

ESTADO DE DIREITO E A CONTEMPORÂNEA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Vanderlise Wentz Baú

Mestranda em Direitos Humanos na Unijuí. Professora de Direito Processual Civil na Universidade de Passo Fundo. lisewentz@terra.com.br

Resumo

O período pós-Segunda Guerra Mundial foi a gênese da ordem jurídica internacional sob o viés dos direitos humanos, como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo. A partir de então convivem duas ordens jurídicas, aquela estabelecida nos Estados soberanos e a nova ordem normativa internacional. A coexistência dessas ordens se viabiliza conforme a teoria adotada. O Brasil filia-se à teoria dualista, porquanto reconhece a ordem jurídica internacional e admite sua incorporação no Direito interno, mediante processo legislativo. Esse processo de internalização do Direito Internacional sofre resistência da comunidade local, na medida em que impõe a relativização da noção clássica de soberania. A abertura à ordem jurídica internacional no Brasil intensificou-se a partir da Constituição Federal de 1988, diante do disposto no artigo 5º, § 2º, e, posteriormente com o acréscimo do § 3º, por meio da Emenda Constitucional n. 42/2004, reconhecendo a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno. Discute-se na doutrina e na jurisprudência o status que essas normas ocupam no sistema normativo brasileiro. Atualmente o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mesmo antes da EC n. 45/2004, assumem status supralegal, e se aprovados na forma qualificada prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, adquirem status constitucional. A tese vencida nesse Tribunal e segundo parte da doutrina defende o status constitucional dos referidos tratados, independentemente do quorum de aprovação, pela equiparação aos demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, na forma do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna. Apesar de o STF ter pretendido pôr fim à controvérsia, ainda persiste na doutrina a discussão acerca do status com que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam no sistema jurídico pátrio, o que motivou a presente pesquisa. Para a investigação do problema utilizou-se o método de abordagem dialético e o de procedimento bibliográfico, chegando-se, ao final, à conclusão de que pela aplicação do princípio pro homine, recepcionado pela Constituição Federal, a questão se resolve pela aplicação da norma mais favorável ao homem, seja ela produzida internamente ou internalizada do Direito Internacional.

Palavras-chave

Constitucionalidade. Convencionalidade. Direitos humanos. Internalização. Tratados internacionais.

Rule of Law and Contemporary Internalising Treaties International Human Rights in Brazil

Abstract

The period after World War II was the genesis of the international legal order under the bias of human rights, in response to the atrocities committed by the Nazis. Since then two legal systems coexist, one established in sovereign states and new international normative order. The coexistence of these orders is made possible as the espoused theory. The Brazil joins the dualistic theory, because it recognizes the international legal order and admits its incorporation into domestic law through the legislative process. This process of internalization of international law suffers resistance from the local community, insofar as it requires the relativization of the classical notion of sovereignty. The opening to the international legal order in Brazil has intensified since the Constitution of 1988, before the provisions of Article 5, § 2, and later with the addition of § 3, by Constitutional Amendment. 42/2004, recognizing the reception of the international human rights treaties in domestic law. It is discussed in doctrine and jurisprudence status that these standards occupy the Brazilian legal system. Currently the Supreme Court established position in the sense that the international human rights treaties ratified by Brazil, even before the EC n. 45/2004, assume "overlegal" status, and if approved as qualified under Article 5 § 3 of the Federal Constitution acquire constitutional status. The argument in this Court and won second part of the constitutional doctrine defends the status of those treated, regardless of quorum approval, by equating the other fundamental rights enshrined in the Federal Constitution, as Article 5, § 2, of the Constitution. Although the Supreme Court had intended to end the controversy still persists in the discussion about teaching status with the international human rights treaties enter the legal system paternal, which motivated this research. For the investigation of the problem we used the method of dialectical approach and procedure bibliographic coming up at the end, the conclusion that the application of the "pro homine", approved by the Federal Constitution the matter is resolved by the application of standard more favorable to man, whether domestically produced or internalized international law.

Keywords

Constitutionality. Conventionality. Human rights. Sovereignty. International treaties.

Sumário

1. Introdução. 2. Estado de Direito e Soberania. 3. Internalização e a Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil. 4 Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao término da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades do holocausto cometidas pelo nazismo, sob o escudo da soberania, a necessidade da afirmação dos direitos humanos passa a compor a pauta de discussões internacionais. Surge ao lado na ordem jurídica interna dos Estados uma ordem jurídica internacional, com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

A coexistência dessas duas ordens jurídicas não é tão harmoniosa quanto deveria ser, pois os Estados, sob o escudo de suas soberanias, oferecem resistência, em maior ou menor intensidade, à recepção da ordem internacional, dificultando, com isso, a ampla efetivação dos direitos humanos na ordem interna.

No Brasil a abertura do Direito interno para a ordem internacional ocorreu de forma intensa a partir da Constituição Federal de 1988, o que se deve ao período de redemocratização vivido após a ditadura, seguindo-se a ratificação da maioria dos tratados internacionais mais importantes, em especial no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

A maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente momento, lamentavelmente ainda não parece ter formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de direitos humanos. No Brasil isso se evidencia pela discussão doutrinária e jurisprudencial, de longa data, acerca do status que as normas desses tratados ocupam na ordem normativa interna. Enquanto se mantém essa discussão, a efetividade das normas de proteção aos direitos humanos vai sendo retardada.

A questão acerca do status ocupado pela ordem jurídica internacional em matéria de direitos humanos no Brasil, após sua internalização, parecia ter sido solucionada com a recente decisão do STF que reconheceu status de norma constitucional aos tratados internacionais de proteção aos direitos

humanos. A doutrina, contudo, não se conformou com essa decisão e ainda fomenta a controvérsia, que gira em torno de ocuparem eles status supranacional, supralegal, constitucional ou da legislação ordinária. Essa discussão reflete na maior ou menor efetivação das suas normas internacionais de direitos humanos no Direito interno.

Assim, utilizando-se o método de abordagem dialético e o de procedimento bibliográfico, buscar-se-á investigar qual é o status ocupado pelas normas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos internalizados, a relevância e implicações dessa discussão para a efetivação dessas normas no Direito pátrio.

2. ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA

O Estado de Direito surge na Idade Moderna em oposição ao Estado Absolutista,¹ na medida em que passou a se vincular à lei, na qual encontrava seu fundamento e os limites para suas ações. Afasta-se, pois, da ideia de concentração do poder nas mãos do rei para vincular o poder à lei e às garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente diante do próprio Estado.

Nessa transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito, o Direito coloca o poder do Estado sob seu império. O princípio básico do Estado de Direito é a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos fundamentais dos indivíduos perante esses poderes constituídos (Streck; Morais, 2006, p. 93).

¹ O Estado absolutista é aquela forma de governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência e controle de outros poderes, superiores ou inferiores; o poder todo era concentrado nas mãos dos monarcas, o que permitia a personificação do Estado com a figura do rei, ficando na História a frase de Luiz XIV, o rei Sol: *L'État c'est moi* – O Estado sou eu (Streck; Morais, 2006, p. 45).

O Estado de Direito formou-se na versão liberal (Estado mínimo), limitado tanto em seus poderes quanto funções, passando, em seguida, pelo modelo de Estado do bem-estar social (Welfare State), ocasião em que o Estado assume tarefas positivas, prestações públicas a serem asseguradas aos cidadãos como direitos peculiares à cidadania, chegando ao Estado democrático, com o acréscimo do ideal participativo e democrático. Esse processo de transição resta evidenciado por Hennig Leal ao afirmar:

Assim, Estado Liberal, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático nada mais são do que versões, pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdo diferenciados, da forma de Estado de Direito surgida a Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro. Desde então, a necessária vinculação de todos os poderes estatais à lei constitui característica fundamental sobre a qual se assentam as formas estatais subsequentes aqui abordadas (apud Barreto, 2009, p. 291).

O atual Estado de Direito está, pois, subordinado à Constituição, que pressupõe o direito de o povo elaborar essa mesma Constituição, na qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites, tornando-se um paradigma de organização e legitimação de sua ordem jurídica no âmbito de sua soberania. A participação do povo nas funções públicas, por meio da representação, forma o Estado Democrático de Direito.

A consagração dos direitos fundamentais na Constituição e a divisão dos poderes constituem a viga mestra de qualquer Estado constitucional de direito. É de Direito o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados no âmbito do Direito Interno e, também, nos grandes pactos, tratados e declarações internacionais.

Indissociável à formação e existência do moderno Estado de Direito está a noção de soberania. Trata-se de um dos elementos de composição do Estado, ao lado do povo e do território. A soberania é atributo estatal que se traduz como sendo “[...] um poder absoluto e perpétuo da República ou do Estado” (Bedin, 2012, p. 110).

O Estado moderno é soberano na esfera do seu território (componente físico) em relação aos indivíduos que a ele estão vinculados (componente humano). Assim, a comunidade internacional é formada por vários Estados soberanos que convivem entre si.

O sistema de Estados fechados em suas soberanias e negação da existência de direitos comuns, como se estruturou o Estado quando da criação, deixou de responder às necessidades contemporâneas. No período do pós-Guerra, como resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo,² é que a comunidade internacional se uniu em prol da reconstrução dos direitos humanos e que se iniciou o delineamento do sistema internacional de proteção de direitos humanos, superando-se a noção da soberania clássica da Paz de Westfália.³ Surge a nova feição do Direito Constitucional ocidental, com ênfase no valor da dignidade da pessoa humana, como se extrai da doutrina de Piovesan:

² A principal referência é o holocausto, que foi o processo de extermínio de milhões de pessoas que faziam parte de grupos politicamente indesejados pelo então regime nazista fundado por Adolf Hitler e que dominou o período da Segunda Guerra Mundial, majoritariamente judeus. Esses grupos pereceram lado a lado nos campos de concentração, de acordo com textos, fotografias e testemunhos de sobreviventes, além de uma extensa documentação deixada pelos próprios nazistas com o saldo de registros estatísticos de vários países sob ocupação (Hannah Arendt).

³ A Paz de Westfália ou Tratado de Westfália (1948), como fato histórico, põe fim à chamada Guerra dos Trinta Anos (1618), que foi uma das mais longas e cruéis guerras europeias, travada por exércitos com poderes devastadores. No processo de elaboração desse tratado participaram quase todos os Estados europeus. É, pois, o momento de afirmação e consolidação do Estado moderno, que se apresenta, desde então, na sociedade internacional, como um dos poderes soberanos, uma potência, idêntica a todos os demais países, estando livre para qualquer vínculo de dependência ou subordinação a outros poderes inferiores ou superiores (Bedin, 2011).

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações dos direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (2012a, p. 42).

A incorporação dos direitos humanos ao Direito Internacional após a Segunda Guerra Mundial ocorreu com a assinatura da Carta das Nações Unidas, em 1945, e, posteriormente, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Bielefeldt, ao se referir a essa Declaração, afirma que “[...] era o primeiro documento internacional, cujo mérito também é o de dar início a uma visão positiva dos parâmetros de direitos humanos à jurisprudência dos povos [...]. (2000, p. 41).

A Declaração Universal de 1948 introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, restando a dignidade da pessoa humana erigida a fundamento dos direitos humanos. Inicia-se a formação de um sistema normativo global no âmbito das Nações Unidas. Para Piovesan,

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, a concepção contemporânea aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos (2012b, p. 31-42).

Assim, ao lado do sistema normativo local, nasce o sistema global e também os sistemas normativos regionais, particularmente na Europa, América e África. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos são inspirados numa ordem superior que deve ser respeitada pelos Estados na realização do propósito comum de proteção, inclusive no âmbito do ordenamento jurídico interno, nas relações do poder público e dos indivíduos (Trindade, 2002).

Na medida em que os Estados passaram a se sujeitar a uma normatividade internacional (global ou regional), a noção de soberania estatal experimentou um processo de relativização. “Na área dos direitos humanos, as construções internacionais existentes ultrapassam as noções tradicionais de soberania e interesses” (Alves, 2011, p. 5).

Nas relações que se estabelecem na comunidade internacional entre Estados soberanos há que se passar necessariamente pelo atributo constitutivo da soberania. Enquanto internamente a soberania se caracteriza pela existência de uma autoridade com poder supremo, externamente, nas relações entre comunidades políticas soberanas, não há qualquer autoridade com pretensão de supremacia (Arguelhes, 2009, p. 763).

O crescente aumento de tratados e normas internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos, leva os agentes políticos a repensar o conceito clássico de soberania, a fim de viabilizar a integração e convivência entre os Estados. Tal situação é abordada por Arguelhes, consoante se depreende do texto que segue:

Externamente, embora não exista uma autoridade última no âmbito internacional, processos como os de integração e formação de blocos regionais dificultam a aplicação do conceito tradicional de soberania. [...] Novas formas de atuação na esfera internacional e a crescente necessidade de cooperação transnacional na tomada e execução de decisões políticas criam uma rede de compromissos que limita o espaço para decisões unilaterais. É inegável que o Estado continua a ser um ator importante. Mas será ainda soberano, no sentido do Tratado de Westfália? O artefato do Estado soberano representa apenas uma dentre

as possíveis maneiras de conectar e legitimar os antigos fatos do poder e da autoridade. A construção de um vocabulário político e jurídico adequado ao mundo contemporâneo talvez dependa da invenção de novas maneiras de realizar essa conexão (apud Barreto, 2009, p. 767).

Relativizar a soberania dos Estados implica reconhecer uma ordem normativa superior que, em razão da natureza dos direitos que protege, deve se sobrepor a qualquer ordem normativa interna. Os Estados são soberanos numa certa medida, ou seja, desde que o poder jurídico interno consagrado não conflite com a ordem jurídica dos sistemas globais e regionais de direitos humanos. Os principais problemas do planeta são comuns aos Estados-nação, razão pela qual não podem mais ser resolvidos por um grupo de países ou mesmo um único país e a consagração da teoria dos direitos fundamentais “[...] revelam total incompatibilidade do tema direitos humanos com a idéia tradicional de soberania” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 144).

Modernamente verifica-se uma abertura cada vez maior do Estado constitucional à ordem jurídica supranacional ou internacional, evidenciando que o constitucionalismo contemporâneo caminha ao encontro das normas internacionais destinadas a proteger o ser humano. O Direito Constitucional do Estado é, pois, complementado pelo Direito Internacional e, por isso, “não são dois modelos excludentes – ao contrário, são complementares um do outro” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 55).

Nesse contexto de coexistência e abertura do Direito Interno à ordem jurídica internacional, relevante se apresenta a questão de qual status hierárquico os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no sistema normativo brasileiro após o processo de internalização, pois é nessa medida que terão maior ou menor efetivação.

3. INTERNALIZAÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O processo jurídico pelo qual a ordem normativa internacional ou supranacional é incorporada à ordem normativa interna dos Estados soberanos pode ser denominado de internalização. Apesar da abertura dos sistemas da

maioria dos Estados à ordem normativa internacional que trata dos direitos humanos, em especial após a Segunda Guerra Mundial, ainda se convive com a resistência oferecida por alguns Estados, sob o escudo da soberania clássica que acompanha a noção de Estado desde a Idade Moderna à efetivação desses direitos.

A coexistência da ordem normativa interna e internacional, segundo a doutrina, é norteadada de acordo com a teoria adotada pelos Estados. Nessa linha, a doutrina ocidental apresenta duas teorias: a monista, concebida por Hans Kelsen, e a dualista, idealizada inicialmente por Heinrich Triepel (Leal, 2008, p. 148).

A teoria monista sustenta a existência de uma única fonte jurídica internacional soberana, a partir do que não reconhece a existência de ordens jurídicas estatais soberanas. Havendo um sistema jurídico internacional soberano, não há que se falar em ordens jurídicas estatais soberanas. Esse modelo implica exclusão da soberania estatal e, por consequência, não há que se falar em conflito entre as normas jurídicas de Direito Interno com as de Direito Internacional. Somente é soberana a ordem internacional, sendo cada Estado autônomo, mas subordinado àquela ordem normativa (Monteiro, 2011, p. 42).

Já para a teoria dualista existem dois sistemas jurídicos distintos, o interno e o internacional, que caminham paralelamente. De um lado, o Direito Interno que regula as relações entre os indivíduos e o Estado na esfera do seu respectivo território, e, de outro, o Direito Internacional, que regula as relações entre Estados. Daí decorre que as normas de Direito podem ter fontes jurídicas distintas (interna e internacional), mas a ordem jurídica internacional para ter validade local está condicionada a sua incorporação ao Direito Interno por ato legislativo. Somente após regular processo de internalização é que ela se torna aplicável pelos órgãos estatais. Sobre o tema discorre Monteiro:

Em síntese, pelo modelo dualista, direito interno e direito internacional são ordens jurídicas díspares e independentes, pois têm fontes jurídicas distintas. Por serem sistemas jurídicos que tratam de objetos distintos e

que não se confundem, suas normas têm conteúdo igualmente distinto, o direito internacional não pode ser aplicado diretamente no âmbito interno, o direito interno não pode ser aplicado diretamente no âmbito internacional e, em razão disso, não há possibilidade de conflito entre ambos. No caso de o direito interno contrariar o direito internacional, aquele, no âmbito interno, é considerado lícito e deve ser aplicado pelo juiz, respondendo o Estado, por descumprimento de um compromisso no âmbito internacional (2011, p. 33).

As duas teorias têm sido aplicadas pelos Estados e cada qual com suas particularidades e, em matéria de normas de proteção aos direitos humanos a doutrina predominante tem entendido que o Brasil se filia à doutrina dualista, pela qual há duas ordens jurídicas distintas. Tal assertiva se extrai do próprio texto constitucional, em especial do artigo 102, III, b, da Constituição Federal⁴ e artigo 5º, § 3º do mesmo texto legal,⁵ e também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que evidenciam aspectos da relação entre o Direito Interno e os tratados. Segundo Leal:

Os dualistas, por sua vez, que representam exatamente aqueles sistemas jurídicos como o nosso, adotam a recepção como uma das formas de receber a norma jurídica internacional, sustentando que há dois sistemas jurídicos distintos e independentes: um interno e outro externo. Nesses casos, especificamente, sustentam que a norma internacional,

⁴ Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) [...];

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

⁵ Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 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.

em realidade, quando é recebida pelo ordenamento jurídico interno, perde quase toda a característica de norma internacional. Passa a ser, efetivamente, uma norma interna. Até porque, nos regimes como o nosso, onde há necessidade do recebimento legislativo dessa norma jurídica internacional, antes da sua transformação, ela não tem validade nem eficácia (2008, p. 148-149, grifos nossos).

A partir da adesão à corrente dualista impõe-se a edição de um ato normativo nacional para que os tratados internacionais ratificados produzam efeitos no ordenamento jurídico interno. “No caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno” (Piovesan, 2012c, p. 152).

Piovesan, contudo, discorda do posicionamento doutrinário prevalente, firmando posição no sentido de que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm aplicabilidade imediata, produzindo efeitos independentemente da edição de decreto de execução, o que reflete a adoção da teoria monista. A concepção dualista, segundo a autora, é adotada apenas para os tratados que versem sobre temas diversos dos direitos humanos, o que evidencia a adoção de um sistema misto (2012c, p. 154).

A filiação do sistema brasileiro à teoria dualista faz emergir a discussão sobre a relação entre as duas ordens jurídicas, em especial como se dá a incorporação do sistema jurídico internacional ao sistema interno e qual o status que essa ordem internacional incorporada passa a ocupar internamente, bem como qual deve ser o paradigma para a produção legislativa interna.

A partir do ano de 1988 e sob o viés de redemocratização que vivia o Estado brasileiro desde o fim da ditadura, é que o constitucionalismo iniciou seu processo de abertura e conexão com a ordem normativa internacional, em especial no que tange ao tema relativo aos direitos humanos, mediante intensa ratificação de inúmeros tratados internacionais (Mazzuoli, 2011, p. 28).

Os direitos fundamentais, tal como estruturam o Estado de Direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos como um núcleo básico do Direito Internacional vinculativo das ordens jurídicas internas e a partir da Constituição de 1988 encontram amparo no Brasil. Segundo Mazzuoli, “[...] é necessário atentar para o fato de que a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país” (p. 2011, p. 26).

O maior avanço na abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos humanos está consagrado no disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal,⁶ ao introduzir expressamente o Direito Internacional como fonte do sistema interno de proteção de direitos humanos ao lado do Direito produzido internamente. Nesse sentido Mazzuoli afirma que

[...] a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção de direitos humanos, quando, no § 2º, do seu art. 5º, deixou bem estabelecido que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifo do autor) (2011, p. 28).

Admitido o Direito Internacional como fonte do Direito Interno, desde que ratificado pelo Estado brasileiro, nos termos do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, estabeleceu-se discussão doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito ao status com que essas normas internacionais de direitos humanos ratificadas pela República Federativa do Brasil passariam a ocupar

⁶ § 2.º 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.

no sistema jurídico interno e qual seria o paradigma para a produção da ordem interna. Várias teses foram construídas, dentre as quais a da supraconstitucionalidade, da equivalência à lei ordinária, de status supralegal e constitucional.

A tese da hierarquia supraconstitucional defende que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos devem preponderar inclusive sobre as normas constitucionais. Já a tese da hierarquia de lei ordinária dos tratados internacionais se fundamenta no fato de que os tratados não têm legitimidade para confrontar ou complementar os preceitos de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, e, por isso, devem estar em patamar inferior à Constituição, integrando o sistema como lei ordinária, até mesmo porque submetidas ao mesmo processo de aprovação das leis ordinárias (Monteiro, 2011, p. 155).

A doutrina da supralegalidade, por sua vez, propõe a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos num espaço intermediário entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal. Os tratados não têm hierarquia constitucional, mas diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, estão acima da legislação ordinária (Monteiro, 2011, p. 154).

Por fim, forma-se também, na doutrina, a posição de que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm status de norma constitucional. Para os que defendem essa tese, dentre eles Mazzuoli e Piovesan, o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal constitui uma cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil na condição de direitos fundamentais.

Segundo Mazzuoli, a redação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, por si só, atribui aos tratados internacionais status de norma constitucional, uma vez que a Constituição, não os excluindo, acaba por incorporá-los ao rol de direitos por ela protegidos e lhes dá a mesma eficácia que aos demais direitos fundamentais nela consagrados expressamente (2010, p. 97).

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade humana e os direitos fundamentais como orientadores de todo sistema jurídico nacional e nesse contexto é que o § 2º do artigo 5º deve ser interpretado quando se trata de incorporação dos tratados internacionais. Assim, ao incorporar esses tratados a Constituição pretendeu atribuir-lhes condição de norma constitucional (Piovesan, 2012a, p. 53).

Essa última corrente doutrinária que sustenta a equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados ao status de norma constitucional defende, também, que esses tratados internacionais têm aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente da sua fonte, se no Direito Interno ou Internacional (Piovesan, 2012a, p. 55).

Diante dessa discussão doutrinária o legislador pátrio pretendeu pôr fim à edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, pela qual restou acrescentado o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.⁷ A inovação legislativa dá tratamento diferenciado aos tratados internalizados que tratam de temas diversos daqueles que versam sobre direitos humanos, ao dispor que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria qualificada dos votos dos respectivos membros, adquirem status constitucional, mas é omissa quanto ao status dos tratados de direitos humanos que não são aprovados dessa forma.

A novidade legislativa solucionou em parte a questão. Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos aprovados na forma qualificada prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal passam a ocupar o status de norma constitucional, mas e os demais não aprovados dessa forma

⁷ § 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.

e os tratados comuns? O legislador, portanto, não conseguiu colocar termo às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil (Mazzuoli, 2011, p. 34).

No âmbito da jurisprudência ultrapassada do Supremo Tribunal Federal (RE 80.004-SE), os tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, “[...] valiam tanto quanto a lei, no que se consagrava o chamado sistema paritário. Leis ordinárias e tratados (inclusive os de direitos humanos) ocupavam o mesmo patamar jurídico no que concerne à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 82). Essa tese sustentava-se na autoridade soberana da Constituição Federal, subordinando os tratados, convenções e pactos internacionais devidamente aprovados pelo Legislativo e promulgados pelo Presidente da República às normas constitucionais (Moraes, 2000, p. 304).

O rompimento com essa jurisprudência até então dominante no Supremo Tribunal Federal ocorreu com a decisão proferida RE n. 466.343/SP, envolvendo a problemática da prisão civil do depositário infiel, na qual restou reconhecido status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes ou depois da EC n. 45/2004, os quais poderão alcançar status constitucional se aprovados na forma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Relevantes na referida decisão foram os votos do ministro Gilmar Mendes, que sustentou a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, diga-se, a tese, por ora, vencedora, e do ministro Celso de Mello, que defendeu o status constitucional desses tratados. Tais teses “[...] são divergentes na intensidade (gradualidade), mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado (de Direito e de Justiça). Estão a demonstrar um novo caminho, um novo horizonte no direito brasileiro [...]” (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 83).

A partir da tese vencedora da supralegalidade (RE 466-343-1-SP) restou conferido status supralegal ao Pacto Internacional de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, além de ter sido atribuído efeito paralisante à eficácia de toda ordem normativa interna infraconstitucional que com os seus termos conflitasse, donde decorre a insubsistência no Brasil da prisão civil por depositário infiel.

Segundo essa tese, os tratados internacionais de direitos humanos não ratificados na forma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, encontram-se em patamar inferior à Constituição e, por isso, não têm legitimidade para modificá-la, entretanto como se situam em nível superior à ordem normativa ordinária, esta deve com aqueles se compatibilizar, razão pela qual toda legislação infraconstitucional deve manter-se paralisada se conflitante com a ordem internacional (Gomes; Mazzuoli, 2010, p. 104).

Já a tese vencida no Supremo Tribunal Federal e sustentada pelo ministro Celso de Mello no HC 87.585-TO e no RE 466-343-1-SP, atribui aos tratados internacionais em direitos humanos ratificados pelo Brasil o status constitucional, diante da disposição do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Os tratados dessa natureza aprovados ou não na forma do § 3º, do artigo 5º, são materialmente constitucionais. A forma qualificada para a aprovação apenas os torna também formalmente constitucionais. Por essa razão, afirma o ministro que o Pacto Internacional de São José da Costa Rica se reveste de caráter constitucional e não supralegal.

A tese pela hierarquia materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil nos termos do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, independentemente do quorum com que foram ratificados e se anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004, atualmente vencida no Supremo Tribunal Federal, encontra adeptos na doutrina, o que fomenta a discussão sobre o tema.

Piovesan reitera sua tese pela constitucionalidade material das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, com fundamento apenas no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, independentemente da forma pela qual são aprovados e ratificados internamente, antes e após o advento da EC n. 45/2004. Para ela, “o quorum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno” (2012a, p. 57).

Segundo a autora, a partir do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, afirma-se a existência de duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os formalmente constitucionais. Na primeira leva-se em conta o conteúdo; na segunda, o procedimento legislativo com o qual se dá a votação, aprovação e ingresso da ordem normativa interna. Para Piovesan, entretanto, o conteúdo (direito fundamental) deve prevalecer sobre a forma de aprovação do seu texto (2012a, p. 63).

Mazzuoli, na mesma linha de raciocínio, sustenta que o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos no nível hierárquico das normas constitucionais, tenha isso ocorrido na forma do artigo 49, I, da Constituição Federal (Decreto Legislativo e por maioria simples), ou pela forma qualificada do artigo 5º, § 3º, CF. O fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais não impede a sua caracterização como norma materialmente constitucional, de modo que toda normatividade interna deve com eles se compatibilizar, sob pena de invalidade. O quorum qualificado para aprovação apenas tem poder de lhes atribuir eficácia formal de norma constitucional (Mazzuoli, 2011, p. 51).

Para os defensores dessa tese, os tratados internacionais de direitos humanos que forem ratificados pelo Brasil após a Constituição Federal de 1988, antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, adquirem status de norma materialmente constitucional, independentemente do quorum com que foram aprovados. Para que adquiram status formalmente constitucional

devem ser submetidos à aprovação na forma do artigo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, quando se revestem de força para reformar o texto constitucional, consoante a potencialidade jurídica de toda emenda constitucional.

Mazzuoli argumenta que melhor seria considerar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil apenas como normas de status constitucional, pois nesse caso eventual conflito seria resolvido pelo princípio da primazia da norma mais favorável. Referida posição é também compartilhada por Cançado Trindade (2002, p. 58).

Em suma, a questão sobre o status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil se mantém entre a tese, por ora vencedora, no Supremo Tribunal Federal, da suprallegalidade, e a tese da constitucionalidade. A adoção de uma ou outra importa para a análise da validade dos tratados internacionais de direitos humanos (fontes externas) quando em antinomia com o Direito Interno (fontes internas).

A doutrina clássica propõe três critérios para a solução de antinomias entre normas jurídicas dentro de um mesmo ordenamento jurídico, que são o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Tais critérios têm sido aplicados também às antinomias entre Direito Interno e Internacional, sem, contudo, a eficácia desejada, uma vez que não solucionam todas as antinomias (Mazzuoli, 2010, p. 93).

Seguindo-se os critérios tradicionais e sendo a norma internacional de proteção dos direitos humanos incorporada ao Direito Interno com status suprallegal (entre a Constituição e a legislação ordinária), consoante tese, por ora, vencedora no Supremo Tribunal Federal, se aplicado o critério hierárquico, pelo qual a norma superior deve prevalecer, a norma constitucional deveria prevalecer sobre a internacional. Nesse passo, apresenta-se incoerente a tese do STF, pois se as normas do Pacto de São José da Costa Rica não preveem a possibilidade de prisão civil por depositário infiel e têm status suprallegal,

pelo critério hierárquico não poderiam contrariar a norma constitucional que prevê essa possibilidade, ou seja, a norma constitucional deveria prevalecer sobre a internacional internalizada.

Se os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao Direito Interno com status constitucional, consoante tese, por ora, vencida no Supremo Tribunal Federal, e conflitarem com a Constituição Federal, há que se aplicar o critério cronológico, ou seja, a norma posterior que trate do mesmo tema revoga a anterior, posto que da mesma hierarquia, pois “[...] somente se ambas as normas em conflito possuírem a mesma hierarquia dentro de um ordenamento jurídico é que se utiliza o critério temporal para saber qual delas deve prevalecer” (Monteiro, 2011, p. 57-58). Nesse caso, ingressando as normas do Pacto de São José da Costa Rica no Direito Interno como norma constitucional, ter-se-ia de reconhecer revogada a disposição constitucional anterior que admitia a prisão por depositário infiel.

A considerar o critério da especialidade, ter-se-ia de verificar qual das normas apresentaria grau de especialidade para então aplicá-la. Tal critério, contudo, não guarda relação com a discussão da hierarquia legislativa ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos no Direito Interno e qual deles deva ter aplicabilidade no caso de antinomia entre suas normas, uma vez que se refere ao conteúdo da norma e não a sua posição hierárquica no sistema jurídico.

Diante da insuficiência dos critérios tradicionais para a solução das antinomias entre a ordem interna e a internacional em matéria de direitos humanos, a doutrina indica a aplicação do princípio internacional pro homine, segundo o qual deverá prevalecer a norma que melhor proteger a pessoa sobre outra de igual, inferior, ou até mesmo hierarquia superior. A tradicional regra da hierarquia acaba cedendo frente ao caráter mais favorável de outra norma, mesmo que de hierarquia inferior, desde que melhor proteja o ser humano. Segundo Mazzuoli:

Nem se diga que haveria um problema de “ilegalidade” de se aplicar uma norma inferior em detrimento de outra hierarquicamente superior, pois é a própria norma superior (v.g. a norma convencional em causa, na sua “cláusula de diálogo”, ou até mesmo a norma constitucional, como o art. 4º, inciso II, da Constituição brasileira de 1988, que expressamente consagra o princípio internacional pro homine) que exige que se aplique, no caso concreto, a norma mais favorável ao ser humano. [...] Percebe-se, aqui, um novo modelo hierárquico na ordem jurídica brasileira, que é a hierarquia substancial em detrimento da hierarquia apenas formal, tal como compreendida pelo já ultrapassado positivismo legalista (2010, p. 105).

Sobre essa questão Piovesan também sustenta que o critério a ser aplicado no caso de antinomia entre normas de direitos humanos e Direito Interno é o da primazia da norma que melhor proteja os direitos da pessoa humana e “[...] a escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano” (2012c, p. 166).

No Brasil a aplicação do princípio internacional pro homine tem força de princípio geral do Direito e se materializa diante da previsão do princípio fundamental da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, nos termos dos artigos 1º, III e 4º, II,9 ambos da CF, respectivamente. Esse princípio é uma construção de natureza moral que deve ser levado em consideração quando da aplicação do Direito (Monteiro, 2011, p. 92).

⁸ Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

⁹ Artigo 4º. A República Federativa do Brasil rege-se-á nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

Logo, se a norma internacional de direitos humanos incorporada ao Direito brasileiro se apresenta mais favorável ao ser humano e ela conflitar com a Constituição Federal, por aplicação do princípio *pro homine* deverá prevalecer independentemente do status hierárquico que ela ocupa no sistema jurídico pátrio. Nesse caso, a Constituição transige diante da norma internacional mais benéfica à vítima. Gomes e Mazzuoli resumem a questão afirmando:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos, favorável ao ser humano, possui eficácia paralisante (invalidante) das normas internas em sentido contrário (sejam legais ou constitucionais). De outro lado, quando o direito internacional dos Direitos Humanos conflita com a Constituição brasileira, restringindo o alcance de algum direito ou garantia, vale a constituição. Prepondera, como se vê, sempre o direito mais favorável (a norma mais favorável). Essa é a lógica (dialogal) do princípio *pro homine*. E trata-se de um “diálogo de transigência”, isto é, a Constituição transige diante do texto internacional mais favorável (2010, p. 110).

A impossibilidade da aplicação dos critérios tradicionais para a solução das antinomias entre tratados internacionais de direitos humanos internalizados e o Direito Interno, e incidência da primazia da norma mais benéfica ao ser humano, independentemente de sua fonte (interna ou internacional) e posição hierárquica no sistema normativo, esvazia a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do status com que os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao Direito Interno e perde relevância. Se as normas do tratado internacional são mais favoráveis ao ser humano, deverão prevalecer sobre a ordem interna de qualquer hierarquia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internalização é um processo que revela uma tendência contemporânea de prestigiar as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Não se pode esquecer a importância que esse processo representa, na medida

¹ – prevalência dos direitos humanos.

em que, superando a noção clássica de soberania, admite-se a coexistência da ordem jurídica interna e internacional. A recepção da ordem internacional de proteção aos direitos humanos pelo Direito Interno implica, portanto, relativizar a soberania estatal.

Admitida a incorporação do sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, surge a questão de qual o status que essa ordem internacional passa a ocupar na ordem normativa interna quando entre elas ocorrer antinomia. Para a solução dessa questão são aplicados os critérios doutrinários utilizados para resolver as antinomias entre normas internas: o hierárquico e o cronológico.

O sistema normativo pátrio é hierarquizado e no seu topo encontra-se a Constituição Federal, que serve de parâmetro para toda ordem normativa infraconstitucional. Assim, conforme o status normativo atribuído ao tratado internacional de proteção aos direitos humanos é que resolverá eventual antinomia com o Direito Interno.

Nesse contexto surgiu a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a força que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados devem ocupar no Direito Interno, que pode ser resumida da seguinte forma: se a ordem internacional se sobrepõe à ordem interna, aplica-se sempre aquela; se adquirir status de norma ordinária, somente é aplicada se não contrariar a Constituição Federal; se incorporada como norma supralegal, de qualquer forma deve manter-se coerente com a Constituição Federal; e, por fim, se ocupar hierarquia de norma constitucional, aplicando-se o critério cronológico, deve prevalecer a norma mais recente.

Após muita controvérsia sobre a posição hierárquica que os tratados internacionais em direitos humanos devem ocupar na ordem interna após sua internalização, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo, por maioria, que referidos tratados têm força de norma supralegal, sobrepondo-se, inclusive, às normas constitucionais.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal não se alinha aos critérios tradicionais propostos pela doutrina para a solução das antinomias entre a ordem jurídica interna e internacional, mas se coaduna com o princípio internacional denominado *pro homine*.

Aplicando-se o princípio *pro homine* há que incidir a norma mais favorável ao ser humano. Se a norma mais favorável tiver sua fonte em tratado internacional de proteção aos direitos humanos, independentemente do status normativo que lhe for atribuído na ordem interna, deverá prevalecer, se estiver em antinomia com o Direito Interno de qualquer hierarquia, até mesmo constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. (Ensaio).

ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar, 2009.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o nascimento do Estado moderno*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

_____. *A Sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BRASIL. *Constituição, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. V. 5. (Coleção Direito e Ciências Afins).

LEAL, Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar, 2009.

LEAL, Rogério. A difícil relação entre direitos humanos e fundamentais e o Judiciário brasileiro: aspectos de um perfil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). *Conflitos, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre o novo cenário social*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. V. 4.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012c.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Consolidação da capacidade processual na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). *Direitos Humanos no século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação Alexandre Gusmão, 2002.

Recebido em: 16/11/2012

Revisões requeridas em: 27/11/2012

Aprovado em: 18/12/2012