

**MONISMO E DUALISMO NO DIREITO INTERNACIONAL E A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A
INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO
ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

EL MONISMO Y EL DUALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LOS
TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Fábio Andrade Medeiros¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a relação existente entre o direito internacional e o direito interno de cada País, a partir da visão monista e dualista, dando ênfase à incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, analisando a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre essa matéria. Desde que surgiram os primeiros conflitos na aplicação das normas de direito internacional, quando estas colidem com a legislação interna dos Países, estabeleceu-se na doutrina e na jurisprudência uma divisão sobre como enfrentar esses conflitos, com defensores da prevalência do direito internacional sobre o direito interno (monismo), e, em contraponto a essa tese, os defensores de que deve prevalecer nessa situação o direito interno de cada País (dualismo). O trabalho apresenta as ideias e conceitos centrais dessas duas vertentes e demonstra a aplicação delas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando esses tratados versam sobre direitos humanos.

Palavras- chave: Direitos humanos; Tratados; monismo; dualismo.

Abstracto: El objetivo de este trabajo es analizar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país, desde el punto de vista monista y dualista, enfatizando la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, analizando la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema brasileña sobre la materia. Desde los primeros conflictos que surgieron en la aplicación de las normas del derecho internacional, cuando chocan con las leyes internas de los Países, fue fundada en la doctrina y en la jurisprudencia una división en la forma de abordar estos conflictos, con los defensores de la primacía del

¹ Mestrando em Direito Internacional na Universidade Católica de Santos – UNISANTOS. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Professor de Direito Constitucional I e II no Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Advogado.

derecho internacional sobre el derecho interno (monismo) y contrapunto a esta tesis, los defensores que deben prevalecer en esta situación el derecho interno de cada país (dualismo). El documento presenta los principales conceptos e ideas de estas dos vertientes y demuestra la aplicación de los mismos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo cuando estos tratados se ocupan de los derechos humanos.

Palabras-claves: Derechos humanos; Tratados; monismo; dualismo.

Introdução

O debate sobre a relação estabelecida entre o direito internacional e o direito interno de cada Estado, conquanto seja antigo, ainda é um tema aberto e em construção, tanto na doutrina quanto na jurisprudência de diversos países, incluindo o Brasil.²

Sobre essa questão, Virginia Leary destaca

A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários: essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos.

Esse debate é mais intenso e complexo, e desperta maiores dúvidas e problemas, quando se trata de analisar a forma como os tratados que versam sobre direitos humanos são incorporados à legislação interna e qual a relação que se estabelece entre eles e as normas constitucionais e infraconstitucionais produzidas pelo Poder Legislativo de cada País.

A análise aqui feita, após expor como a doutrina nacional e estrangeira trata do assunto, focará na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional, mormente os tratados de direitos humanos, que registra ao longo da sua história significativas variações e avanços, embora ainda seja um tema aberto que precisa de novos encontros.

1. Direito internacional e direito interno

Desde a maior concretização e positivação do direito internacional o debate sobre como as normas decorrentes de tratados e convenções se relacionam com o

² Virginia Leary. apud Flávia Piovesan, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

direito interno de cada um dos Países que formam a comunidade internacional ganhou corpo. A questão é saber se as normas de direito internacional, perante as quais os Estados se obrigam internacionalmente, geram direitos exigíveis pelos cidadãos dentro dos seus países, e a partir de quando isso ocorre.

Outra questão a ser respondida consiste em saber se o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos independentes, estanques, ou dois ramos de um mesmo sistema jurídico. E por fim, outra indagação se impõe, como resolver os eventuais conflitos entre uma norma de direito internacional e uma norma de direito interno de cada País.

Essa discussão, e as respostas para essas perguntas, sempre foi polarizada em duas posições doutrinárias antagônicas, denominadas de monismo e dualismo e até hoje suscitam debates e controvérsias doutrinárias e jurisprudências.

Examinando essa questão, e após fazer um longo estudo sobre como diversos países do mundo cuidam dessa incorporação dos tratados ao seus ordenamentos internos, o jurista britânico Malcolm Shaw afirma conclusivamente que tanto a forma de ingresso, como a prevalência dos tratados sobre o direito interno de cada país, não é um princípio geral e consolidado no direito internacional.³

2. Monismo

Para os defensores da teoria monista, o direito é unitário, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais, sendo assim, as normas internacionais e internas são partes integrantes de um mesmo ordenamento.

Porém, dentro do monismo, mesmo existindo consenso na ideia fundamental de que o direito é um só, existe uma divisão entre aqueles que entendem que em caso de conflitos entre normas de direito internacional e de direito interno deve prevalecer o direito interno, tese defendida dentre outros por Hegel, e outros que defendem que nos casos de conflitos entre essas normas deve prevalecer o direito internacional, posição defendida por Kelsen.

³ Malcolm N. Shaw. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 135.

Apesar desse dissenso a jurisprudência internacional reconhece invariavelmente a primazia do direito internacional sobre o direito interno quando ocorrer conflito entre ambos. Esse caráter de preeminência do direito internacional foi declarado em parecer pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1930, nos seguintes termos “É princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de tratado, as disposições de lei interna não podem prevalecer sobre o tratado”⁴.

Mais tarde esse princípio foi reafirmado na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que destaca, no seu artigo 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

3. Dualismo

Já os dualistas, defendem que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes entre si, e que para ter validade internamente o direito internacional precisa passar por um processo de incorporação ao direito interno de cada País. Consequentemente, o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, salvo se suas normas fossem transformadas em direito interno, conforme as regras adotadas por cada País para essa transformação.

Também entre os dualistas existe uma divisão, segundo a forma como as normas de direito internacional devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico interno. Assim, o dualismo se divide em radical ou extremado e moderado ou mitigado. O **dualismo radical** prega que a internalização dos tratados internacionais deve ocorrer por meio de lei; já o **dualismo moderado** considera que a internalização de uma norma internacional pode ocorrer por meio de ato infralegal, como um decreto presidencial.

Claro exemplo de país que adota o dualismo radical, o Reino Unido já afirmou e reiterou diversas vezes, através de decisões da Câmara dos Lordes, que “um tratado não faz parte do direito inglês a menos que, e até que, seja incorporado a esse direito por meio da legislação”.⁵

⁴ Hildebrando Accioly. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

⁵ Malcolm N. Shaw. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 115.

Segundo Malcolm Shaw, essa posição já foi reiterada em diversos julgados sobre a matéria, em um destes, Lorde Templeman destacou

Exceto na medida em que um tratado se incorpore por lei parlamentar às leis do Reino Unido, os tribunais do Reino Unido não têm o poder de fazer valer os direitos e obrigações de tratados, nem a pedido de um governo soberano, nem de uma pessoa privada.⁶

4. Posição adotada no Brasil

O Brasil adota um dualismo mitigado ou moderado para incorporar ao seu ordenamento interno as normas de direito internacional decorrentes de tratados ou convenções internacionais, porquanto

somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus cocontratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio.⁷

Mesmo para os tratados que cuidam de direitos humanos há no Brasil a necessidade de decreto presidencial para integrar a norma internacional ao ordenamento jurídico nacional, como foi feito recentemente com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

Apesar disso, há quem defenda doutrinariamente a não necessidade de decreto presidencial para todo e qualquer tratado, bastando a publicação no Diário Oficial do aviso de ratificação e de aviso de entrada em vigor no País, em um modelo assemelhado ao que dispõe a Constituição Portuguesa, no art. 119, inciso I, alínea b.⁸

5. Tratados que versam sobre direitos humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional

⁶ Malcolm N. Shaw. *op. cit.* p. 115.

⁷ Hildebrando Accioly. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

⁸ André de Carvalho Ramos. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 3º ed. São Paulo Saraiva 2013, p. 259.

O grande problema dessa matéria surge quando entra em cena a discussão sobre a incorporação ao ordenamento jurídico nacional dos tratados que versam sobre direitos humanos, principalmente depois da Constituição de 1988. Nesse caso, existem pelo menos quatro posições distintas, que defendem: a). a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b). a hierarquia constitucional; c). a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Agustin Gordillo, um dos defensores da hierarquia supraconstitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos afirma que “a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e imperatividade”.⁹

Defendendo a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, Flávia Piovesan destaca que estes, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, independentemente do quórum para sua aprovação, são normas materialmente constitucionais e compõem o bloco de constitucionalidade.¹⁰

A tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais foi defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 79.785-RJ, quando ele destacou que era necessário aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, mesmo contra a lei ordinária, caso necessário.¹¹

6. Tratados de direitos humanos na Constituição Federal de 88

A Constituição brasileira não trata especificamente sobre o modo como os tratados de maneira geral devem ser incorporados ao ordenamento interno. Quanto aos tratados de direitos humanos, também não houve uma regulamentação clara, apenas a referência do parágrafo 2º, do art. 5º, que dispõe “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

⁹ *apud* Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103

¹⁰ Flávia Piovesan. *op. cit.*, p. 124.

¹¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em 30/07/2014.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ocorre que desde o surgimento da Constituição sempre houve muitas dúvidas e divergências sobre a correta interpretação desse parágrafo, e conseqüentemente, sobre como deveriam ser considerados internamente os tratados e convenções sobre direitos humanos, já que anteriormente à Constituição de 88 o STF consolidou sua jurisprudência no sentido de definir os tratados internacionais como normas incorporadas ao ordenamento jurídico nacional na mesma condição das leis ordinárias federais.

Outras Constituições trataram essa questão de forma mais clara, sem deixar qualquer dúvida sobre em que grau hierárquico se situam os tratados de direitos humanos após a sua incorporação ao direito interno. A Constituição Argentina afirma, no seu artigo 75, inciso 22, que enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.¹²

A constituição da Venezuela, de 1999, estabelece no seu art. 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 la ley de

¹² **CF, art. 75, inciso 22.** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Como se percebe, essas constituições trataram de deixar bastante claro que os tratados internacionais que cuidam dos direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico nacional como normas constitucionais. O fato da Constituição Brasileira não ter sido tão clara sobre essa questão provocou inúmeras divergências acerca do modo adequado de incorporação ao ordenamento nacional dos tratados que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

7. O § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal e um novo viés para um velho problema

Provavelmente com o intuito de resolver definitivamente a polêmica em torno do assunto, veio a lume a emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentando o parágrafo 3º, ao art. 5º, da Constituição Brasileira, dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Contudo, se a intenção foi resolver o problema, a emenda seguramente não atingiu o objetivo, isso porque ao assentar que tratados e convenções que se submeterem a determinado rito de aprovação no Congresso Nacional serão equivalentes a emendas constitucionais, a norma que deveria vir para resolver o problema, acabou tornando-o ainda mais complexo, pois, a realidade criada a partir da introdução do parágrafo terceiro ao art. 5º, da CF, leva à conclusão de que um tratado de direitos humanos do qual o Brasil seja signatário não terá eficácia de norma constitucional, caso não seja aprovado pelo rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Assim, a norma que foi tão aguardada para resolver de vez o imbróglio sobre como se dá a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, acabou não resolvendo nada e deixando mais dúvidas do que existia anteriormente à sua edição.

Mais grave ainda, essa norma dá ao Congresso Nacional o poder de decidir quais tratados de direitos humanos devem ser incorporados como norma constitucional e quais não devem, promovendo assim um perigoso retrocesso que poderá fragilizar o

sistema de promoção e proteção dos direitos humanos que vem sendo construído no Brasil desde 1988.

Reagindo à essa situação, Cançado Trindade, em contundente voto em separado, no julgamento do Caso *Damião Ximene Lopes vs Brasil*, afirmou:

Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹³

Logo, a tão esperada chegada de uma norma para resolver de vez a questão sobre como se incorporam ao ordenamento jurídico interno os tratados que versam sobre direitos humanos acabou trazendo uma enorme frustração, pois além de não resolver o problema, abriu flancos para novas discussões, ameaçando inclusive os tratados já incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Na doutrina brasileira, porém, há quem afirme que essa introdução do § 3º, era absolutamente desnecessária para esse debate, sustentando que o próprio § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal já induz à conclusão de que os tratados de direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico nacional na condição de normas constitucionais. Sobre o tema, Flávia Piovesan destaca:

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da

¹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Damião Ximenes Lopez vs. Brasil*, sentença de 4 de julho de 2006, parágrafos 30 e 31 do citado voto em separado.

prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Essa também é a posição de Valério de Oliveira Mazzuoli:

a cláusula aberta do § 2º, do art. 5º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.¹⁵

Há ainda doutrinadores que defendem que o parágrafo terceiro do art. 5º, da Constituição Federal, solucionou definitivamente a questão ao assentar que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados com o rito da emenda à carta, integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria constituição.¹⁶

Por outro lado, trilhando caminho oposto, José Afonso da Silva afirmou que após a EC 45/2004, existem dois tipos de tratados de direitos humanos: os aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, e os não aprovados (quer por serem anteriores à EC 45/2004 ou, se posteriores, terem sido aprovados pelo rito simples). Os últimos teriam estatuto equivalente à lei ordinária federal e somente os primeiros teriam estatuto constitucional.¹⁷

Por fim, releva destacar que existem opiniões que vão além e defendem que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supraconstitucional, situando-se, portanto, acima até mesmo das normas da Constituição Federal.¹⁸

Esse trabalho, contudo, defende que todos os tratados que versam sobre direitos humanos devem possuir *status* de norma constitucional, com base no que dispõe o parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, pois, formam, juntamente

¹⁴ *Op. cit.*, p. 120.

¹⁵ Valério de Oliveira Mazzuoli. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

¹⁶ Posição de Francisco Rezek em ("Direito Internacional Público - Curso Elementar", p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva), citada no voto de Celso de Melo, no RE 466343-1 SP. p. 30.

¹⁷ André de Carvalho Ramos. *op. cit.*.

¹⁸ Sobre essa posição, ver MELLO, Celso A. de. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal" in TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-33.

com as demais disposições escritas na Constituição, um bloco de constitucionalidade. Portanto, após a edição da EC 45/2004, caso o tratado seja aprovado pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, ele será norma constitucional não apenas material, como também formalmente constitucional.

Portanto, não se deve concordar com a tese de que um tratado que verse sobre direitos humanos, caso não seja incorporado ao direito interno de acordo com o rito estabelecido no parágrafo 3º, do art. 5º, da CF, seja considerado como uma lei ordinária. Esse tratado é norma constitucional, por força do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF, independentemente do quórum utilizado para a sua integração ao ordenamento nacional.

8. Evolução da Jurisprudência do STF sobre a matéria

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento nacional passou por algumas mudanças ao longo da sua história, com destaque para julgados que se tornaram referência sobre o assunto e que representaram a mudança de entendimento da Corte Constitucional brasileira sobre a matéria.

Até 1977 o Supremo Tribunal Federal consagrou em diversos acórdãos a primazia do direito internacional sobre o direito interno. No pedido de extradição nº 07/1913, foi decidido que deveria ser considerado vigente e aplicável um tratado internacional, apesar de existir uma lei posterior contrariando o texto da norma internacional, deixando clara, portanto, a prevalência do direito internacional sobre o direito interno.

Essa posição prevaleceu por muitos anos até o julgamento do RE nº 80.004, no qual o STF, modificando sua jurisprudência, passou a entender que os tratados internacionais são incorporados à legislação nacional com *status* de lei ordinária. Nesse julgado, que tratava da Convenção de Genebra (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), ficou decidido que os conflitos entre uma disposição normativa de direito interno e uma decorrente do direito internacional seriam resolvidos pela regra geral destinada a solver antinomias normativas de mesma hierarquia. Consequentemente havendo conflito, apesar da lei posterior não revogar o

tratado, ela afasta a aplicação dele ao caso concreto. Durante muito tempo esse foi o entendimento do STF sobre a relação entre o direito internacional e o direito interno.

Alguns anos depois, ao apreciar o HC 79.785-RJ, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal debateu a questão da incorporação dos tratados internacionais que tratam dos direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional. Na ocasião discutiu-se sobre a vedação da prisão do depositário infiel, assegurada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e a permissão, assegurada pelo inciso, do art. 5º, da Constituição Brasileira.

Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou que era necessário aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, mesmo contra a lei ordinária, caso necessário. Porém essa posição ficou vencida e o STF reafirmou sua jurisprudência no sentido da incorporação desses tratados no mesmo nível hierárquico da legislação ordinária, mantendo, assim, a possibilidade de prisão do depositário infiel, como fundamento na norma constitucional que a autorizava.

Esse entendimento foi renovado pelo STF no julgamento do HC nº 72.131/RJ, que também discutia a questão da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Mais uma vez, reafirmando a sua jurisprudência, o Supremo decidiu que o Art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revogava a legislação ordinária (Decreto-Lei nº 911/69), que equiparava o devedor-fiduciante ao depositário infiel, para fins de prisão civil.

Depois da entrada no ordenamento jurídico nacional do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, o STF analisou mais uma vez a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional. Novamente a questão foi debatida em um recurso extraordinário, RE nº 466.343-1 SP, cuja matéria de fundo era mais uma vez a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos e a possibilidade de prisão do depositário infiel.¹⁹

O julgamento registrou nova divergência de entendimento entre os ministros do STF sobre duas teses, uma defendida pelos ministros Celso de Mello, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie, segundo a qual os tratados de direitos humanos devem

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466,343-1 SP. Recorrente Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator; Ministro Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, Dje de 05/06/2009.

ingressar no ordenamento jurídico como normas constitucionais e a outra, vencedora, defendida pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Carmem Lúcia e Carlos Alberto Menezes Direito, para quem os tratados que versam sobre direitos humanos não devem ser incorporados como normas constitucionais, mas como normas que têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Na defesa da tese da incorporação dos tratados de direitos humanos como normas de hierarquia constitucional, o ministro Celso de Melo, reformulando o seu entendimento anterior, afirmou que evoluía no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo a referidas convenções internacionais a qualificação de norma constitucional. Disse, ainda, o ministro Celso de Melo que a Constituição Federal de 88 em sua redação original determina a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, § 2º). Assim, mesmo que anteriores à EC 45/2004, os tratados de direitos humanos seriam normas consideradas constitucionais e erram dessa forma que deveriam ser incorporadas à legislação nacional.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, assentou que seria um risco para a segurança jurídica a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário, ao texto constitucional, enxergando que o legislador agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF. Gilmar Mendes destacou ainda no voto que

[...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Assim, decidiu o STF que os tratados de direitos humanos que não passaram pelo procedimento previsto no §3º, do art. 5º da Constituição Federal, possuem status infraconstitucional. No entanto, ante o caráter especial conferido a estes tratados, eles

seriam dotados do atributo da supralegalidade, o que lhes garantiria uma preponderância frente à legislação ordinária.

Essa, portanto, foi a última posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Contudo, a maioria estabelecida naquele julgamento foi apertada e a composição do STF mudou bastante desde então, não estando mais na Corte os ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Eros Grau e Cezar Peluso.

Mesmo sendo inegável a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, entendendo-se atualmente que estas normas ocupam uma posição de supralegalidade, é importante insistir na ideia de que nessa incorporação os tratados devem ter o caráter de normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum para a sua integração ao ordenamento nacional, formando, portanto, um bloco de constitucionalidade com as normas escritas na Constituição Brasileira.

9. Conclusões

A relação entre as normas de direito internacional e as normas do direito interno permanece suscitando dúvidas e gerando problemas de aplicação, mormente quando a discussão gira em torno dos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos e a forma como estes são incorporados à legislação interna de cada Estado.

A importância do debate acerca desse tema é inquestionável, pois a adoção de uma ou outra posição pode significar concretamente maior ou menor efetividade dos direitos humanos garantidos por tratados internacionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre essa matéria apresentou significativas mudanças ao longo do tempo, e atualmente consagra a ideia de que os tratados de direitos humanos incorporados à legislação brasileira sem se submeter ao rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem caráter de norma supralegal, superior à legislação ordinária, porém, inferior à norma constitucional.

Por outro lado, caso o tratado internacional seja incorporado à legislação interna, observando-se o rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, será incorporado como norma constitucional.

Portanto, apesar do avanço já alcançado com a mudança da jurisprudência do STF, a partir do julgamento do RE 466.343-1 SP, é preciso continuar buscando uma interpretação segundo a qual todos os tratados de direitos humanos sejam considerados normas materialmente constitucionais, formando assim um bloco de constitucionalidade, e aqueles que forem incorporados com base no rito previsto no parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal sejam normas material e formalmente constitucionais.

10. Referências

ACCIOLLY; Hildebrando; SILVA. G.E.do Nascimento e CASELLA, Paulo B. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional** - 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **HC 79.785-RJ. 2000.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em 30/07/2014.

_____. **HC nº 72.131/RJ. 2003.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em 30/07/2014.

_____. **RE 466.343/SP. 1977.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 30/07/2014.