pelo *status* constitucional das normas de direitos humanos. Os tribunais, no entanto, não obstante o posicionamento mais vanguardista da Corte Suprema, firmaram entendimento pela supralegalidade dos direitos humanos, noção corroborada pelo Tribunal Constitucional (que é órgão diferente da Corte Suprema).¹⁴⁷

Interessante expor que o Tribunal Constitucional chileno, em alguns julgamentos, buscou auxílio nas decisões do Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o entendimento que pode ser dado a determinados direitos protegidos pelo Pacto de San José da Costa Rica.¹⁴⁸

A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, a partir da alteração constitucional promovida em 2011, previu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos,¹⁴⁹ bem como a existência do

¹⁴⁶ Idem, p. 354.

¹⁴⁷ ROJAS, Claudio Nash. Op. cit..

¹⁴⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira . Los desafíos del control de constitucionalidad des corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013, p. 511.

¹⁴⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013, p. 511.

controle de convencionalidade, conforme a seguinte dicção: “Artículo 1o. (...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Essa mesma previsão normativa veicula a atual regra hermenêutica do princípio do *pro homine*.

No Uruguai, a Constituição não trata especificamente da questão da estatura normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. A previsão que se pode encontrar é semelhante ao previsto no §2º, 5º, da Constituição brasileira. Veja-se: “Artículo 72 La enumeración de derechos, deberes e garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Neste contexto, houve um intenso trabalho doutrinário para que a interpretação dada a este dispositivo também englobasse as normas de direitos humanos de documentos internacionais, dando-lhes hierarquia constitucional.¹⁵⁰

A Constituição venezuelana, de 1999, estabelece expressamente um sistema aberto de direitos fundamentais, reconhecendo a hierarquia constitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos de que a República Bolivariana da Venezuela seja parte.¹⁵¹ Determina ainda o constituinte a prevalência dos direitos humanos de documentos internacionais, na hipótese de maior proteção destes relativamente aos direitos previstos na Constituição, consagrando assim o princípio *pro homine*.

¹⁵⁰ ESTEVA GALLICHIO, Eduardo G.. El control de convencionalidade en Uruguay. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013, p. 704.

¹⁵¹ Constitución da República Bolivariana da Venezuela “Artículo 22. La enunciación de los derechos u garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”; “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

CAPÍTULO III – ALGUMAS NOTAS SOBRE A TESE DA SUPRACONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

Dentro do paradigma atual do direito brasileiro, que ainda vive uma forte manifestação do novo constitucionalismo, conforme aqui já se afirmou, a tese da constitucionalidade das normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos parece ser a mais apta a lhes trazer a máxima efetividade.

O Estado brasileiro ainda sofre com várias palpitações estatocêntricas. A maioria das condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos é cumprida nos pontos menos sensíveis, basicamente em relação à publicização da decisão e ao pagamento pecuniário às vítimas. As questões mais complicadas como o julgamento penal dos responsáveis pelas violações e as medidas preventivas raramente são tomadas, caso do presídio Urso Branco, por exemplo.¹⁵²

Mesmo o Supremo Tribunal Federal tem manifestações repelindo o direito internacional dos direitos humanos, como foi a manifestação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa, presidente do Supremo Tribunal Federal à época, sobre o julgamento de convencionalidade feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Lei nº 6.683/79, Lei de Anistia brasileira, tendo o magistrado aventado a alegação da soberania nacional para proteger a decisão pretérita da Corte.¹⁵³

Destarte, muito embora mantenha-se a posição advogada no capítulo II, doravante passa-se a uma análise da tese da supraconstitucionalidade de normas de direito internacional de direitos

¹⁵² CEIA, Eleonora Mesquita. **A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>, acesso em 21/10/2015.

¹⁵³ Neste caso, mesmo com o julgamento efetuado pelo Corte Interamericana, entidade última a dizer sobre o controle convencionalidade, relativamente ao sistema interamericano de direitos humanos, o STF entendeu que tal decisão não alteraria a decisão firmada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, que entendeu pela compatibilidade do diploma em comento com a Constituição Federal. (PIOVESAN, Flávia. **Temas...**, p. 582).

humanos, experiência já vivida em alguns países e que já prefigura no “constitucionalismo do futuro”.¹⁵⁴

3.1 A tese da supraconstitucionalidade dos direitos humanos

A tese da supraconstitucionalidade dos direitos humanos começa seus primeiros movimentos no constitucionalismo francês, em que alguns autores entendem que os direitos elencados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, formam parte de uma instância positiva que está acima da própria Constituição.¹⁵⁵ A este *locus* superior ocupado pelos direitos humanos o léxico constitucional francês denomina “supralegalidade”. Contudo, no vocabulário americano esta ideia corresponderia à noção de existência de uma Constituição histórica, valorativamente legitimada e hierarquicamente superior ao texto constitucional.¹⁵⁶

A questão nevrálgica do debate reside na legitimidade do direito internacional, principalmente o direito internacional dos direitos humanos, autorizando a existência de normas que possam condicionar o Poder Constituinte nacional.

¹⁵⁴ De acordo com José Roberto Dromi, o “constitucionalismo del por-venir” deve buscar um ponto de equilíbrio entre as concepções extraídas do constitucionalismo moderno e do neoconstitucionalismo, respeitando sete premissas fundamentais, valores supremos: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade. O princípio da universalidade diz respeito à fixação de direitos fundamentais mínimos para os ordenamentos jurídicos de todos os Estados, evitando, de acordo com o autor, qualquer tipo de desumanização. (SOARES, Andréa Antico; RIGOLDI, Vivianne. **O constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: questão acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal.** Disponível em: <<http://galileu.fundamet.br/revista/index.php/emtempo/article/viewFile/411/328>>, acesso em 21/10/2015).

¹⁵⁵ A questão de existência de normas internacionais imperativas é bastante antiga, advinda o *ius publicum* romano, tendo os primeiros doutrinadores do direito internacional mantido e desenvolvido tal tese em razão da fundamentação do direito internacional. (MOREIRA, Thiago Oliveira. **O direito internacional e as normas de *ius cogens*: uma questão filosófica.** Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/291>>, acesso em 17/07/2015).

¹⁵⁶ CAMPOS, Gérman J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos.** Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 362. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=926> , acesso em 22/10/2015.

Neste sentido, as teses voluntaristas¹⁵⁷ e objetivistas¹⁵⁸ muito contribuíram para formação da ideia contemporânea de legitimidade do direito internacional, garantindo-lhe sua juridicidade própria.

Desta forma, o ordenamento internacional moderno e pós-moderno alçou a importante patamar normativo o princípio da *pacta sunt servanda*, o princípio da boa-fé e de metaprincípios e metanormas,¹⁵⁹ que não podem ser derogados pela vontade dos Estados, em virtude da autonomia da ordem internacional.¹⁶⁰

Os dois primeiros institutos fornecem a legitimidade advinda tese voluntarista. *Pacta sunt servanda* e boa-fé deixam claro que a limitação da soberania dos Estados restringe-se às fronteiras estabelecidas pelo próprio Estado ao firmar tratados.

Já as metanormas e metaprincípios imperativos são normas de *ius cogens*, que representariam valores universais aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional. De origem consuetudinária e posteriormente previstas nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, essas normas por expressa previsão convencional são capazes de tornar nulo qualquer tratado que entre em conflito com elas.¹⁶¹

O *jus cogens* não é uma nova norma do direito internacional contemporâneo, portanto. É um conceito ligado ao reconhecimento de uma

¹⁵⁷ Uma das correntes da tese voluntaristas entendia que a legitimidade do direito internacional estava na expressão coletiva da vontade dos Estados. Outra corrente argumentava que era a vontade metafísica do Estado que estabelecia limitações à sua soberania. (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Op. cit., p.135

¹⁵⁸ Os objetivista, representados por duas correntes distintas, buscaram a legitimidade do direito internacional na ideia de uma justiça natural, de um lado, ou, de outro, na concepção lógico-jurídica. (MOREIRA, Thiago Oliveira. Op. cit.).

¹⁵⁹ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamento do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p.732.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

¹⁶¹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Decreto nº 7.030/09 - “Art. 53 - É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza; Art. 64 – se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nula e extingue-se”.

qualidade superior das normas que regulam determinadas matérias.¹⁶² De acordo com Jorge Miranda, o conceito de *jus cogens* está relacionada à formação de uma ideia de um “direito internacional fundamental ou constitucional”, pois estruturante da comunidade internacional e das relações internacionais.¹⁶³ Em outras palavras, como elemento essencial do direito internacional – na mesma toada que o são os direitos fundamentais para o direito constitucional, o *jus cogens* estabelece um conjunto de normas de função nuclear, pondo em xeque a antiga noção de ausência de hierarquia no direito internacional.¹⁶⁴

Grande questão se põe quanto à delimitação de temas que por seu conteúdo definiriam normas de *jus cogens*. A jurisprudência dos tribunais internacionais foi por muito tempo recalcitrante em aceitar na *ratio decidendi* a utilização desta categoria normativa, sendo a doutrina principal responsável pelo enquadramento de matérias nesta temática.¹⁶⁵ Observe-se que a Convenção de Viena de 1969, afora ter positivado o conceito de *jus cogens*, não explicitou seu conteúdo.

Desta forma, a doutrina especializada na disciplina e, mais recentemente, a jurisprudência estabeleceram que uma das fontes do *ius cogens* é o direito internacional dos direitos humanos. Isso muito em virtude da própria noção histórica dos direitos humanos, que foram sendo construídos principalmente como instrumentos de limitação do poder estatal. Desta forma, não se poderia alegar a soberania dos Estados para justificar o não respeito aos direitos humanos. Contudo, somente as normas de direitos humanos que orbitem mais diretamente a dignidade da pessoa humana estariam compreendidas nestas normas cogentes.¹⁶⁶

Primeiramente, é indispensável o reconhecimento do princípio da auto-determinação dos povos como normas de *ius cogens*, pois ele se

¹⁶² FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 199.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. Cascais: Editora Principia, 2002, p. 29.

¹⁶⁴ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 78.

¹⁶⁵ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas imperativas de direito internacional privado: lois de police**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 94.

¹⁶⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. Op. cit.

configura como condição essencial para o exercício de outros direitos na comunidade internacional.¹⁶⁷

Por determinação do Pacto internacional de direitos civis e políticos, também deve ser citado o caráter imperativo das normas de proibição de suspensão do direito à vida, de proibição da escravidão, de proibição da tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes, de proibição da irretroatividade da lei penal e das normas de assecuração de liberdade de pensamento e religião.¹⁶⁸

Ainda, é norma de *ius cogens*, por mandamento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, a proibição do genocídio.¹⁶⁹

Dentro do sistema interamericano de direitos humanos, mediante a opinião consultiva nº 18/03, a Corte enunciou o reconhecimento de que os princípios de não discriminação e igualdade são imperativos.¹⁷⁰

Destarte, por sua centralidade e inderrogabilidade no ordenamento jurídico internacional, para além do direito internacional dos tratados e do direito da responsabilidade internacional dos Estados, essas normas cogentes estão sendo também apropriadas pela doutrina que defende a supraconstitucionalidade de algumas normas de tratados internacionais de direitos humanos.¹⁷¹ Segundo essa orientação doutrinária, essas normas imperativas são limitações para o Estado em sua produção jurídica, estabelecendo amarras no próprio poder constituinte, por determinação do princípio da dignidade da pessoa humana e pelo caráter jusfundamental dos direitos humanos.¹⁷² Neste diapasão, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados deve ser interpretado no sentido de que não se pode

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas imperativas de direito internacional privado...**, p. 97.

¹⁶⁹ O genocídio é um crime contra a humanidade, pois é um “ataque à diversidade humana como tal”, característica sem a qual a ideia de humanidade perde o sentido, motivo por que é impensável que um Estado autorize a existência de genocídio. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.180).

¹⁷⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. **Op. cit.**

¹⁷¹ FINKELSTEIN, Cláudio. *Op. cit.*, p. 237.

¹⁷² MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2012, p. 273. Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas.

alegar o direito interno, inclusive as normas constitucionais, para o descumprimento de um tratado.

Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes afirmam que a abertura aos tratados instituidores de instâncias supranacionais, como é o caso do sistema ONU e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, é uma “porta de entrada para a conformação do direito interno (todo o direito interno, inclusive a Constituição estatal) às normas supraconstitucionais”.¹⁷³

Dentro deste cenário, os autores acima nomeados defendem, como paradigma futuro de Estado, o Estado Constitucional e Humanista de Direito, que altera as interações entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional em relação à sua validade. Assim, acima do ordenamento constitucional, ter-se-iam normas supraconstitucionais, tal como o Estatuto de Roma, que seriam inderrogáveis pela vontade dos Estados.¹⁷⁴

O que se pode afirmar é que, continuam os autores, as ideias de justiça do legalismo, do constitucionalismo, do internacionalismo e do universalismo devem ser complementares, no intuito de proporcionar paulatinamente uma maior proteção ao ser humano. Em suas palavras:

Passamos do modelo de justiça “legal” para os modelos “constitucional”, “internacional” e “universal”: o objetivo central desta constante evolução não é outro senão a criação de uma arquitetura (...) que possa proteger com maior efetividade possível os direitos (humanos) fundamentais (assim como evitar os desvios que os conspurcam). Esse, aliás, é o “papel” das garantias: o de maximizar a tutela dos direitos e dos valores que sustentam o Estado Constitucional e Humanista de Direito. De qualquer modo, parece certo que não existe nenhum sistema totalmente garantista (ou seja, o garantismo só pode ser enfocado por graduações). Há certa distância (e isso é visto com certa normalidade) entre o “dever ser” e o “ser”: a função primordial do modelo de Estado citado consiste em diminuir o máximo possível esse distanciamento (transformando a normatividade em efetividade, como diz Ferrajoli).¹⁷⁵

Importante mencionar o caso *La última tentación de Cristo*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2001, em que o Chile foi acionado por suposta violação do direito à livre expressão, prevista no artigo 13 da Convenção interamericana sobre direitos humanos. O filme “A última tentação de Cristo”, de Martin Scorsese, fora proibido de ser

¹⁷³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconst...**, p. 202.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁵ Idem, p. 213.

apresentado no país, por vedação estabelecida pelo sistema de censura prévia, previsto na Constituição chilena (art. 19. 12 da Constituição Política da República do Chile). Nesta disputa, o Estado chileno restou vencido, tendo sido responsabilizado por não ter adequado seu ordenamento jurídico interno, incluso o próprio texto constitucional, à Convenção.¹⁷⁶ Necessário expor que, neste caso, mesmo com a decisão da Corte Constitucional chilena autorizando a censura prévia do filme, o Estado foi condenado.

3.2 *Supraconstitucionalidade e universalismo*

Como já mencionado acima, de acordo com Valério Mazzuoli, o universalismo constitui uma quarta onda de evolução da noção de Estado, de Direito e de Justiça e é dentro deste quadro que a noção atual de supraconstitucionalidade se apresenta e nele se justifica. O universalismo tem como princípio a existência de um direito pluralista universal e imutável, que emana normas positivas e que “confere suporte axiológico à interpretação de todo o direito, escrito ou não-escrito, pautado no valor paz ínsito aos direitos humanos”.¹⁷⁷

Mesmo que a noção de um direito imutável pareça transmitir a ideia de uma superioridade de valores, o universalismo plural teria como princípio axiológico básico a alteridade, pautar-se-ia pela ética do outro. Desta forma, com base na dignidade da pessoa humana, estabelecem-se regras comuns entre os vários sistemas de proteção dos direitos humanos, tendo por destinatário pessoas concretas, criando um novo humanismo, não individual, mas do outro.¹⁷⁸

Neste sentido, podem ser reafirmadas as lições de Joaquín Herrera Flores. Segundo este autor, a visão abstrata de direitos humanos, centrada na concepção ocidental de direito, padece pela ausência de contexto e se perde em elucubrações teóricas, caindo num essencialismo vazio. Da mesma forma, a visão localista de direitos humanos, calcada em paradigmas relativistas,

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *La última tentación de Cristo*, sentença de 03 de fevereiro de 2001, série C, nº 73, § 90.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconst...**, p. 166.

¹⁷⁸ Idem, p. 167.

está excessivamente ligada ao contexto em que vive, excluindo aquilo que não valora, aceitando somente aquilo que com ele coincide.¹⁷⁹

De acordo com Herrera Flores – e aqui se encontra o ponto de confluência entre esta teoria e as lições de Mazzuoli, é somente a partir de uma visão complexa de direitos humanos e de uma racionalidade de resistência,¹⁸⁰ que se pode chegar a um universalismo válido, que conduza a práticas interculturais. Herrera Flores afirma que o particular e o abstrato estão em luta constante, sendo esta tensão, numa prática dialética, a responsável por assegurar a continuidade tanto do específico quanto do universal. Assim, com o outro passando a integrar o centro do diálogo é possível a existência de um universalismo intercultural, capaz de “criar uma ordem social justa que permita e garanta a todas e a todos lutar por suas reivindicações”.¹⁸¹ Os direitos humanos seriam então um tema universal, interdependentes e indivisíveis, mas com particularidades advindas das especificidades culturais de cada sociedade.

Ainda, o universalismo, fruto da crise de soberania dos Estados nacionais, não se limita pelas fronteiras jurídicas internas. A tese do universalismo guarda como premissa maior a existência de direitos humanos, que se constroem historicamente para a proteção dos indivíduos contra a atuação do poder, portanto, contrapor o argumento da soberania estatal para uma proteção maior dos direitos humanos parece não ser logicamente adequado.¹⁸²

A possibilidade de existência de normas com hierarquia supraconstitucional, capaz de limitar o exercício do poder constituinte nacional, só pode ser concebida se houver correspondência com universalismo, nos moldes acima descritos.

¹⁷⁹ FLORES HERRERA, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 154.

¹⁸⁰ “Uma racionalidade que não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças éticas ou de gênero. O que não aceitamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal, há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo de luta discursivo, de diálogo ou de confrontação em que se rompam os preconceitos e as linhas paralelas (...)”. (Idem, p. 164).

¹⁸¹ Idem, p. 170.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconst...**, p. 170.

3.3 Constituições que adotam modelo aproximado à tese da preeminência do direito internacional dos direitos humanos

Neste diapasão, impende mencionar algumas Constituições que alçam a grau de máxima hierarquia os tratados internacionais de direitos humanos.

A primeira experiência constitucional que dá conta dessa possibilidade é a Constituição do Reino dos Países Baixos, que em 1956 previa que se o desenvolvimento do ordenamento requerer, um tratado pode derogar as disposições da Constituição.¹⁸³ Uma reforma constitucional ocorrida em 1983, determinou que para que tratados internacionais pudessem alterar o texto constitucional, eles deveriam ser aprovados por dois terços, no mínimo, dos membros da Casa dos Estados Gerais, composta pelo Senado e pela Câmara Baixa.¹⁸⁴

Outra experiência interessante é a trazida pela Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia. Promulgada e ratificada em 2009, a Constituição boliviana em termos gerais ampliou quantitativamente os direitos fundamentais dos cidadãos bolivianos. Neste sentido e dada a diversidade étnica que habita o país, o texto constitucional prevê que os povos e nações tem direito ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos, bem como que suas instituições sejam parte da estrutura geral do Estado.¹⁸⁵ A preocupação com os direitos humanos é visível nesta Lei Fundamental.

Nesta toada, de acordo com o artigo 13 do texto constitucional daquele país, os direitos enumerados na Constituição não estabelecem uma negação a outros direitos que não tenham sido enumerados por ela, sem estabelecer qualquer hierarquia entre os direitos expressos e os outros

¹⁸³ AYALA CORAO, Carlos M.. **Jerarquía de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1991/10.pdf, acesso em 25/10/2015.

¹⁸⁴ The Constitution of the Kingdom of Netherlands “Article 91. 3. Any provision of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favor”; “Article 94. Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by the international institutions that are binding on all persons”.

¹⁸⁵ VILLENAS VILLEGAS, Ponencia de Rolando Villena. **Los derechos humanos en la constitución política del estado plurinacional de Bolívia**. Disponível em: <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/Los%20derechos%20humanos%20en%20la%20CPE,20ponencia%20del%20Defensor%20del%20Pueblo%20en%20Quito.pdf>, acesso em 25/10/15.

direitos.¹⁸⁶ Assim também, estabelece que os tratados internacionais que sejam aprovados pela Assembleia Legislativa Plurinacional, veiculadores de direitos humanos, têm prevalência no direito interno, sendo determinação hermenêutica a partir da qual devem ser interpretados os direitos e deveres que se encontram proclamados no corpo constitucional.¹⁸⁷ Ademais, cumpre ressaltar que a Constituição boliviana ao dispor sobre as relações internacionais consagra o princípio *pro homine*.¹⁸⁸

Veja-se, portanto, que a Constituição boliviana não estabelece abertamente uma hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, que, no entanto, integram o bloco de constitucionalidade. Contudo, o texto constitucional determina expressamente a prevalência dos direitos humanos perante o ordenamento jurídico interno boliviano, sem qualquer exclusão, tendo tais normas aplicação prevalente mesmo frente às disposições constitucionais.¹⁸⁹

A Constituição Política da República da Guatemala diferencia os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais comuns, reservando aos primeiros a prevalência sobre o direito interno.¹⁹⁰ Esta postura do constituinte teve influência do Parecer Consultivo n° 03/83 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a permissão de estender a pena de morte, tendo em vista a previsão do texto constitucional

¹⁸⁶ VAGAS GAMBOA, Nataly Viviana Vargas. **Los tratados internacionales de derechos humanos en la nueva constitución política del estado plurinacional de Bolívia**. Disponível em: <http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.329-342.pdf>, acesso em 24/10/2015.

¹⁸⁷ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia (2009) – “Artículo 13. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolívia.”

¹⁸⁸ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia (2009) – “Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manere preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

¹⁸⁹ VILLEGAS, Ponencia de Rolando Villena. Op. cit.

¹⁹⁰ Constitución de Guatemala “Artículo 46. – preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho”.

guatemalteco e a proibição estabelecida pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.¹⁹¹

3.4 A supraconstitucionalidade e o direito brasileiro

No Brasil pouca coisa se produziu acerca da tese da supraconstitucionalidade. O que se escreveu é de autoria principalmente de doutrinadores internacionalistas. Como é o caso de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, que defende tal posicionamento a partir do monismo jurídico.¹⁹² Ou seja, para este autor, pelo fato de que todas as normas pertencem a um mesmo ordenamento jurídico, sendo as normas de direito internacional superiores hierarquicamente às normas de direito interno, o poder constituinte pode ser limitado por normas de direito internacional. Este entendimento, mesmo que reconheça as normas de *jus cogens*, não lhes confere os delineamentos acima mencionados.

Mazzuoli defende a ideia de existência de normas de *jus cogens*, partindo do paradigma universalista, dentro de um Estado Constitucional e Humanista de Direito. Este autor argumenta que as regras que estabelecem crimes contra a humanidade, são leis universais, que não podem ser derogadas pelo constituinte, seja ele originário ou derivado.¹⁹³

O paradigma teórico que ganhou bastante espaço no direito brasileiro atual é o novo constitucionalismo, centrado, por óbvio, na Constituição. Tentar levar a cabo uma teoria que pugna pela não supremacia absoluta da Constituição é uma dura batalha a ser travada, porém, talvez, um caminho necessário.

Note-se, ainda, que a recalcitrância em relação à supraconstitucionalidade no direito brasileiro pode ter relação com debate bastante intenso sobre o relativismo cultural, que por razões históricas e geopolíticas tende a desenvolver-se nos países periféricos. Por muitas vezes,

¹⁹¹ AGUIRRE, Alejandro Maldonado. **Guatemala: recepción del derecho internacional de los derechos humanos.** Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr17.pdf.derechos.humanos internacionais.en.guatemala, acesso em 02/11/2015.

¹⁹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconst...**, p. 202.

os valores ocidentais (estadunidenses e europeus) de direitos humanos não são comungados por todos os grupos pertencentes à comunidade internacional, principalmente as comunidades tradicionais, mais isoladas da influência do processo de globalização.¹⁹⁴

Nesse sentido – e retomando as lições de Joaquín Herrera Flores, o processo dialético afigura-se como o mais exitoso para a consagração da ideia de existência de um mínimo de proteção universal para os direitos humanos, por sua inegável centralidade no ordenamento jurídico, o qual não pode ser ignorado pelos poderes nacionais.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *In.* PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais: direitos humanos. Volume I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1213.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do desenvolvimento deste trabalho foi possível demonstrar a importância que os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter tanto no cenário internacional, quanto interno, principalmente com o final da 2ª Guerra Mundial. No Brasil, tal fato não é olvidado. São inúmeros os tratados sobre o tema de que o Estado brasileiro é parte.

Assim, fixado o tema geral, buscou-se estabelecer a moldura dentro da qual as ideias seriam desenvolvidas: a hierarquia normativa das normas de tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o ordenamento jurídico interno pátrio.

Deste modo, viu-se que durante bastante tempo o Supremo Tribunal Federal reconheceu a hierarquia de lei ordinária de todos os tratados, independentemente de seu conteúdo, conforme restou consignado no julgamento do REExt 88.004/SE, DJ 29.12.1997. Em 2006, no entanto, a Corte alterou seu entendimento. Ao julgar o REExt 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer que os tratados de direitos humanos poderiam possuir duas hierarquias diferentes, a depender do rito procedimental adotado durante a aprovação legislativa do tratado. Se o tratado de direitos humanos seguir o quórum ordinário de aprovação de tratados, sua hierarquia será supralegal, porém infraconstitucional. Neste caso, eventual norma violadora deste tratado terá sua eficácia suspensa. Já se o tratado sobre direitos humanos seguir o quórum de aprovação previsto no art. 5º, § 3º (aprovação por 3/5 dos membros de cada Casa legislativa, em dois turnos), da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, suas normas terão hierarquia constitucional.

Defende-se, contudo, que essa interpretação dada pela Corte Constitucional não é compatível com a Constituição brasileira, bem como não está em harmonia com o estado da arte do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos.

Se se proceder a uma interpretação seguindo os parâmetros clássicos, com base nas análises literal, histórica, teleológica e sistemática, tem-se que o § 2º, do art. 5º, da Constituição, desde a promulgação do texto constitucional, já reconhecia aos tratados internacionais de direitos humanos

a hierarquia constitucional. Ainda, se seguido o *iter* procedimental estabelecido no §3º do dispositivo em comento teremos uma norma de direitos humanos com hierarquia constitucional e equivalência a emenda constitucional.

A essa mesma conclusão se pode chegar se analisarmos o texto constitucional a partir da interpretação dada pela metódica constitucional estruturante de Friedrich Mueller. Verificada a atual conjuntura, em que vários autores defendem o diálogo e a interpenetração das fontes normativas internas e internacionais, buscando cada vez mais a proteção do ser humano, a resposta a que chegamos é a de que os tratados internacionais de direitos humanos estão na mesma hierarquia que as normas constitucionais, devendo aplicar-se sempre que necessário o princípio *pro homine*.

Nesse sentido, pode-se teorizar acerca do desenvolvimento do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, como o faz Valério Mazzuoli. De acordo com este autor, atualmente existe uma dupla compatibilidade material que as todas as normas inferiores devem guardar para serem válidas no ordenamento jurídico interno. Neste controle encontramos as normas de direitos humanos. Mazzuoli afirma que os juízes podem exercer o controle de convencionalidade, por decorrência de sua competência para o controle de constitucionalidade, em casos em que mesmo que uma norma esteja de acordo com a constituição, ela está em desacordo com as convenções internacionais de direitos humanos.

Por fim, estabeleceu-se um breve diálogo com o posicionamento que defende a existência de normas cogentes de direitos humanos que teriam hierarquia supraconstitucional. Essas normas de *jus cogens* têm expressa previsão no direito internacional e vêm sendo usadas, também, como aporte argumentativo para limitação do poder constituinte dos Estados, constituindo-se como núcleo duro dos direitos humanos.

Por todo o exposto, fica patente que o entendimento jurisprudencial fixado em torno da hierarquia das normas de direitos humanos deve ser o mais urgentemente alterado, assegurando que os bens jurídicos tutelados por tais normas sejam devidamente protegidos. Vê-se que a debate acerca do diálogo entre as fontes de direitos fundamentais e de direitos humanos deve ser trazido à baila mais frequentemente nas discussões jurídicas, evitando-se

que se o assunto seja relegado a segundo plano, quando em verdade sua importância é imediata. Ademais, a tese da supraconstitucionalidade, vinculada a um universalismo intercultural, deve ser levada cada vez mais a sério, pois, ao que parece, o aperfeiçoamento de tais idéias pode ser a solução para inúmeros problemas de nossa sociedade mundializada, em que a dados econômicos ultrapassam fronteiras com muita facilidade, construindo barreiras quase que intransponíveis para o “outro” humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGUIRRE, Alejandro Maldonado. **Guatemala: recepción del derecho internacional de los derechos humanos**. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr17.pdf. derechos.humanos internacionales.en.guatemala, acesso em 02/11/2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira . Los desafios del control de constitucionalidad des corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf, acesso em 15/04/2015.

AYALA CORAO, Carlos M.. **Jerarquía de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1991/10.pdf, acesso em 25/10/2015.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. *In*. MARINONI, Luiz Guilherme; Mazzuoli, Valério de Oliveira. (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *In*. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BIX, Brian. **Teoría del derecho: ambición y límites**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 362. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=926> , acesso em 22/10/2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamento do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

CEIA, Eleonora Mesquita. **A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf.>, acesso em 21/10/2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. *In*: ANTONIAZZI, Mariela M.; PIOVESAN, Flávia; VON BOGDANDY, Armin. (Org.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica – emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

_____. **Normas imperativas de direito internacional privado: lois de police**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GALLICHIO, Eduardo G. Esteva. El control de convencionalidade en Uruguay. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

GARCIA, Maria. A constituição e os tratados: a integração constitucional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Org. **Doutrinas essenciais – direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos**. Volume VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRILLO, Fábio Artigas; SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro da. (Coord.) **Código tributário nacional anotado**. Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná, 2014

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Por uma teoria fundamental da constituição: enfoque fenomenológico**. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>>, acesso em 16/10/2015.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. 1ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Rio de Janeiro: Editora Lammert, 1969.

_____; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 2. Deber a adoptar disposiciones de derecho interno. *In*: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Editores). **Convención americana sobre derechos humanos: comentario**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª Edição, 2013, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano**. Coleção Direito e Ciências Afins, volume 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica Editora, 2013.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 1º Volume. 15ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito constitucional internacional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: neoconstitucionalismo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. *In*. MARINONI, Luiz Guilherme; Mazzuoli, Valério de Oliveira. (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e a sua influência no Brasil.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>, acesso em 16/10/2015.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público.** Cascais: Editora Principia, 2002.

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

_____. **O direito internacional e as normas de *ius cogens*: uma questão filosófica.** Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/291>>, acesso em 17/07/2015.

_____. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2012. Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas.

MUELLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional.** 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, José Cretella. **Teoria geral das organizações internacionais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PEREGRINO, Marcelo. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Temas de direitos humanos.** 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. A constituição de 1988 e os tratados internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Doutrinas essenciais: direitos humanos.** Volume VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REDIN, Giuliana. Crítica ao § 3º do artigo 5º da constituição federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Org. **Doutrinas essenciais – direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos.** Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo sem medo. *In*. CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro 1: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROJAS, Claudio Nash. **Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno**. Disponível em: <www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>, acesso em 21/10/15.

SÁGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica Editora, 2013, p. 345.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. *In*. CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro 1: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum***. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>, acesso em 21/10/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOARES, Andréa Antico; RIGOLDI, Vivianne. **O constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: questão acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal**. Disponível em: <<http://galileu.fundanet.br/revista/index.php/emtempo/article/viewFile/411/328>>, acesso em 21/10/2015.

SOUZA, Denise Silva de. **O indivíduo como sujeito de direito internacional**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. *In.* PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Doutrinas essenciais – direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos**. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os indivíduos como sujeitos do direito internacional. *In.* RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Direitos humanos: evolução, complexidades e paradoxos**. Volume I. Curitiba: editora Juruá, 2014.

VARGAS GAMBOA, Nataly Viviana. **Los tratados internacionales de derechos humanos en la nueva constitución política del estado plurinacional de Bolívia**. Disponível em: <http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.329-342.pdf>, acesso em 24/10/2015. acesso em 25/10/2015.

VILLENA VILLEGAS, Ponencia de Rolando. **Los derechos humanos en la constitución política del estado plurinacional de Bolívia**. Disponível em: <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/Los%20derechos%20humanos%20en%20la%20CPE,%20ponencia%20del%20Defensor%20del%20Pueblo%20en%20Quito.pdf>,