

# O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COMO PROPOSTAS PARA A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

THE TRANSCONSTITUTIONALISM AND THE SUPRACONSTITUTIONALITY OF HUMAN RIGHTS TREATIES AS PROPOSALS FOR THE PREVALENCE OF THE HUMAN RIGHTS AND THE HUMANIZATION OF THE LAW

Elve Miguel Cenci\*  
Janaina Vargas Testa\*\*

**RESUMO:** A partir do processo de globalização e da conseqüente integração da sociedade mundial, a proteção de direitos humanos passou a ser realizada também por uma ordem jurídica internacional, ao considerar a relevância internacional destes direitos, e a dificuldade dos Estados nacionais, nos limites de suas fronteiras e apenas com base em suas normas internas, em promover a efetivação dos direitos fundamentais. Deste modo, é preciso refletir sobre algumas teorias e práticas que permeiam a relação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. O presente estudo pretende promover justamente este debate. O primeiro objetivo é repensar o *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos e propor a possibilidade em atribuir o caráter supraconstitucional a estas normas. O segundo objetivo é refletir sobre o transconstitucionalismo, buscando demonstrar se há um diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional na proteção de direitos humanos. Tratam-se muito mais de propostas provocativas, em caráter germinal, do que teses propriamente ditas. Pretende-se, com ambos os objetivos, propor meios que melhor se adéquam à configuração da sociedade global e que proporcionam, ao mesmo tempo, um maior comprometimento efetivo com a prevalência dos direitos humanos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, documental (dispositivos normativos) e jurisprudencial (decisões do STF), espera-se que, ao final deste ensaio, a proposta pelo reconhecimento supraconstitucional aos tratados de direitos humanos e a proposta pela busca da implantação do transconstitucionalismo e do constante diálogo entre as duas ordens jurídicas – interna e externa – possam, ao menos, contribuir para o debate na luta constante pela efetivação dos direitos fundamentais e, assim, permitir uma maior humanização do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** supraconstitucionalidade; transconstitucionalismo; direitos humanos.

**ABSTRACT:** From the globalization process and the consequent integration of the world society, the protection of the human rights came to be also performed by a juridical international order, considering the international relevance of these rights, and the difficulty of the national States, within the limits of their borders and just based on their internal rules, promoting the establishment of the fundamental rights. Thus, it is necessary to reflect upon some theories and practices which permeate the relation between the internal juridical order and the international one. This piece of work intends to promote exactly this debate. The first objective is to rethink the hierarchical *status* of the international treaties of human rights and to propose the possibility of attributing the supraconstitutional character to these rules. The second objective is to reflect upon the transconstitucionalism, trying to demonstrate whether there is a dialogue between the internal juridical order and the international one in the protection of the human rights. They are much more provocative proposals, in germinal character, than theses themselves. It is intended, with both objectives, to propose means which adequate themselves, in a better way, to the configuration of the global society and that proportionate, at the same time, a bigger effective commitment with the prevalence of the human rights. By means of a bibliographical, documental (regulatory provisions) and jurisprudential (STF's decisions) research, it is expected that,

---

\* Doutor pela UFRJ e docente do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: elve@uel.br

\*\* Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, área de concentração: relações empresariais e internacionais. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos na Universidade Norte do Paraná. E-mail: janainavargastesta@gmail.com

at the end of this essay, the proposal for the supraconstitutional recognition of to the human rights treaties and the proposal for the attempt of implementing the transconstitucionalism and the constant dialogue between the two juridical orders – internal and external – may, at least, permit a bigger humanization of the law.

**KEYWORDS:** supraconstitutionalism; transconstitucionalism; human rights.

## 1. Introdução

A integração da sociedade em nível mundial cria uma nova situação em que os problemas relacionados a direitos humanos acabam sendo deixados de ser tratados somente pelo direito interno de cada país para assumir uma relevância internacional.

Se o tratamento destinado aos direitos fundamentais não é mais uma preocupação que se limita às fronteiras do Estado, é preciso refletir sobre algumas teorias e práticas que envolvem a relação entre o direito interno e a ordem jurídica internacional propagada pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Partindo deste pressuposto, este estudo pretende demonstrar que as normas dos tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza constitucional, mediante uma interpretação da Constituição Federal de 1988 e por meio de uma crítica à ideia de supralegalidade, para então apresentar a proposta de atribuir o *status* de supraconstitucionalidade a estas normas, na intenção de permitir a construção do transconstitucionalismo, como elemento necessário para a prevalência dos direitos humanos e para a humanização do direito.

A reflexão que ora se propõe, é preciso esclarecer, se trata de uma proposta ousada e provocativa, preocupada em repensar possíveis caminhos para a efetivação dos direitos humanos no contexto de uma sociedade global marcada por uma grande complexidade do ser humano e das relações humanas.

Em que pese não se desconheça a fragilidade da tese, a intenção é contribuir para o debate, antigo e ainda pendente de solução, sobre a hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos. O objetivo é demonstrar que o tratamento supraconstitucional a estas normas, além de atender ao princípio internacional *pro homine*, representaria um avanço na prevalência dos direitos humanos e na pretensa e remota construção de uma comunidade universal.

Tendo em vista que uma intensa e real integração da sociedade global, mediante a universalização de direitos humanos básicos, ainda está por vir, este estudo propõe, como primeiro passo para este caminho, a construção do transconstitucionalismo. A proteção da pessoa humana exige o constante diálogo entre a ordem jurídica nacional e a internacional

com o fim de fortalecer ambas as jurisdições e, por consequência, maximizar a efetivação dos direitos humanos.

Sendo assim, o ensaio está dividido em duas propostas que, reitera-se, não se tratam de teses, constituindo-se apenas de proposituras de argumentos a fim de contribuir para a reflexão em prol da construção da relação entre o direito constitucional e o direito internacional de direitos humanos. No primeiro momento, o debate se direciona para a proposta da supraconstitucionalidade e, no segundo, promove uma análise sobre a ideia de transconstitucionalismo. Ambas as propostas buscam servir de mecanismos para a prevalência dos direitos humanos.

O estudo ora apresentado justifica-se, dentre outras razões, pela constante luta para o reconhecimento e implementação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais; pela resistência em reconhecer a hierarquia constitucional dos direitos humanos, literalmente exposta no § 2º, do art. 5º da Constituição de 1988; pela dificuldade em aceitar a possibilidade de atribuir o caráter supraconstitucional às normas de tratados de direitos humanos; e, principalmente, pela frágil dialogicidade entre a jurisdição constitucional e a jurisdição das cortes internacionais, tão necessária para a construção do transconstitucionalismo e para a prevalência das normas que tiverem maior peso protetivo. É preciso refletir e repensar essas temáticas, a fim de lhes dar novas roupagens.

Para a consecução dos objetivos aqui traçados, o método para a abordagem do tema que ora se propõe é o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, com predominância da discussão teórica mediante a análise de obras e artigos do direito constitucional, do direito internacional e de direitos humanos. O estudo também fará uso de pesquisa documental, por meio da análise de determinados dispositivos normativos, e de jurisprudência do STF.

A principal contribuição desta pesquisa é promover uma reflexão com o intuito de alertar a possibilidade de repensar novas e velhas teorias que, talvez, melhor se adequariam no atual contexto da integração da sociedade global e na necessidade de fazer prevalecer os direitos humanos em toda e qualquer relação humana. Entende-se que esta busca deve ultrapassar as limitações técnicas e formais para alcançar a efetivação de valores essenciais à vida digna. A humanização do direito só faz sentido se conduzida por este caminho.

## **2. Uma proposta pela supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**

O constante processo de globalização que se instalou mundialmente há algumas décadas tem provocado a significativa integração da sociedade mundial. No contexto deste

processo, destaca-se a proteção internacional dos direitos humanos, tendo em vista que os problemas advindos de sua violação não são mais passíveis de serem solucionados apenas em âmbito nacional. Os direitos humanos ou fundamentais passaram a ser objeto de proteção de duas ordens jurídicas: a nacional, pelo Direito Constitucional; e a internacional, por meio de organismos, tribunais e tratados internacionais.

Esta crescente internacionalização dos direitos fundamentais, designados, em âmbito internacional, como direitos humanos, decorreu de inúmeras produções normativas, tais como declarações, tratados, convenções, pactos, etc. A formação de organizações internacionais em prol dos direitos humanos e o desenvolvimento da produção doutrinária sobre direito internacional de direitos humanos também contribuiu para a internacionalização.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento da ONU – Organização das Nações Unidas, nasceu a certeza de que a proteção de direitos humanos não deve se reduzir no âmbito reservado de um Estado, “porque revela tema de legítimo interesse internacional” (PIOVESAN, 2012a, p. 185). Sob esta perspectiva, a violação de direitos humanos não pode ser concebida apenas como questão doméstica do Estado, mas deve alcançar também a preocupação da comunidade internacional.

Para a autora Flávia Piovesan (2012a), a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, “que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos” (PIOVESAN, 2012a, p. 185).

A Constituição Federal brasileira de 1988, comprometida com esta ordem internacional e com o propósito de introduzir no Brasil um novo constitucionalismo<sup>1</sup>, acabou por atribuir um significativo valor aos Direitos Fundamentais, ao estabelecer a aplicação

---

<sup>1</sup> Constitucionalismo, em essência, significa limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito). Para Barroso (2013), o nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira, eis que no Reino Unido, o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita. Barroso defende que a Constituição de 1988, de caráter eminentemente democrático, e por introduzir o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos grandes pilares do Estado Democrático de Direito, introduziu um novo constitucionalismo no país.

Sobre o histórico do constitucionalismo latino-americano, ver: WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos & MELO, Milena Petters (coords.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 19-42

imediate destes direitos que, segundo o autor Guerra (2008), tratava-se de uma tendência internacional.

Antes de adentrar na discussão acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, propagada pela Constituição de 1988, faz-se necessário discorrer, ainda que brevemente, acerca do propósito deste novo constitucionalismo brasileiro e sua relação com a proteção internacional dos direitos humanos.

A Carta Magna de 1988, denominada por muitos como a Constituição Cidadã, ao inaugurar este novo constitucionalismo, institucionalizou a instauração de um regime democrático no Brasil, que rompesse com qualquer vestígio do regime militar, e por isso representou um grande avanço na consolidação de garantias e direitos fundamentais, ao buscar a proteção de setores vulneráveis na sociedade brasileira: “(...) os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil” (PIOVESAN, 2012a, p. 80).

Estas relevantes transformações internas tiveram acentuada reflexão no plano internacional, reforçando a temática dos direitos humanos como principal elemento da agenda internacional do país. Em sentido inverso, as repercussões decorrentes desta nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro, ao contribuir para a formação de um novo constitucionalismo que permitisse uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012a; TRINDADE, 2003).

Neste contexto, a Constituição de 1988 inaugurou aquilo que se convencionou chamar de “abertura aos direitos fundamentais”, ao possibilitar a inclusão, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, dos direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. Ora, a sistemática encontrava respaldo na ideia de proteger, ao máximo, a dignidade da pessoa humana, buscando a efetividade dos direitos fundamentais, seja por meio das instituições e normas domésticas, seja pelas instituições e normas internacionais. Para o autor Cançado Trindade (2003), o Direito Internacional poderia, para proteger o ser humano, se projetar no Direito Constitucional, demonstrando que a proteção da pessoa humana encontra guarida no pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

É nesta perspectiva que se defendeu e se ainda defende a aplicabilidade e recepção automática dos direitos fundamentais.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como a recepção automática dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, encontrou respaldo na interpretação dos §§ 1º e 2º do artigo 5º do texto constitucional de 1988<sup>2</sup>, gerando um grande debate controverso acerca da exegese destes parágrafos. A matéria comportou inúmeras interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência (GUERRA, 2008).

Uma das teses apresentadas, em relação à dicção dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), defendia que os tratados de direitos humanos deveriam ser recepcionados automaticamente pela Constituição, na medida em que teriam aplicação imediata, sendo suas normas de caráter constitucional, ou supraconstitucional, já que, em caso de conflito com as normas constitucionais, as normas advindas dos tratados de direitos humanos poderiam prevalecer.

Em sentido extremamente diverso, havia a tese de que os tratados de direitos humanos seriam incorporados ao direito brasileiro com *status* de lei ordinária, nos termos do artigo 49, I, da CF/1988, posicionamento este, até então, adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional número 45 de 2004 (EC 45/2004), ao invés de pacificar o entendimento sobre a matéria, introduziu novas discussões sobre a incorporação e o *status* das normas dos tratados de direitos humanos, ao acrescentar o § 3º no artigo 5º da Constituição<sup>3</sup>.

Em síntese, antes da EC 45/2004, destacavam-se dois entendimentos díspares: o posicionamento no sentido de que os tratados de direitos humanos eram incorporados ao Direito brasileiro com *status* de norma ordinária; e o posicionamento de que os tratados eram automaticamente recepcionados, – com base na teoria monista<sup>4</sup> –, teriam aplicação imediata e *status* de norma constitucional ou supraconstitucional.

---

<sup>2</sup> Art. 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 (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

<sup>3</sup> § 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.

<sup>4</sup> A teoria **monista** sustenta que o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, porque as suas relações são relações de interpenetração, tornadas possíveis por pertencerem a um sistema único baseado na identidade dos sujeitos (indivíduos) e das fontes do direito (um fundamento objetivo e não processos que põem em execução a vontade dos Estados). Os partidários do monismo recusam qualquer recepção formal das normas internacionais nas ordens jurídicas internas. Para os partidários do **dualismo** (teoria dualista), as ordens jurídicas são separadas, as regras

Após a EC 45/2004, surgiram novos debates sobre o tema, prevalecendo o entendimento de que os tratados de direitos humanos não seriam automaticamente recepcionados, e ao privilegiar a teoria dualista, os tratados deveriam passar pelo processo legislativo de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que se refere à natureza das normas dos tratados de direitos humanos, após a EC 45/2004, houve a formação de três teses que podem ser assim resumidas: 01) as normas estariam no nível *supraconstitucional*; 02) as normas teriam natureza *constitucional*; 03) as normas estariam no nível *supralegal*, isto é, superiores a qualquer legislação infraconstitucional, mas inferiores à Constituição Federal (GUERRA, 2008).

A primeira corrente, ao sedimentar o entendimento de que as normas de tratados de direitos humanos teriam caráter *supraconstitucional* tem como grande expoente o estudioso Celso Albuquerque Mello, ao afirmar que os tratados são preponderantes, mesmo se confrontados com o texto constitucional (MELLO, 2004).

A segunda corrente pode ser desmembrada em duas subteses: os tratados de direitos humanos possuem natureza formalmente<sup>5</sup> constitucional se aprovados nos termos do art. 5º, §3º, da CF/1988 ou natureza materialmente<sup>6</sup> constitucional nos termos do §2º do art. 5º da CF/1988 (GUERRA, 2008; TRINDADE, 2003; PIOVESAN, 2012a; MAZZUOLI, 2013).

O último entendimento, sobre o qual os tratados de direitos humanos possuem natureza supralegal, sedimentou-se no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de julgamentos que discutiam a prisão do depositário infiel<sup>7</sup>. A título de exemplo, destaca-se o

---

internas são simples fatos perante o direito internacional. Nas ordens internas somente podemos encontrar aplicação das normas internas; na ordem internacional, somente se aplicam as normas internacionais; e cada uma destas ordens jurídicas organiza como entende a hierarquia das normas (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003).

<sup>5</sup> Este tese pugna pela ideia de que apenas os direitos decorrentes de normas de tratados internacionais aprovados nos termos do art. 5º, §3º, CF/1988, após atender ao quórum e as formalidade estabelecidas, teriam caráter constitucional. Se não atendidas às condições do referido dispositivo, as normas decorrentes de tratados de direitos humanos teriam *status* supralegal.

<sup>6</sup> Independentemente da forma em que forem aprovados os tratados internacionais de direitos humanos, as normas teriam natureza constitucional porque são considerados, materialmente, direitos fundamentais constitucionais. A interpretação encontra respaldo no art. 5º, §2º, da CF/1988 que apontou a existência de direitos fundamentais em tratados internacionais, prevendo expressamente a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos no texto constitucional (SARLET, 2012).

<sup>7</sup> Os julgamentos dos Recursos Extraordinários (RE 87.585-8/TO, RE 466.343-1/SP, RE 349703/RS), cujos acórdãos foram publicados em 2008 e 2009, afastaram a ideia de que os tratados possuem *status* de lei ordinária. A controvérsia destes julgamentos consistia no fato de que o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) somente permite a prisão civil do alimentante, contrariando o disposto na Constituição Federal (art. 5º, LXVII, CF/1988) e o art. 652 do Código Civil, eis que ambos estabelecem a prisão civil do depositário infiel. Neste sentido, o Pacto, por se tratar de tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, prevaleceu

voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-1 do Estado de São Paulo, em 03/12/2008, no qual defendeu a tese da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos. Para o Ministro, essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico<sup>8</sup>.

É preciso deixar assentado que este estudo defende a hierarquia constitucional, ou supraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos, não importando a forma de aprovação, pois entende que o art. 5º, §2º, da CF/1988 impôs o *status* de norma constitucional aos tratados, e conforme será analisado adiante, esta é a interpretação que melhor condiz com a lógica e a principiologia da Carta Magna, e com a internacionalização dos direitos humanos. Entretanto, consoante discussão a ser promovida a seguir, a confrontação e eventual conflito entre a norma expressamente constitucional e a norma advinda do tratado, possibilita atribuir o caráter supraconstitucional a esta última, se ela for mais benéfica para a proteção dos direitos da pessoa humana.

Apresentadas as correntes acerca da interpretação da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, este estudo pretende demonstrar que a tese defensora da natureza *supraconstitucional* destas normas, embora desafiadora e ousada, é a que melhor condiz com a ideia de transconstitucionalismo e com a necessária interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional no contexto deste novo cenário mundial, marcado pela globalização, pela integração da sociedade global, pelo contínuo desenvolvimento do direito internacional e pela busca da efetivação de direitos que assegurem a preservação da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, faz-se necessário tecer brevemente uma crítica à tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos adotada pelo STF, justamente por ser a tese que atualmente predomina na jurisprudência, quando o tratado não é aprovado pelo Congresso

---

sobre as normas internas, sendo-lhe atribuído o *status* supralegal, hierarquicamente superior à lei infraconstitucional, mas inferior ao texto constitucional.

<sup>8</sup> O Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP concluiu, diante da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, que a previsão na Constituição Federal brasileira acerca da prisão civil do depositário infiel não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional.



Nacional nos termos do quórum estabelecido pelo §3º do art. 5º da CF/1988. É preciso afirmar, primeiramente, que a Constituição Federal brasileira de 1988, ao arrolar as espécies normativas em seu artigo 59, não previu a espécie “supralegalidade”, de tal forma que inexistente na ordem jurídica constitucional brasileira o *status* jurídico de supralegalidade. Segundo, destaca-se, na verdade, que o STF, inconscientemente, consagrou a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem natureza constitucional, sejam na forma do § 2º ou § 3º do art. 5º da Constituição. A partir dessas premissas, surge o questionamento: se o STF afirmou e defendeu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, caso não sejam aprovados nos termos do §3º já citado, como seria possível afirmar que, sem querer, a Corte Suprema atribuiu a estes tratados a natureza constitucional?

Ora, se nenhuma legislação infraconstitucional pode derogar os tratados de direitos humanos, nem mesmo suprimir a sua eficácia; e se, ainda, nenhuma lei pode alterar ou negar vigência aos tratados, a única conclusão plausível é a de que as normas supralegais são, na verdade, constitucionais, pois somente esta interpretação encontra respaldo no texto constitucional brasileiro de 1988. O pesquisador Feliciano de Carvalho (2013), em estudo sobre o assunto, afirmou que o STF, ao copiar a teoria da supralegalidade de outros países, constitucionalizou todos os tratados sobre direitos humanos (CARVALHO, 2013, p.149):

(...) apesar da construção do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no sentido de impor a supralegalidade dado o seu notório fetichismo germânico, a verdade é que de modo inconsciente o Supremo Tribunal Federal consagrou a correta tese da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, quer tenha sido aprovados como emenda, quer não tenham sido; tese que tem respaldo no § 2º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A interpretação do aludido pesquisador é totalmente condizente com a principiologia adotada pelo texto constitucional e encontra fundamento na exegese do §2º do art. 5º. Veja que se a norma supralegal paralisa os efeitos da legislação infraconstitucional, em regra, somente emendas à Constituição poderiam alterar ou suprimir as normas supralegais. Isso ocorreria, apenas, em regra, porque nem mesmo as emendas teriam autorização do Constituinte originário para suprimir direitos humanos ou fundamentais, sob pena de negar vigência aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Deduz-se, então, que as normas supralegais são constitucionais e, portanto, não podem sofrer alteração ou serem suprimidas pela legislação comum e nem mesmo por emenda à Constituição brasileira, eis que consagram direitos considerados pela Carta Magna como cláusulas pétreas. Tal entendimento é corroborado pela interpretação correlata do que dispõe o texto constitucional, em seu art. 1º, III, ao consagrar a dignidade da pessoa humana

como fundamento da República Federativa do Brasil; art. 4º, II, ao dar prevalência aos direitos humanos nas relações internacionais; art. 5º, §2º, ao conceber a existência de direitos humanos e fundamentais, ainda que não estejam expressos no texto constitucional (BRASIL, 1988).

Logo, a norma advinda dos tratados de direitos humanos tem caráter constitucional, seja pela interpretação do §2º do art. 5º, entendimento praticamente pacificado pela doutrina; seja na forma da suposta supralegalidade defendida pelo STF que, pelas razões acima expostas, descamba no reconhecimento de sua constitucionalidade.

Assim, a Constituição de 1988, ao recepcionar os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferir-lhe-á natureza de norma constitucional. Deste modo, os direitos constantes nos tratados integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica a interação entre a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna ditada pelo Direito Constitucional, conforme defendido por Cançado Trindade (2003) e destacado no início da reflexão promovida por este estudo. Da mesma forma, fundamenta a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais falharem na proteção dos direitos humanos, consoante tese de Flávia Piovesan (2012a).

Ressalta-se que conceber as normas internacionais reconhecidas pelo Brasil sobre direitos humanos como inferiores à Constituição Federal, significa trair o próprio espírito constitucional, que expressamente atribuiu a prevalência desses direitos em relação aos demais, tornando-se fundamento para a dignidade da pessoa humana.

Aliás, o doutrinador Cançado Trindade, grande defensor da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, independentemente da forma em que forem aprovados, atribui ao novo constitucionalismo brasileiro, inaugurado pelo texto constitucional de 1988, um dos maiores movimentos em prol da abertura a novos direitos fundamentais na história constitucional brasileira. Algo que o estudo do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional não pode esquecer.

Neste contexto, é importante recordar que não obstante a doutrina nacional e a estrangeira tendem a apontar possíveis distinções entre o termo “direitos fundamentais” e “direitos humanos”; na medida em que a primeiro constitui o rol de direitos positivados em determinado Estado, enquanto o segundo guardaria relação com o direito internacional; é preciso avançar no sentido de conceber que as expressões não são excludentes ou incompatíveis, mas devem ser inter-relacionadas intimamente, tudo em prol da proteção do ser humano.

Espera-se que, mediante a discussão até aqui promovida, tenha sido possível comprovar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, seja com fundamento no § 2º, do art. 5º, da CF/88, seja com fundamento de que as normas supralegais são, devido aos seus efeitos, constitucionais. E, somado a isso, demonstrar que os direitos humanos dos tratados em que o Brasil seja signatário são, também, direitos fundamentais. Estas inferências permitem a preservação da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais para a proteção do ser humano, sem a preocupação de questionar se o legislador optou ou não pela constitucionalização ou pela positivação expressa dos direitos.

Ousadamente, no entanto, esta pesquisa pretende ir além das constatações emitidas, para fomentar, ainda que mediante um estudo incipiente, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

Sem dúvida, a consolidação da tese da hierarquia constitucional destes tratados, tanto na doutrina como na jurisprudência, conforme reflexão aqui travada, representaria um enorme avanço na efetivação de direitos ditos fundamentais. Todavia, se o principal objetivo deste estudo é apresentar propostas para a humanização do direito, na intenção de apresentar uma ideia que melhor condiz com a promoção da dignidade do ser humano, a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos representaria um avanço ainda maior.

Ora, se o Estado não existe sem um contexto internacional, e se nem mesmo uma emenda constitucional poderia suprimir a normativa internacional quando se tratar de direitos humanos, consoante afirmado alhures, as normas só podem ser supraconstitucionais.

A tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos é defendida com base na principiologia internacional baseada na expansão dos direitos humanos e pela sua caracterização como norma de *jus cogens* internacional.

Para Celso Mello (2004), como não há quebra da unidade do direito estatal, quando há conflitos ente a lei a Constituição; não há também quebra da unidade do sistema jurídico quando surge um conflito entre o direito interno e o direito internacional, porque a predominância será sempre do direito internacional. O autor justifica a sua tese no sentido de que quando uma lei interna contraria o direito internacional, é possível buscar a responsabilidade internacional deste Estado, entretanto, a recíproca não é verdadeira. No caso de norma internacional contrária à lei doméstica, não há possibilidade, por parte do Estado, de buscar qualquer responsabilização.

O fato é que o direito internacional não pode existir sem que seja afirmado o seu primado em relação aos direitos nacionais. É preciso reconhecer que o direito internacional

geral apresenta lacunas sobre a substância e os processos de elaboração do direito e de controle da sua observância, mas é certo afirmar que a principal sanção do direito é a responsabilidade internacional do Estado, quando este último adota regras contrárias aos seus compromissos internacionais (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003).

Não se pode olvidar, neste contexto, que diversos documentos internacionais, ratificados pelo Brasil, consagram a supremacia do direito internacional sobre a ordem interna. A título de exemplo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), ao estabelecer o impedimento do Estado de fazer uso de sua legislação interna para justificar o inadimplemento de uma obrigação fundada em tratado. No mesmo sentido, propaga o artigo 11 da Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ao dispor que os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que haja modificação na Constituição interna dos Estados.

Entendimento diverso, tal como declarar a primazia do direito interno, é incompatível com a principiologia do Direito Internacional Público (MELLO, 2004).

A tese de Mello (2004), no mesmo sentido Hildebrando Accioly e outros (2011), não destoam da ideia que propaga a unidade do sistema jurídico, em que o direito interno e o direito internacional não seriam sistemas jurídicos diversos. Esta tese já havia sido abraçada por Hans Kelsen em “Teoria Pura do Direito” (2009), ao afirmar que o direito internacional seria um conjunto do qual os sistemas jurídicos parciais (estatais) seriam subconjuntos. O fundamento de validade de todos os sistemas particulares estaria contido no direito internacional, motivo pelo qual comporiam apenas um único sistema jurídico, com a prevalência do direito internacional.

Na verdade, Kelsen, há muito tempo, reconhecia que a evolução jurídica do direito internacional faria desaparecer a linha divisória entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica do Estado, por forma a criar a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito Mundial para, então, resultar na formação de um Estado mundial, embora o autor teria reconhecido o fato de que isto ainda estaria por vir (KELSEN, 2009).

Talvez a total primazia do direito internacional ou, quem sabe, a formação de um único sistema jurídico advindo de um Estado mundial possam ser o futuro dos efeitos da integração da sociedade global, e espera-se que, com isso, haja um grande avanço na prevalência dos direitos humanos em âmbito universal.

No entanto, estas não são as principais razões que sustentam a tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos. O principal argumento pela hierarquia supraconstitucional dos documentos internacionais é a de que, no caso de conflito entre norma constitucional e normas advindas dos tratados de direitos humanos,

independentemente de seu *status* hierárquico, a opção será sempre aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, mesmo se houver violação do texto constitucional do Estado.

Celso Mello (2004), o grande defensor da teoria supraconstitucional das normas internacionais dos direitos humanos, teria esclarecido que a tese da constitucionalidade destas normas, com base na interpretação do §2º do artigo 5º da CF/1988, representava um grande avanço. Entretanto, Mello (2004) relata que a norma internacional deverá prevalecer sobre a norma constitucional, mesmo no caso em que uma norma constitucional posterior venha a revogar uma norma internacional constitucionalizada. A posição do autor é a de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional (MELLO, 2004).

Destarte, imperioso destacar que, no caso de conflito, as normas de direitos humanos, com o fim de atender ao princípio *pro homine*, irão prevalecer sobre as normas constitucionais. Entendimento diverso acarretaria verdadeiro retrocesso social (SARLET, 2012).

Sabe-se que é vedado o retrocesso quando a temática envolve direitos fundamentais. Ingo Sarlet (2012) salienta que tal proibição resulta diretamente do princípio da maximização da proteção de todos os direitos dos direitos fundamentais, impondo não somente ao poder constituinte reformador, mas também ao legislador ordinário e demais órgãos estatais e internacionais, o dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais.

Outro grande defensor da supremacia da norma mais protetora da pessoa humana, no caso de divergência entre lei interna e norma internacional, é Cançado Trindade. O autor defende que as ordens jurídicas – interna e internacional – precisam se interagir em benefício dos seres protegidos, para então adotar a lei que, no caso concreto, mais proteja o ser humano (TRINDADE, 2003). Adepta também a esta teoria, Flávia Piovesan afirma que a prevalência da norma mais favorável já era a solução adotada antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ao ressaltar que esta é a interpretação que melhor condiz com a ordem constitucional de 1988, com a racionalidade e com a principiologia do texto constitucional (PIOVESAN, 2012a).

O STF também já se manifestou favoravelmente a esta interpretação, ao declarar a prevalência da norma mais benéfica ao ser humano. Inclusive, em um dos julgados que envolveu a questão da prisão por dívidas do depositário infiel, que acabaram a construir a tese da supralegalidade (aqui contestada), o ministro Celso de Mello teria defendido o princípio *pro homine* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 36, grifo nosso):

Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. **Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º).** Precedentes. **Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.** (...) Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. **O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.** Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

O prof. Carlos Weis (2010), nesta perspectiva, sabiamente, afirmou que as hierarquias normativas são apenas construções teórico-jurídicas dos Estados e não podem servir de óbice ao reconhecimento e à aplicação de direitos fundamentais, seja qual for o veículo normativo em que estejam previstos. Para o autor, aplicar-se-á também sempre a norma mais favorável, independentemente se advinda da ordem jurídica interna ou internacional.

Sob este mesmo viés, os documentos internacionais de direitos humanos não divergem da ideia propagada pelo princípio da aplicação da norma mais favorável à vítima, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos (WEIS, 2010).

As decisões das cortes internacionais também utilizam a argumentação da aplicação da norma mais benéfica, da prevalência da maior proteção aos direitos humanos, quando decide, por exemplo, que o Estado deverá adequar as suas normas constitucionais e legais aos valores estabelecidos pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Mas se as normas decorrentes de tratados teriam caráter supraconstitucional, não haveria possibilidade de realizar um controle de constitucionalidade sobre elas? Esta é a maior crítica à ideia de supraconstitucionalidade, ou seja, a impossibilidade de verificar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais (GUERRA, 2008). Em que pese tal fato, haveria a possibilidade de proceder o controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2009), entendido como o meio judicial propício para a declaração de invalidade de lei (ou até de norma constitucional) incompatível com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Esta seria, talvez, uma das grandes mudanças no cenário do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Diante desta explanação, que se trata, na verdade, de uma reflexão ainda ingênuas, pretende-se, juntamente com a ideia de atribuir à hierarquia supraconstitucional aos tratados de direitos humanos, demonstrar que o papel do Estado nacional é proteger os direitos fundamentais da sociedade e não se sobrepor a eles. Tais direitos são uma exigência democrática antes que uma limitação técnica à democracia.

Deste modo, possibilitar a interpretação que declare a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos; buscar a aproximação, cada vez mais estreita, entre a ordem jurídica interna e internacional, exemplificada pela proposta do transconstitucionalismo; e efetivar a prevalência dos direitos humanos em detrimento da soberania dos Estados; são posições ousadas e ainda frágeis, mas que demonstram o avanço da teoria humanista em prol de um direito mais humano.

### **3. O transconstitucionalismo e a prevalência dos direitos humanos**

A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, I, CF/1988), a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/1988) e o imenso rol de direitos fundamentais na Constituição de 1988, são elementos que confirmam o compromisso do Estado brasileiro com uma visão humanizante, em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos. É neste contexto que a ideia de soberania passa a ter uma concepção mais flexibilizada.

Sabe-se que o conceito de soberania do Estado tem sofrido diversas modificações nos últimos anos devido à contínua integração da sociedade mundial. Deste modo, a

soberania, atualmente, é relativa porque se encontra, muitas vezes, subordinada a uma ordem jurídica internacional pública, de onde, inclusive, surge a própria noção de soberania do Estado (MELLO, 2004).

Atribuir o caráter supranacional aos direitos humanos, como ocorre atualmente, implica comprometer ainda mais a soberania do Estado. A crescente complexidade da sociedade atual; a configuração de um novo ordenamento jurídico, conhecido como supra-estatal, evidencia o conceito clássico de soberania, não mais entendido como poder supremo.

O autor Mello (2004), neste sentido, questiona qual seria o valor de um tratado se um dos contratantes, por meio de sua lei interna, pudesse deixar de aplicá-lo. Por isso, admite-se, neste sentido, uma supremacia do interesse internacional.

Ademais, se as normas do Direito Internacional regem a conduta da sociedade internacional, não poderiam elas ser revogadas unilateralmente por nenhum dos seus atores, sejam eles Estados ou organizações internacionais (MAZZUOLI, 2013).

A visão do prof. Celso D. Albuquerque Mello (2004) e de Valério Mazzuoli (2013), pela primazia às normas internacionais, representam um caminho a permitir a solução de controvérsias internacionais, ao dar maior operacionalidade e coerência ao sistema jurídico, que na verdade é único, estimulando o desenvolvimento do Direito Internacional e a evolução da sociedade das nações rumo à concretização de uma comunidade internacional universal.

Enquanto esta pretensa formação da comunidade internacional universal não acontece, é preciso criar mecanismos no sentido de aproximar a ordem jurídica interna com a ordem jurídica internacional, com o fim de buscar, paulatinamente, a sua unificação, principalmente em matéria de direitos humanos, pois somente assim será possível a maximização da proteção da pessoa humana.

Ora, se não existe Estado isolado ou flutuando no espaço, se os Estados se encontram compreendidos dentro de uma sociedade internacional; e se para existir o Estado, deve haver uma Constituição que estrutura a forma de organização e protege os direitos fundamentais, é lógico afirmar que esta Constituição dependa daquela sociedade maior em que está inserido o Estado da qual faz parte e que regula, ou seja, a sociedade internacional (MAZZUOLI, 2013).

É neste contexto que se pretende pensar um diálogo entre a Constituição Federal e as normas advindas dos tratados, em prol da prevalência dos direitos humanos, ao buscar uma integração com vistas à formação de um único sistema (PIOVESAN, 2012a, p. 96-97, grifo nosso):

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, **consagra o primado do respeito aos direitos humanos,**



**como paradigma propugnado para a ordem internacional.** Esse princípio invoca a **abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.** A prevalência dos direitos humanos, como engajamento a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, **mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.** [...] A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, **a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos.** Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos.

O constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho (1999), neste sentido, também teria afirmado que embora as Constituições continuem a representar pontos de legitimação e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se de forma progressiva a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais). Deste modo, os direitos humanos:

[...] articulados com relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o **constitucionalismo global.** O **constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.** O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado (CANOTILHO, 1999, p. 18, grifo nosso).

A progressiva busca por este constitucionalismo global, citado por Canotilho; pela formação de uma comunidade internacional universal, como quer Mazzuoli; pela criação de um Estado mundial, como propôs Kelsen; em que a dignidade da pessoa humana seja o novo paradigma e valor a sustentar esta nova configuração, não será concretizada de forma repentina. Sendo assim, este estudo, com fundamento nas reflexões promovidas por Flávia Piovesan e Cançado Trindade, propõe a adoção de uma contínua e crescente integração do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que poderá ser feita pelo diálogo de suas normas.

Na esteira do pensamento de Ingo Sarlet (2012) e Luís Roberto Barroso (2013), não se pode conceber que os direitos e garantias fundamentais estejam limitados em uma carta de

direitos, como o texto constitucional. A complexidade do ser humano e das relações humanas exige a inserção dos direitos fundamentais numa perspectiva global. Aliás, limitar os direitos e garantias fundamentais àqueles dos quais o legislador constituinte optou por redacionar afronta à dignidade da pessoa humana.

Para a construção de meios eficazes de implementação e proteção dos direitos humanos, é preciso criar meios de diálogos entre a Jurisdição Constitucional e os atores globais. Veja que esta seria a solução mais democrática a ser adotada, pois permitiria a existência de um diálogo a fim de interligar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando as possibilidades de antinomia entre um ordenamento e outro, de forma a possibilitar que tais ordenamentos dialoguem e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto, qual seja, a que tiver maior peso protetivo. Destarte, o sistema buscaria uma hierarquia de valores em contraposição à hierarquia meramente formal.

Se na proteção de direitos humanos, o critério adequado deverá ser sempre a aplicação da norma mais favorável à vítima, torna-se lógica a necessidade de uma constante interação entre a ordem jurídica interna e a internacional, na realização deste propósito comum. Deste modo, para que haja uma aplicação bem sucedida dos tratados de direitos humanos, os tribunais nacionais e os tribunais internacionais ou transnacionais devem buscar uma contínua interação das normas internas com as normas internacionais, possibilitando a máxima proteção do ser humano.

Sob o ponto de vista prático, torna-se imperioso observar que diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm determinado aos Estados-membros a adequação da legislação interna às disposições estabelecidas em Tratados que versam sobre Direitos Humanos<sup>9</sup>. Cada vez mais se observa a abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas internacionais, advindas de tribunais supranacionais, na proteção da pessoa humana.

É neste contexto, com o intuito de concretizar este diálogo, que se insere a proposta do transconstitucionalismo como um caminho eficaz na promoção da prevalência dos direitos humanos.

---

<sup>9</sup> A título exemplificativo destaca-se o “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones”, que envolveu o Estado do Equador e o povo indígena Kichwa de Sarayaku. A sentença, prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 27 de junho de 2012, em suas razões de decidir, promoveu um grande diálogo entre a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) e a Constituição Equatoriana, ressaltando a necessidade de complementar o texto constitucional, bem como as leis infraconstitucionais (CORTE IDH. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponível em <http://www.CorteIDH.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 25 jun. 2014).

É notório que por meio da acentuada integração da sociedade mundial, os problemas relacionados aos direitos humanos não são e não podem mais serem resolvidos apenas internamente, de forma a ignorar a existência de uma ordem jurídica internacional, cuja responsabilidade é a proteção internacional dos direitos humanos.

Sabe-se que o processo de globalização permitiu a expansão cultural que, antes restrita às fronteiras nacionais, acabou por se difundir pelo mundo, consoante observa o autor Marcelo Neves (2009). Para ele, o direito constitucional deve transcender as fronteiras dos Estados para buscar problemas de violações de direitos por meio do diálogo entre duas diferentes ordens jurídicas: a interna com a internacional.

O autor Marcelo Neves (2009), ao defender o transconstitucionalismo, enfatiza que os conflitos relacionados a direitos humanos e limitação do poder não são mais atualmente tratados apenas pelo direito interno de cada país, deste modo, estes problemas assumem uma relevância internacional, exigindo que os Estados ofereçam soluções por meio de uma relação transversal entre ordens jurídicas para solucionar problemas constitucionais comuns (NEVES, 2009).

Os Estados assumem um viés transconstitucionalista, o que implica a relação de complementaridade entre as inúmeras ordens jurídicas, no sentido de fortalecê-las (NEVES, 2009). Não se trata de conceber a superioridade da ordem externa em relação ao Estado nacional, mas de uma ação paralela e correlativa.

Logo, a fim de conceber um problema que envolve a violação de direitos humanos como um problema transconstitucional, passível de solução por tribunais estatais e por tribunais internacionais, faz-se necessário, conforme mencionado, que haja diálogos constitucionais com tratados de direitos humanos, na intenção de fortalecer as ordens jurídicas.

O diálogo entre as normas também permitiria o acesso, pelos operadores do direito, das normas internacionais de direitos humanos, conforme observado por George Marmelstein (2008, p. 205-206, grifo nosso):

Na verdade, se é certo que os tratados de direitos humanos são pouco manejados na prática, isso se deve principalmente ao fato de **os operadores do direito não conhecerem seu conteúdo**. No ensino acadêmico, os tratados internacionais de direitos humanos são relegados a um segundo plano. **São poucos os advogados e juízes que invocam os tratados internacionais para fundamentar determinado ponto de vista**, a não ser o tão citado caso da prisão civil do depositário infiel, onde o Pacto de San José da Costa Rica é sempre mencionado, por prestigiar a liberdade de modo mais abrangente do que a constituição. **Certamente, se os juristas passassem a conhecer mais o conteúdo dos tratados, em vez de ficarem discutindo apenas a sua força normativa, ou então conhecessem mais a fundo a**

**jurisprudência da Cortes Internacionais, certamente os direitos humanos poderiam se transformar em uma ferramenta argumentativa importante.**

Se há um certo desconhecimento das normas internacionais de direitos humanos por parte dos operadores do direito e dos tribunais nacionais, o que dificulta a efetivação destes direitos, o mesmo não ocorre com as Cortes internacionais. As Cortes, ao que tudo indica, têm promovido o diálogo e o transconstitucionalismo. Para os autores Marçal e Freitas (2013), é possível verificar a existência de elementos em comuns entre as duas ordens jurídicas – interna e internacional – nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É neste cenário que surge uma espécie de direito constitucional que transcendeu as fronteiras dos Estados para a solução de problemas ditos constitucionais por meio do diálogo entre as ordens jurídicas diferentes.

Como bem observado por Marçal e Freitas (2013) e pelos autores Miranda & Máximo (2013), em seus estudos sobre a interpretação da Corte Interamericana em relação à proteção de direitos dos povos tradicionais da América Latina, a Corte, ao promover o cumprimento da Convenção Americana, muitas vezes, reinterpreta-a, procura respaldo na legislação constitucional dos Estados, o que revela o diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional.

A fim de corroborar com este entendimento, a possibilidade de diálogo entre o sistema regional interamericano e o sistema constitucional dos Estados pode ser verificada no caso “*Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*”, já mencionada neste estudo. Para Marçal e Freitas (2013), a decisão da Corte ao afirmar que o Estado teria o dever de consultar previamente as comunidades étnicas, por meio de um diálogo intercultural, para que os povos pudessem exercer seu direito à autonomia frente à economia capitalista, mostrou que a Corte Interamericana não está alheia à legislação doméstica:

Deste modo, queda-se claro que este é um exemplo demasiadamente relevante de **diálogo transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual utilizou** para resolver uma lide envolvendo o Estado equatoriano, **uma jurisprudência colombiana e legislação de vários países da América Latina como *ratio decidendi***. (MARÇAL & FREITAS, 2013, p. 224, grifo nosso).

A jurisprudência da Corte Interamericana não nega a legislação local e a utiliza, muitas vezes, como fundamento para as decisões, o que revela o diálogo entre a Convenção Americana e os textos constitucionais dos países do continente americano. A Corte profere suas decisões com base em um estudo de direito comparado minucioso e aprofundado para

fundamentar as suas sentenças (MARÇAL & FREITAS, 2013; MIRANDA & MÁXIMO, 2013).

Para Flávia Piovesan (2012b), este fortalecimento entre o sistema interno e a ordem jurídica internacional é de extrema importância, haja vista ser possível identificar quais são as potencialidades e debilidades de cada sistema, para que, de forma mútua, possam pensar em estratégias de aprimoramento constitucional dos Estados e regional do Sistema Interamericano.

Se em matéria de Direitos Humanos é inconcebível o privilégio de lei nacional em detrimento de diretrizes previstas em tratados internacionais e com ela conflitantes, a solução plausível e imediata seria a promoção de um diálogo entre as normas para optar por aquela que carregar maior proteção à pessoa humana.

Destarte, a construção do transconstitucionalismo, a possibilidade de transcender as normas constitucionais para além das fronteiras do Estado, de modo a dialogar com a ordem jurídica internacional, cria espaço apenas para a concepção de que os tratados de direitos humanos tenham tratamento constitucional nas fronteiras dos Estados ou supraconstitucional, se trouxessem normativa mais protetora. É esta a única interpretação condizente com a realidade que ora se apresenta e com o propósito de uma busca contínua pela humanização do direito.

#### **4. Considerações Finais**

Após 25 anos completos da promulgação da atual Constituição Federal ainda há muito o se fazer para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. A disputa acadêmica e jurisprudencial quanto à forma ou o processo de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como sobre a utilização da norma nacional em detrimento da internacional, não pode representar um impasse técnico e desmensurado para o alcance dos direitos humanos ou fundamentais. É preciso fortalecer os mecanismos existentes por meio do diálogo entre a ordem jurídica interna e internacional.

Este estudo pretendeu demonstrar que tanto o texto constitucional de 1988, pela interpretação do §2º do art. 5º, como a jurisprudência do STF, ao propor a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, atribuíram o caráter constitucional das normas advindas destes tratados.

Apesar de haver concordância pela tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a reflexão promovida neste ensaio é o de atribuir o *status* supraconstitucional às normas advindas dos tratados internacionais de direitos humanos, das

quais o Brasil for signatário. A intenção primordial foi provocar, de alguma forma, este debate, por entender que a supraconstitucionalidade permitiria, primeiramente, uma maior proteção da pessoa humana e, segundo, porque se apresenta como a forma mais propícia para o desenvolvimento do direito internacional e para a solução da complexidade das relações humanas no contexto da integração da sociedade global.

Objetivou-se, ainda, por meio de um debate sobre o transconstitucionalismo e da proposta de diálogo entre a ordem constitucional e a ordem internacional, demonstrar que a prevalência dos direitos humanos e a conseqüente humanização do direito necessitam da interação das duas ordens jurídicas e do tratamento constitucional e supraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Este seria um primeiro passo para a possível e longínqua formação de um constitucionalismo global ou de uma comunidade internacional universal.

Verificou-se, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que alguns tribunais internacionais têm promovido este diálogo, mas que, em âmbito nacional, esta construção não tem acompanhado a mesma evolução, talvez porque, no caso do Brasil, a Corte suprema tem relegado papel secundário aos tratados de direitos humanos, o que justifica a tese adotada pelo STF acerca da supralegalidade.

Ambas as propostas apresentadas neste ensaio, em sede de reflexão, têm um objetivo muito maior que é a prevalência dos direitos humanos. A Constituição de um Estado, que se diz democrático e de direito, não pode se limitar ao seu texto expresso, e nem mesmo a ordens técnicas e formais, mas sim cumprir os princípios e valores de seu texto constitucional, o que somente pode ser realizado mediante a prevalência da norma mais protetiva a pessoa humana, independentemente de qualquer discussão acerca da sua hierarquia ou natureza normativa.

Um Direito Constitucional que se pretende novo não pode prescindir do maior instrumento atual de efetivação dos direitos fundamentais, qual seja, os tratados internacionais de direitos humanos. A sociedade global clama por estes direitos que devem ser estendidos a todo ser humano, a fim de alcançar a universalidade do maior valor e fundamento dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

Assim, não é mais possível dividir em dois campos estanques a jurisdição nacional e suas normas, de um lado; e de outro, a jurisdição internacional e seu ordenamento jurídico. As duas esferas precisam promover o diálogo, no sentido de fortalecê-las, para então caminhar na construção de uma comunidade universal em que as diferenças, pelo menos no que se referem aos direitos básicos, pertencentes ao mínimo existencial, sejam inexistentes.

A humanização do direito requer menos formalismo e mais justiça social.

## Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G.E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 91.361/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de setembro de 2008. Informativo 534 do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>. Acesso em: 29 jul. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Feliciano de. A natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos: análise da supralegalidade e da inconsciência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. CONPEDI/UNINOVE (org.). DEL OLMO, Florisbal; GUIMARAES, Antonio Márcio C.; CARDIN, Valéria S. G. (coord). **Direito internacional dos direitos humanos I** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 137-157.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. 23 maio 1969. Disponível em: [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv\\_Viena/Convencao\\_Viena\\_Dt\\_Tratados-1969-PT.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm). Acesso em 27 jul. 2014.

CONVENÇÃO DE HAVANA SOBRE TRATADOS. 20 fevereiro 1928. Disponível em: [http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao\\_havana\\_tratados.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_havana_tratados.pdf). Acesso em 27 jul. 2014.

CORTE IDH. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones**. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponível em <http://www.CorteIDH.or.cr/casos.cfm>. Acesso em 25 jun. 2014.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. “O conceito de direito internacional” In: **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2003, p. 37-42.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARÇAL, Julia Dambrós & FREITAS, Riva Sobrado de. O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Constitucional dos Estados Latino-Americanos. **Unesc International Legal Seminar**, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013, p. 215-230.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Maressa da Silva & MÁXIMO, Marcela de Fátima Menezes. Os Povos Tradicionais na América Latina: a interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **E-Civistas – Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**- Belo Horizonte, v. VI, n. 2, dez./2013. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso D. Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos & MELO, Milena Petters (coords.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 19-42.