

Luiz Flávio Gomes

Rede de Ensino LFG

revista@lfg.com.br

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Rede de Ensino LFG

valerio.mazzuoli@terra.com.br

TRATADOS INTERNACIONAIS: VALOR LEGAL, SUPRALEGAL, CONSTITUCIONAL OU SUPRACONSTITUCIONAL?

RESUMO

Este ensaio tem por finalidade estudar os possíveis níveis hierárquicos dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro. Buscar-se-á compreender os valores legal, supralegal, constitucional e supraconstitucional das normas de direitos humanos e as diferenças entre esses níveis. O trabalho também analisa a jurisprudência recente do STF a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil.

Palavras-Chave: Tratados internacionais; direitos humanos; conflito entre tratado e leis internas; hierarquia dos tratados.

ABSTRACT

This essay has as purpose to study the possible hierarchic levels of human rights international treaties in Brazilian Law. It will pursue to understand the legal, supralegal, constitutional and supraconstititutional value of human rights norms and the difference between these levels. The work also analyses recent STF jurisprudence concerning the human rights treaties hierarchy in Brazil.

Keywords: International treaties; human rights; conflict between treaties and inner laws; treaties hierarchy.

Anhanguera Educacional S.A.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP. 13.278-181
rc.ipade@unianhanguera.edu.br

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 20/02/2009
Avaliado em: 19/06/2009

Publicação: 11 de agosto de 2009

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por finalidade estudar os possíveis níveis hierárquicos que podem ter os tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro. Para tanto, far-se-á uma análise da jurisprudência atual do STF a respeito do tema para, depois, verificar os acertos e desacertos do que vem sendo decidido pela Suprema Corte em suas decisões recentes.

Apesar da importante decisão do STF, no dia 03.12.08 (*RE 466.343-SP* e *HC 87.585-TO*), que atribuiu *status* supralegal para os tratados de direitos humanos (tese vencedora do Min. Gilmar Mendes), não se pode ainda afirmar que está totalmente superada a discussão a respeito do grau hierárquico dos tratados internacionais no nosso direito interno. Seria ele *legal*, *supralegal*, *constitucional* ou *supraconstitucional*?

Se não estamos equivocados (o tema continua nos exigindo permanentes reflexões) as quatro categorias são válidas. Vejamos.

2. TRATADOS COM VALOR LEGAL

No primeiro grupo (tratados com valor legal) acham-se os tratados que não cuidam dos direitos humanos (mercantis, econômicos, de cooperação, de demarcação territorial etc.). Exceção: a exceção, nesse grupo, reside nos tratados de direito tributário, porque, nesse caso, possuem valor supralegal (por força do CTN, art. 98).

O Direito Internacional, como se sabe, é composto de normas sobre direitos humanos (DIDH) bem como de outras que não possuem esse caráter (tratados comerciais, *v.g.*). Conquanto a doutrina internacionalista entenda que quaisquer tratados têm, no mínimo, *status* supralegal (posição da qual também nos filiamos), o certo é que para o Supremo Tribunal Federal tais tratados (que não versam temas relacionados aos direitos humanos) não ultrapassam o nível da legislação ordinária no Brasil.

No que diz respeito às normas de direitos humanos (DIDH), elas ingressariam no ordenamento jurídico brasileiro ou como norma *constitucional* (posição da doutrina avalizada pelo Min. Celso de Mello – *HC 87.585-TO*; essa tese vale para os tratados vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) ou como *Emenda Constitucional* (EC 45/2004, que vale para os novos tratados) ou como norma *supralegal* (voto do Min. Gilmar Mendes no *RE 466.343-SP*). Voltaremos ao tema logo abaixo.

Nesse primeiro momento, é importante indagar qual seria o nível hierárquico do Direito internacional que não cuida dos direitos humanos? Essa é uma questão ainda aberta na jurisprudência brasileira, não obstante (como sublinhamos acima) a doutrina internacionalista já entender (há muitos anos, desde as primeiras lições de Accioly no Brasil) que tais tratados *já valem* mais do que a lei. Tal doutrina (com a qual concordamos interiramente) fundamenta-se no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (convenção esta já aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, pelo Decreto Legislativo nº 496/09, mas ainda pendente de ratificação), segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Contudo, no que tange ao Supremo Tribunal Federal a questão realmente ainda se encontra em aberto. A velha doutrina do STF diz que o *status* normativo de um tratado comum no plano do nosso direito interno seria o mesmo das leis ordinárias. Mas esse é um tema sobre o qual o próprio STF terá que refletir. Cuida-se de uma zona do Direito (ainda) indefinida naqueles países que não têm em suas Constituições regras claras a esse respeito, países dos quais o Brasil indubitavelmente faz parte. A tendência da Corte Suprema brasileira (ao que tudo indica) consiste em reconhecê-los como direito ordinário. Exceção a essa regra constituiria o Direito Tributário (art. 98 do CTN).

A Corte Suprema mexicana (cf. Priscyla Costa, in *Consultor Jurídico* de 15.02.07), mais ou menos na linha do nosso art. 98 do CTN, também já proclamou o valor supralegal dos tratados relacionados com o Direito Tributário.

Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais (...). As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição.

O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há “mais proximidade” das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, “em particular o tráfico mercantil.

Há ainda outros 14 pedidos de Habeas Corpus apresentados por diversas empresas, que alegam aplicação de leis contrárias ao estabelecido em tratados internacionais, especialmente no caso do Nafta.

A tese adotada pela Justiça do México é a mesma que pode valer no Brasil depois que o Supremo Tribunal Federal decidir sobre a prisão de depositário infiel. Durante a análise do tema, em novembro de 2006, o ministro Gilmar Mendes levantou a questão da hierarquia dos acordos internacionais.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. O artigo 7º desse acordo estabelece: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autori-

dade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O tratado conflita com a Constituição brasileira que permite a prisão civil do depositário infiel. O STF, entretanto, já decidiu que vale a norma internacional (RE 466.343-SP).

Em que pesem essas diretrizes, o certo é que o STF, no Brasil, desde muito tempo entende que os tratados internacionais *comuns*, no que concerne há hierarquia das fontes, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias no nosso sistema jurídico.

3. TRATADOS COM VALOR SUPRALEGAL

Além dos tratados de direito tributário, que possuem valor supralegal por força do art. 98 do CTN, ingressariam nessa categoria, por força da decisão do STF de 03.12.08 (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO), os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, mas não aprovados pelo quorum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas casas legislativas).

Depois dessa referida (e histórica) decisão do STF, a síntese que poderia ser feita seria a seguinte:

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado: valor supralegal;
- b) tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional: valor de Emenda Constitucional (valor constitucional);
- c) tratados que não versam sobre direitos humanos: valor *legal* (tese da equiparação ou paridade);
- d) exceção a essa regra constitui eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98).

Há anos existe muita polêmica sobre o *status* normativo (nível hierárquico) do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro. Um forte setor da doutrina (Flávia Piovesan, Antonio Cançado Trindade, Valerio Mazzuoli etc.) sustenta a tese de que os tratados de direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e políticos etc.) contariam com *status* constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF (“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”). Essa tese, aliás, foi acolhida (dentro da nossa Suprema Corte) pelo Min. Celso de Mello (HC 87.585-TO).

A tradicional jurisprudência da nossa Corte Máxima, desde os anos 70 do século XX, emprestava aos tratados, incluindo-se os de direitos humanos, o valor de direito ordinário (*RE 80.004-SE*, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 01.06.77). Nele prosperava a corrente paritária: tratado internacional vale tanto quanto a lei ordinária. Esse entendimento foi reiterado pelo STF mesmo após o advento da Constituição de 1988 (STF, *HC 72.131-RJ*, *ADIn 1.480-3-DF* etc.).

A EC 45/2004 (Reforma do Judiciário) autoriza que eles tenham *status* de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no § 3º do art. 5º da CF (votação de três quintos, em dois turnos em cada casa legislativa).

De acordo com voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, no entanto, no *RE 466.343-SP*, tais tratados (quando não aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º da CF) contam com *status* de Direito supralegal (estão acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição). Nesse sentido: CF da Alemanha (art. 25), Constituição francesa (art. 55) e Constituição da Grécia (art. 28). Além do Min. Gilmar Mendes, votaram nesse mesmo sentido outros quatro Ministros (totalizando cinco votos). Essa foi a tese vencedora (no histórico julgamento do dia 03.12.08 – *RE 466.343-SP*).

No *HC 90.172-SP* decidiu-se o seguinte: “A Turma deferiu habeas corpus (...) Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (*RE 466343/SP*, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado *RE 466343/SP* no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. *HC 90172/SP*, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007.”

O Direito constitucional, depois de 1988, conta com relações diferenciadas frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A visão da supralegalidade deste último encontra amparo em vários dispositivos constitucionais (CF, art. 4º, art. 5º, § 2º, e §§ 3º e 4º do mesmo artigo 5º).

4. TRATADOS COM VALOR CONSTITUCIONAL

Essa categoria vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz:

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.

Trata-se de corrente que emana de um consolidado entendimento doutrinário (Cançado Trindade, Sylvia Steiner, Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, L. F. Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país.¹ Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (*RE 80.004*, *HC 72.131* e *82.424*, rel. Min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi (antes de 2006) majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Somente agora é que ela ganhou reforço com a posição do Min. Celso de Mello (*HC 87.585-TO*).

Vejamos as valiosas argumentações (em seus aspectos centrais) do Min. Celso de Mello:

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na *ADI 1.480-MC/DF*, Rel. Min. CELSO DE MELLO (*RTJ 179/493-496*) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

Mas uma coisa são os tratados de direitos humanos, outra distinta os demais tratados internacionais:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).

A supralegalidade dos tratados de direitos humanos foi a tese defendida por Gilmar Mendes:

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da “supralegalidade”, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

Para o Min. Celso de Mello o correto é reconhecer, mais que a supralegalidade, a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Seu pensamento conta com forte apoio doutrinário: “Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CAN-

ÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

O Min. Celso de Mello altera o seu antigo pensamento, afirmando:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos.

Registre-se que em voto precedente também já havia se inclinado pela constitucionalidade dos tratados de direitos humanos o Min. Ilmar Galvão: “Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, reconsiderando o seu anterior entendimento, tal como eu próprio ora faço neste julgamento, destacou, em momento que precedeu a promulgação da EC nº 45/2004, que o § 2º do art. 5º da Constituição - verdadeira cláusula geral de recepção - autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade”.

Na verdade, até mesmo o STF, em tempos passados, já tinha reconhecido o valor constitucional dos tratados. Mudou de posição posteriormente:

Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (Apelação Civil 7.872/RS, Rel.

¹ Para um estudo completo do assunto, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, pp. 748-776; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”, in *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.

Min. LAUDO DE CAMARGO - Apelação Civil 9.587/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70 - RTJ 83/809 - RTJ 179/493-496, *v.g.*).

A confirmação do novo entendimento do Min. Celso de Mello deu-se da seguinte maneira:

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, *v.g.*), evoluo, Senhora Presidente, 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, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.

A única situação em que prepondera a Constituição sobre os tratados ocorre quando estes restringem direitos previstos na própria Magna Carta:

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

Em artigo que escrevemos junto com Valerio Mazzuoli (*Valor dos tratados de direitos humanos no direito interno* - cf. www.lfg.com.br) afirmamos o seguinte:

“O § 3º do art. 5º da CF pretendeu pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos status de norma constitucional, em virtude da interpretação do § 2.º do mesmo art. 5.º da Constituição, que dispõe: “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”.

Com base nesse último dispositivo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Para nós, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta da 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.

Esse nosso entendimento doutrinário acabou não sendo sufragado pelo Min. Gilmar Mendes, que avançou um passo nessa matéria, admitindo em relação aos tratados de direitos humanos status supralegal, mas não chegou a concebê-los como normas constitucionais.²

5. TRATADOS COM VALOR SUPRACONSTITUCIONAL

Essa corrente (*supraconstitucionalidade* dos tratados) sempre contou com pouca adesão dos doutrinadores brasileiros. Mas é chegado o momento, de acordo com nossa opinião, de um aprofundamento no tema.

Em primeiro lugar é necessário atentar que tanto a doutrina estrangeira quanto a nacional já defenderam o *status* supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, não sendo esta tese uma novidade em sede doutrinária.

Para alguns autores, como André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ao dispor que “uma parte não pode invocar as disposições de seu *direito interno* para justificar o inadimplemento de um tratado”, teve a intenção de subordinar *todo o direito interno* dos Estados à observância dos tratados internacionais, inclusive as suas Constituições, dando “a todo o Direito Internacional convencional *grau supraconstitucional* na ordem interna dos Estados onde ela viesse a vigorar ou por ratificação ou como costume internacional” (grifo nosso).³

No Brasil, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foi defendida pelo saudoso Prof. Celso D. de Albuquerque Mello, que se dizia “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”.⁴

Ao que nos parece, a distinção central que devemos fazer doravante (e não temos conhecimento de que isso tenha sido feito antes) é a seguinte: não podemos confundir os tratados de direitos humanos (ou normas dessa natureza) *centrífgos* com os *centrípetos*.

² Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 748-776.

³ PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, 3.^a ed., rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001, p. 120.

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, in TORRES, Ricardo Lobo [org.], *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 1-29.

5.1. Tratados centrífugos

Os primeiros (tratados ou normas de direitos humanos centrífugos) são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (Justiça global). São nominados de *centrífugos* exatamente porque são tratados que *saem* (ou *fogem*) *do centro*, ou seja, do comum, do normal e também porque retiram o sujeito ou o Estado do seu centro, isto é, do seu território, da sua região planetária, dos limites de sua jurisdição doméstica. Tratados ou normas centrífugos são os que conduzem o Estado ou o sujeito a um órgão jurisdicional global (não estamos falando dos órgãos regionais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana etc., mas sim – repita-se – de um organismo da esfera *global*). Nesse patamar jurisdicional global contamos com vários órgãos supranacionais relevantes, destacando-se especialmente a Corte Internacional de Justiça (da ONU, reinstituída em 1945), o Tribunal Penal Internacional (criado pelo Estatuto de Roma de 1998 e que entrou em vigor em julho de 2002) e os Tribunais “ad hoc” das Nações Unidas.

Esses tratados ou normas (centrífugos) naturalmente possuem o *status* supraconstitucional, precisamente porque regem relações do Estado ou do indivíduo com os órgãos da Justiça global. Exemplo: Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Para nós, esse tratado é centrífugo e conta com natureza supraconstitucional (ou seja: está acima da Constituição dos Estados, está acima da Constituição brasileira). Partindo-se dessa ideia, vê-se que não há que se falar em conflito entre tal tratado e a constituição brasileira. Não importa se o tratado de Roma é benéfico ou maléfico (frente à Constituição brasileira). Importante: os objetos regidos por eles são distintos. O Tratado de Roma rege as relações supranacionais do indivíduo ou do Estado (relações com o TPI). A Constituição rege as relações internas (domésticas) do indivíduo e do próprio Estado. Quando os objetos são distintos, cada área tem seu conjunto normativo específico. Vigora o princípio da esfera reservada de competência. No plano das relações supranacionais, valem as regras específicas desse setor (Tratado de Roma, Carta da ONU etc.).

Não seria possível (e tampouco jurídico) entender que um instrumento internacional como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional devesse se submeter às regras constitucionais dos seus respectivos Estados-partes. Quando um Estado assume compromissos mútuos em convenções internacionais de caráter centrífugo ele auto-restringe sua soberania em prol da proteção da humanidade como um todo. Esse

interesse *global* é sempre supraconstitucional por compor-se de valores que não se submetem a qualquer ato estatal.

5.2. Tratados centrípetos

Já os tratados ou normas de direitos humanos *centrípetos* cuidam das relações do indivíduo ou do Estado no plano doméstico (interno). Não retiram o indivíduo ou o Estado do seu centro (do seu território ou da sua região planetária, dos seus limites jurisdicionais: região interamericana, *v.g.*). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos conta com essa natureza.⁵ Ela está voltada para o plano interno (doméstico) ou, no máximo, para a respectiva região planetária (sistema interamericano de direitos humanos). Em regra, os tratados e normas centrípetos não possuem valor supraconstitucional. São normas de *status* constitucional (tese do Min. Celso de Mello, Valerio Mazzuoli etc.) ou supralegal (tese do Min. Gilmar Mendes etc.).

O que importa notar, no que tange aos tratados centrípetos, é que eles se voltam à proteção do indivíduo *dentro do próprio Estado* e, em última análise, dentro da própria região geográfica onde esse Estado se localiza (a região interamericana, *v.g.*). Por acrescentarem ao plano do direito interno direitos muitas vezes não consagrados pelas Constituições nacionais, tais tratados centrípetos não podem jamais ser equiparados à legislação ordinária. Quer se adote uma tese (a do Min. Celso de Mello) ou outra (a do Min. Gilmar Mendes), o que realmente importa é que tais tratados valem mais do que a lei, e as normas de direito interno que violem qualquer dos seus dispositivos são *inválidas* (não obstante poderem ser vigentes, porque eventualmente de acordo com a Constituição).

Exceção: a exceção a essa regra dos tratados centrípetos reside na norma internacional de direitos humanos *mais favorável* (ou *mais protetora*) ao gozo das liberdades e que conflita com a Constituição de um determinado Estado. Nesse caso, essa norma passa a ter caráter supraconstitucional por ser mais benéfica (mais favorável) ao ser humano. Isso se dá por força do princípio internacional *pro homine* (que manda incidir em matéria de direitos humanos a norma mais favorável ao ser humano). Os objetos (da Constituição e da Convenção Americana) são idênticos: elas existem para reger as relações do Estado e dos indivíduos no plano interno do país (no plano doméstico). Quando os objetos são idênticos, em matéria de direitos humanos, os princípios regen-

tes (dos conflitos de normas) não são os tradicionais (hierarquia, posterioridade e especialidade), sim, os específicos dessa área: (a) vedação de retrocesso e (b) princípio internacional *pro homine*.

Para nós, os métodos tradicionais de solução de antinomias encontram-se superados quando em jogo matéria afeta aos direitos humanos. Se tais critérios (hierárquico, da especialidade e o cronológico) ainda valem para resolver antinomias surgidas nos conflitos de leis comuns, a mesma coisa não se pode dizer quando a antinomia envolve normas de direitos humanos, uma vez que a lógica do sistema (interno ou internacional) de proteção desses mesmos direitos não é a mesma que a existente em relação às questões comerciais, financeiras, técnicas etc.

Assim, em conclusão, os tratados internacionais de direitos humanos centrífugos (Tratado de Roma, *v.g.*) assim como os tratados ou normas internacionais (de direitos humanos) mais favoráveis (quando comparados com a Constituição de cada país) possuem valor supraconstitucional.

6. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS VALEM MAIS DO QUE A LEI ORDINÁRIA

O ponto comum entre todas as posições citadas (ressalvando-se a primeira) reside no seguinte: os tratados de direitos humanos acham-se formal e hierarquicamente acima do direito ordinário. Essa premissa (no plano formal) nos parece muito acertada.

Como se sabe, vem preponderando no STF a tese do Min. Gilmar Mendes, no sentido de que tais tratados (em regra) teriam valor supralegal. A crítica feita por Valerio Mazzuoli contra o entendimento majoritário do STF (de que os tratados de direitos humanos não aprovados por quorum qualificado possuem valor apenas supralegal) é a seguinte:

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, *v.g.*, pelo Min. Gilmar Mendes, no RE. 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma 'duplicidade de regimes jurídicos' imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece 'categorias' de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (*v.g.*, o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível *constitucional* e *supralegal* (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou

⁵ Para um estudo completo desse instrumento internacional, *v.* GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009.

os “iguais”). Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos *abaixo* da Constituição e outros (também de direitos humanos) no *mesmo nível* dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação onde um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior. Espera-se que o STF reveja sua posição e passe a adotar (como fez o Min. Celso de Mello) a tese do *nível constitucional* dos tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação congressional. Será este o momento em que o Brasil ficará lado a lado com os países que mais valor atribuem às normas internacionais de proteção e daqueles que sofrem menos condenações (por violações de direitos humanos) por tribunais internacionais.⁶

De um ponto de vista positivo, a atribuição aos tratados de direitos humanos de nível superior ao das leis (quer *constitucional* ou *supralegal*, como seja) está a impedir que as leis ordinárias (ou complementares) invadam o campo material desses tratados, regulamentando de maneira diferente algo que eles estão a proteger *para mais*.

7. CONSEQUÊNCIAS IMPORTANTES

Partindo-se da ideia de que os tratados de direitos humanos estão acima da lei, passa a ser certo que a produção do Direito, para além dos limites formais, conta também com novos limites materiais, dados pelos direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos.

Rompendo com as concepções clássicas do positivismo legalista, impõe-se (de outro lado) concluir que nem toda lei vigente é válida. E quando ela é válida? Somente quando conta com *dupla compatibilidade vertical*, ou seja, compatibilidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos assim como com a Constituição.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não basta haver consonância com apenas um deles (esse é o caso da prisão civil do depositário infiel: ela está na lei ordinária bem como na Constituição). Isso não é suficiente. A produção do texto ordinário deve agora observar dois outros ordenamentos jurídicos (dois outros filtros) superiores. Quando incompatível com qualquer um deles, não possui validade.

Pergunta-se: por que o legislador deve se preocupar com a citada dupla compatibilidade vertical? Reitere-se: porque se a regra do Direito ordinário vier a conflitar

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos”, in *Revista Jurídica Consulex*, vol. 295, Brasília, abr./2009, pp. 54-55.

com qualquer norma superior não terá nenhuma eficácia (ou aplicabilidade). Ou seja: é inválida.

Do velho Estado de Direito legal ou legalista (EDL) estamos evoluindo para o Estado de Direito constitucional (ECD) e internacional (transnacional) (EDI). Essa é a maior e mais significativa mudança de paradigma que estamos vivenciando (no Brasil, no plano jurídico) neste limiar do terceiro milênio. Não se trata, logo se percebe, de um caminho fácil. Toda mudança de paradigma é complexa, mas vale a pena percorrer esse caminho, abrindo novos horizontes (“Caminante no hay camino, el camino se hace al andar” – Antonio Machado).

REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**, v. 295, p. 54-55, Brasília, abr. 2009.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, v. 378, ano 101, p. 89-109, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed., p. 01-29, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**, 3. ed., rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela USP. Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP, *campus* de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da UFMT. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na Rede LFG.