

## Definição do status jurídico das normas internacionais de direitos humanos. Um caminho para maior efetividade

Priscila Pereira de Andrade\*

### Introdução

No início dos anos 90, doutrinadores e práticos já refletiam sobre as causas das fraquezas dos instrumentos internacionais e os meios para remediá-las. No mesmo sentido, teóricos das relações internacionais também vêm analisando a efetividade e as fraquezas dos tratados e essa problemática da efetividade tornou-se um ponto essencial de investigação, ocasionando análises variadas. A maior parte dos autores procura qualificar ou mesmo quantificar o grau de efetividade dos instrumentos internacionais e explicar as desigualdades encontradas.

Contudo, o estudo da efetividade das normas jurídicas internacionais é bastante complexo, pois como sabemos existem diversos fatores que influenciam os objetivos destas. Esses fatores impossibilitam que a análise da efetividade seja feita somente através da apreciação da estrutura jurídica das normas existentes. Em outras palavras, para analisar a efetividade de determinado sistema jurídico é necessário fazer uma análise integral do sistema jurídico em si e de sua aplicação real na sociedade.

O número e o reconhecimento mundial dos países que fazem parte do tratado, a relevância internacional do assunto abordado, o status jurídico que as normas internacionais apresentam no ordenamento nacional e a necessidade de cooperação internacional entre os signatários do tratado são alguns fatores, dentre outros, que podem ser utilizados como base para análise da efetividade de determinado tratado do direito internacional.

Os fatores de análise são escolhidos tendo em vista sua influência para o cumprimento das obrigações pactuadas internacionalmente. A partir do momento em que incertezas sobre a importância da aplicação das normas internacionais deixam de existir, estas passam a apresentar maior efetividade e conseqüentemente os tratados que elaboraram estas normas passam a ser mais efetivos e os problemas que levaram a sua elaboração deixam de existir.

Deveras, é cediço que muitos fatores interferem na efetividade das normas internacionais, merece destaque a efetividade da aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo governo brasileiro considerando o status jurídico que estas apresentam no ordenamento nacional.

Nesse sentido, traça-se, inicialmente, um breve relato sobre a evolução histórica e a internacionalização dos direitos humanos. Em seguida, são apresentadas as definições de efetividade, eficácia, validade e vigência com o fito de esclarecer que a efetividade de uma norma não é garantida mesmo esta sendo eficaz.

Na segunda parte do artigo, são apresentados os diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o status jurídico das normas de direitos humanos no ordenamento brasileiro. Nesse contexto, busca-se apresentar o possível novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal direcionado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP para em seguida ser feita a análise da efetividade.

## 1. Noção jurídica de direitos humanos: evolução e internacionalização

A noção atribuída aos direitos humanos atualmente desenvolveu-se significativamente a partir do final do século XX. A história da evolução dos direitos humanos pode ser compreendida e dividida em três momentos. Primeiramente, o ser humano e os valores a este relacionados foram reconhecidos como direito positivo, ou seja, passaram a apresentar valoração jurídica. Num segundo momento, essa valoração foi considerada como referência axiológica e jurídico-positiva, e, por fim, a terceira etapa da evolução dos direitos humanos foi caracterizada pela sua internacionalização. [01]

O processo de internacionalização e a crescente importância dos direitos humanos foram apontados por Norberto Bobbio [02], como um dos pontos mais positivos alcançados pela humanidade. Segundo o autor, os direitos do homem surgiram de uma inversão de perspectiva, que ocorreu com a aceitação do Estado Moderno onde a relação entre os cidadãos deixou de ser caracterizada pelos súditos e soberanos e passou a ser representada pelos cidadãos e Estado. No mesmo sentido, após a evolução da relação cidadãos e Estado, verifica-se a existência de uma relação universal caracterizada pelos direitos do cidadão do mundo. Na esteira, o autor apresentou de forma clara que os direitos são oriundos de uma evolução histórica e podem ser classificados em quatro gerações.

A primeira geração de direitos, segundo Bobbio, consiste nos direitos civis, ou seja, nos direitos fundamentais do homem. A segunda geração é caracterizada pelos direitos políticos e sociais e a terceira geração é representada pelos direitos econômicos, sociais e culturais, pelos crescentes movimentos ecológicos de preservação do meio ambiente e pelos movimentos em defesa do consumidor, entre outros. Já a quarta geração seria caracterizada pelos avanços tecnológicos, representados, por exemplo, pelos avanços biotecnológicos. A partir dessa classificação é possível constatar que os direitos surgem de acordo com o progresso técnico e moral da sociedade, nesse sentido, em cada geração os indivíduos apresentam necessidades diferentes e por isso a cada dia são reconhecidos novos direitos.

Ainda com base nos ensinamentos de Bobbio, verifica-se que o problema do reconhecimento dos direitos humanos passou a ser efetivamente internacionalizado após a Segunda Guerra Mundial. Os conflitos internacionais exemplificados pelas duas grandes guerras mundiais, os genocídios contra grupos étnicos e religiosos e os massacres demonstraram a necessidade de elaboração de mecanismos e instrumentos internacionais de fiscalização e controle capazes de controlar a ação dos Estados em relação ao respeito aos seus cidadãos e aos princípios do direito internacional. A partir desse momento, foram elaborados diversos instrumentos internacionais de proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais do homem. Os instrumentos elaborados visavam basicamente resolver de forma pacífica os conflitos e incentivar o respeito aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

A universalização dos direitos humanos ocorreu paralelamente ao desenvolvimento da política internacional, da economia globalizada e da evolução do ordenamento jurídico internacional. Essa universalização é claramente percebida ao analisarmos a evolução dos direitos humanos desde 1948 quando foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Através dessa Declaração foram definidos valores universais que deveriam ser seguidos e respeitados pelos Estados. De forma ampla, a Declaração tinha como objetivo garantir a igualdade, fraternidade, liberdade, justiça, proteção legal dos direitos, paz, solidariedade universal e democracia. [03]

A partir dessa Declaração, nos anos 50 e 60 o debate entre a proteção internacional dos direitos humanos e os limites impostos pela soberania nacional de cada Estado foram gradualmente superados. Foram elaborados tratados de proteção aos direitos humanos nas mais variadas áreas. Dessa forma, acreditava-se que os direitos humanos eram divididos por áreas, ou seja, existiam os direitos civis, os políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Em 1968, ocorreu a primeira Conferência Mundial dos Direitos Humanos onde foram reavaliados os direitos humanos e sua internacionalização foi concretizada pelo fortalecimento da noção da universalidade dos direitos humanos e da sua indivisibilidade.

A indivisibilidade desses direitos confirmou a necessidade de articulação das variadas áreas para melhor proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a divisão dos direitos humanos em diferentes áreas foi gradualmente deixando de existir. Verificou-se, por exemplo, em 1969, a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e simultaneamente houve a celebração de tratados que versam sobre a proteção dos direitos da mulher, da criança, dos trabalhadores, enfim, foram elaborados inúmeros tratados de proteção.

A universalidade dos direitos humanos resgata a idéia de que a condição de pessoa é o atributo único e exclusivo para a titularidade de direitos e enfatiza o valor da dignidade inerente ao indivíduo, sendo proibida qualquer discriminação que tenha por base a raça, a etnia, a nacionalidade, o gênero, a idade, ect.

Em seguida, em 1993, ocorreu a segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos, Nessa época, devido à grande quantidade de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos existentes foi necessária uma conferência mundial para reavaliar a implementação e discutir os mecanismos capazes de garantir a efetiva implementação das normas internacionais.

O século XX foi marcado por inúmeros momentos em que os direitos humanos foram pouco considerados. Conforme aponta Antônio Augusto Cançado Trindade, a primeira Conferência teve um maior caráter legislativo sendo que a segunda Conferência visou dar efetividade aos instrumentos internacionais e garantir sua devida implementação.

[04]

Os Estados não podem deixar de considerar os direitos humanos, mesmo considerando suas características culturais, históricas, religiosas e seu o grau de desenvolvimento. Uma coisa é certa, os documentos elaborados a partir das duas Conferências sensibilizaram e conscientizaram o mundo em relação a estes direitos.

Em síntese, pode-se considerar que os direitos humanos passaram a apresentar valoração internacional, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, onde os direitos dos refugiados e dos apátridas foram bastante ressaltados e discutidos. A partir desse momento, surgiram muitos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Instrumentos estes normalmente classificados segundo as áreas de maior necessidade de proteção, como direitos das mulheres, dos refugiados, das minorias, entre outros.

Importante ressaltar, por fim que os direitos humanos não são concedidos ou reconhecidos pelo Estado. Os direitos humanos são os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada na qual os valores da igualdade e da liberdade se conjugam e se completam. [05]

Assim, considerando a importância da proteção dos direitos humanos, torna-se importante estudar no tópico seguinte alguns conceitos indispensáveis para a análise da efetividade das convenções e tratados internacionais de direitos humanos.

## 2. Conceituação de efetividade e termos relacionados

Para compreender melhor o que vem a ser a efetividade de aplicação das normas internacionais é preciso que conceitos como existência, vigência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas estejam claramente definidos. Nesse sentido, os conceitos de cada um desses termos será brevemente exposto neste trabalho.

Uma norma passa a existir juridicamente quando um fato da vida é tipificado normativamente, ou seja, passa a fazer parte do mundo do Direito. Assim, os efeitos jurídicos desse fato tipificado podem ser produzidos. [06]

A vigência das normas é caracterizada pelo momento em que a observância de uma norma se torna obrigatória para as pessoas ou partes envolvidas. Miguel Reale estabelece que: [07]

"Vigência é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração".

Após análise de existência e vigência, o ato jurídico passa pela avaliação de validade. A validade, para Kelsen, é a conformidade da norma para com a norma fundamental, ou seja, a Constituição. [08] Por uma norma estar em vigor ou estar apta a produzir os seus efeitos, não será necessariamente considerada válida se, em tempo razoável, não ganhar um mínimo de efetividade. A validade é a qualidade da lei que, ao entrar em vigor, está de acordo com as regras do Direito, sendo, assim, regular. [09]

Vale ressaltar ainda que nem sempre o fato da norma jurídica existir significa que essa será simultaneamente vigente, pois em alguns casos a norma só será vigente depois de um determinado período. Assim dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que:

"Salvo disposição em contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada".

A validade e a vigência de uma norma não garantem por si só a sua finalidade. Uma norma pode ser válida e vigente e, no entanto podem violentar a consciência da sociedade, ou seja, podem ir contra uma tradição da sociedade. Estas normas dificilmente serão efetivas como veremos adiante.

Uma norma será considerada eficaz no momento em que tiver capacidade jurídica para produzir seus feitos. Em outras palavras, a norma será considerada o meio adequado para solucionar o problema que levou a sua criação.

Já a efetividade de uma norma está relacionada à sua aceitação pela comunidade e seu uso contínuo e real. A efetividade, ou como denominam alguns autores, a eficácia social das normas, é o cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade, que reconhece as normas e as cumprem, concretizando assim os comandos das normas, fazendo com que seus preceitos incidam efetivamente na vida social. [10] Dessa maneira, a norma efetiva passa a ser incorporada no dia a dia da sociedade.

Falar em efetividade no direito internacional é bastante difícil, pois abrange não somente a implementação correta de um acordo internacional como também uma análise de como as leis, decretos e normas nacionais estão sendo cumpridos. Em outras palavras, ao pensarmos em efetividade do direito internacional humano é necessário fazer uma análise ampla de como ocorreu a implementação do acordo internacional no plano jurídico nacional e se os mecanismos criados para essa implementação estão ou não sendo devidamente cumpridos.

A efetividade das normas internacionais, ou seja, a noção de que as normas elaboradas internacionalmente serão aplicadas pela sociedade, não é garantida através do cumprimento dos requisitos obrigatórios para sua entrada em vigor. Em outros termos, uma norma pode ser eficaz por ter sido elaborada em conformidade com requisitos e procedimentos estabelecidos, como veremos, no caso brasileiro, através da celebração, assinatura, ratificação e promulgação do decreto presidencial, porém ela pode não ser considerada e aplicada pela sociedade na prática, e nesse sentido, a norma internacional não é considerada efetiva. Os objetivos estabelecidos pelo instrumento internacional não são alcançados devido ao não cumprimento, ou como denominam internacionalmente à não-compliance das normas estabelecidas.

Verifica-se que a efetividade das normas internacionais pode ser influenciada por diversos fatores como pela pressão exercida pela comunidade internacional para seu cumprimento, pelo número de países que fazem parte do acordo internacional, e pelo status que elas apresentam no ordenamento jurídico interno de cada país.

Ademais, no cenário interno, vale mencionar a tradicional terminologia brasileira de eficácia das normas constitucionais preconizada por José Afonso da Silva, ou seja, que as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida, limitada. As normas constitucionais de eficácia plena têm aplicabilidade imediata, independem de qualquer regulamentação posterior para sua aplicação. As normas de eficácia contida também têm aplicação imediata, integral e plena, entretanto, diferenciam-se da primeira classificação, eis que o constituinte possibilitou ao legislador ordinário restringir a aplicação da norma constitucional. Outrora, as normas de eficácia limitada dependem de norma infraconstitucional para produzir efeito. [11]

Nesse diapasão, o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente, fevereiro de 2007, proferiu decisão no sentido de que as normas constitucionais quando pendente de regulamentação, ou seja, normas de eficácia limitada, também têm efetividade se conjugada com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, eis que não há normas inócuas na Carta Magna, não podendo invocar a omissão legislativa para afastar um direito constitucional, consoante voto proferido no mandado de injunção nº 712 [12] no STF. Nesse sentido, o Supremo sinaliza uma considerável mudança eis que recente entendimento jurisprudencial aponta que se houver omissão legislativa o cidadão pode exercer o direito fundamental assegurado pela constituição. Ante a omissão legislativa, as normas de eficácia limitada têm aplicabilidade pelo cidadão brasileiro.

### 3. Sistemática brasileira de incorporação dos tratados internacionais e os conflitos entre Direito interno e Direito internacional

Desde o final do século XIX as relações entre direito internacional e direito interno são discutidas na doutrina e jurisprudência. Muitas questões surgiram no estudo da relação entre esses dois ramos do Direito. Questionava-se, por exemplo, se os ordenamentos jurídicos interno e internacional seriam independentes um do outro ou se seriam duas partes do mesmo sistema jurídico; qual seria a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno se as ordens fossem diferentes; qual das normas prevaleceria em caso de confronto;

qual a necessidade de intermediação legislativa para que as normas do tratado sejam efetivamente executadas. Enfim essas foram algumas das questões que deram origem às teorias que buscam solucionar os conflitos entre direito internacional e direito interno. [13]

A discussão sobre qual norma prevaleceria em caso de conflito foi objeto de estudo de muitos teóricos e profissionais do direito. As diversas opiniões sobre o assunto foram agrupadas em duas correntes denominadas: dualista e monista. Essas teorias serão apresentadas a fim de destacar as diferentes visões sobre a relação entre direito internacional e direito nacional.

Carl Heinrich Triepel é apontado como precursor da teoria dualista em 1923. [14] A teoria dualista estabelece que as ordens jurídicas nacional e internacional são distintas e independentes. O direito internacional seria responsável pela regulação das relações entre os Estados enquanto que o direito nacional cuidaria das relações entre os indivíduos. [15] Segundo essa teoria, as normas internacionais devem ser incorporadas pelo ordenamento jurídico nacional para que estas sejam validas nacionalmente. Caso contrario, se não houver essa incorporação as normas internacionais não são aplicadas pelo direito interno.

Não existe um procedimento universal de incorporação das normas internacionais que deva ser seguido por todos os Estados. [16] No entanto, geralmente, as convenções e tratados internacionais passam por quatro etapas para obterem validade internacionalmente. Primeiramente, tem-se a negociação preliminar, em seguida os tratados devem ser assinados ou adotados pelo poder executivo de cada país e conseqüentemente este passa pela aprovação parlamentar e por fim, tem-se a ratificação do tratado ou convenção através da promulgação de norma interna. O tratado passa a ser valido internacionalmente com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. [17]

Assim, considerando os ditames da teoria dualista, as normas internacionais e nacionais jamais se chocariam caso não fossem internalizadas. A necessidade de internalização das normas internacionais fez com que os teóricos do dualismo se subdividissem em duas vertentes: o dualismo radical e o moderado.

O dualismo radical sustenta que as normas internacionais devem ser internalizadas através de uma lei *stricto sensu*. Por outro lado, segundo os dualistas moderados, a promulgação do decreto pelo chefe do executivo é suficiente para que ocorra a incorporação. Vale ressaltar que, em caso de conflito posterior à internalização, o conflito será entre normas de um mesmo ordenamento jurídico nacional e não mais uma contradição entre norma internacional e norma interna. [18]

Contrariamente, a teoria monista sustenta que só exista uma ordem jurídica formada tanto pelo direito interno quanto pelo internacional. A dúvida que surgiu entre os seguidores dessa teoria foi quanto à questão da hierarquia, ou seja, qual Direito estaria em um patamar superior. Assim, essa teoria fosse também foi subdividida. Por um lado existem monistas que pregam pela primazia do direito internacional sobre o direito nacional. Essa teoria foi defendida pela Escola de Viena e por Hans Kelsen. [19] Por outro, existem alguns teóricos que sustentam a primazia do direito interno. Nesse caso, a soberania de cada Estado é absoluta. Uma norma internacional mesmo sendo integrada ao direito interno fica sujeita a ordem jurídica estatal pois é a Constituição do Estado que estabelece os procedimentos que devem ser seguidos para a celebração dos tratados. Em outras palavras, as regras para internalização são estabelecidas pela Constituição do Estado e por isso as normas incorporadas são hierarquicamente inferiores a esta. [20]

Atualmente, apesar dos diversos estudos realizados, ainda não é possível verificar expressamente qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. De certa forma, pode se afirmar também que tal discussão está esgotada, pois possivelmente todos os argumentos e pontos fundamentais já foram apresentados e mesmo assim um consenso entre os teóricos de ambas teorias é pouco perceptível. Tal é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes promulgado no Recurso Extraordinário 466.343-1 no qual foi dispensada a análise detalhada das teorias monista e dualista, pois segundo o ministro, no tocante às normas internacionais de direitos humanos essas teorias se tornaram "ociosas" e "supérfluas". [21]

Com efeito, a dificuldade em estabelecer uma regra universal para solucionar os conflitos de direito interno e de direito internacional é evidente. Verifica-se que cada caso conflitante apresenta uma interpretação jurisprudencial diferente. No entanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota normalmente a teoria monista moderada ou a dualista moderada.

Deixando de lado o debate entre as teorias dualista e monista e considerando o momento em que as normas internacionais são incorporadas no direito interno percebe-se o surgimento de uma nova discussão sobre qual o status que essas normas apresentam quando incorporadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Apesar das normas internacionais de direitos humanos apresentarem um sistema de incorporação diferenciado expresso no artigo 5º da Constituição de 1988 não se verifica ainda na prática um consenso jurisprudencial ou doutrinário quanto à qual norma deve ser aplicada em caso de conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma nacional.

Tendo em vista especificamente os tratados que versam sobre direitos humanos, o constituinte originário estabeleceu no artigo 5º, parágrafo 2º, que além dos direitos e garantias por ela assegurados deve-se considerar também os direitos e garantias adotados pelos tratados no qual o Brasil seja parte. Esse dispositivo constitucional deu ensejo e confirmou à dúvida quanto ao status das normas internacionais quando comparadas às normas constitucionais.

Existem quatro posicionamentos sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Brasil. [22] Alguns acreditam que ao serem incorporadas as normas internacionais apresentam caráter constitucional; outra vertente sustenta o status de lei ordinária, ou seja, de normas infraconstitucionais; há ainda os que defendem a natureza supraconstitucional das normas internacionais e, por fim, os que sustentam o status de supralegalidade.

Os que defendem que as normas internacionais apresentam status equivalente às normas constitucionais sustentam essa possibilidade com fundamento no artigo 5º, parágrafo parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal. Nesse caso, a própria constituição estabeleceu o valor de normas constitucional aos tratados e convenções internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos. O primeiro parágrafo do artigo 5º expressa a possibilidade de aplicabilidade imediata dessas normas internacionais no plano nacional e internacional a partir da ratificação, sendo dispensadas qualquer intermediação legislativa.

Contudo, esse status constitucional seria aplicado somente aos tratados de direitos humanos, pois aos tratados comuns seria aplicado o status de norma infraconstitucional. Segundo essa teoria, em caso de conflito entre normas de direito interno e normas de direito internacional deve-se aplicar a norma mais benéfica para a vítima, ou seja, quem é titular do direito. Nesse sentido, o Professor Antonio Augusto Cançado Trindade estabeleceu que não importa qual norma de proteção aos direitos humanos prevaleça, seja de direito interno ou de direito internacional, o importante é que haja uma interação entre esses dois sistemas jurídicos e que a norma mais benéfica de proteção aos direitos humanos seja aplicada. [23] Flavia Piovesan, no mesmo sentido argumenta que a teoria da paridade normativa entre normas internacionais de direitos humanos e normas nacionais não é plausível tendo em vista que a própria Constituição atribuiu caráter diferenciado a estas normas internacionais. [24]

Por outro lado, há os que acreditam que as normas internacionais ora incorporadas apresentam caráter infraconstitucional, pois não existe diferença entre tratados de direitos humanos e tratados comuns. Um dos argumentos utilizados para a não-hierarquização, ou prevalência dos tratados de direitos humanos é que a Constituição procurou evitar ser exaustiva na enumeração dos direitos e garantias fundamentais, por isso estabeleceu expressamente que os direitos e garantias dos tratados que versam sobre direitos humanos também devem ser considerados. [25]

Nesse sentido, os tratados apresentam hierarquia equivalente às leis federais e em caso de confronto de leis aplica-se o princípio "lex posterior derogat priori". [26] Além

desse princípio, conforme aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal também utiliza o princípio "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" para solucionar os possíveis conflitos. [27] Com base nesse princípio, em caso de conflito entre normas infraconstitucionais deve-se prevalecer a norma infraconstitucional especial em detrimento da norma infraconstitucional geral. Nessa corrente, as normas dos tratados internacionais são consideradas normas infraconstitucionais gerais por isso as normas constitucionais prevaleceriam em caso de conflitos.

Esse tem sido o posicionamento majoritário do STF desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977 e retomado em 1995 pelo HC nº 72.131. [28]

A corrente em prol da supervalorização dos tratados de direitos humanos frente à Constituição Federal visa principalmente o progresso das relações internacionais e o cumprimento das normas internacionais pactuadas. Esse entendimento aponta que as normas constitucionais não poderiam romper compromissos assumidos internacionalmente. No entanto, essa visão dificilmente seria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista que na própria Constituição são estabelecidas possibilidades de controle do direito internacional pelo direito interno. A força constitucional e o controle interno podem ser exemplificados, por exemplo, através do poder de controle de constitucionalidade. Em outros termos a aceitação desse status pelo ordenamento jurídico brasileiro é pouco provável tendo em vista principalmente o princípio da supremacia formal e material da Constituição Federal. [29]

Por fim, observa-se a quarta corrente que defende o status da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse caso, as normas que versam sobre a proteção dos direitos humanos apresentariam tratamento diferenciado no ordenamento jurídico. Seriam inferiores às normas constitucionais, porém teriam prevalência hierárquica quando comparadas às normas infraconstitucionais.

As quatro vertentes apresentadas ilustram o cenário polêmico existente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao status das normas internacionais de

direitos humanos. Algumas decisões que indicam a preferência do STF pela paridade normativa entre tratados internacionais e leis infraconstitucionais serão analisadas a seguir.

#### 4. O Supremo Tribunal Federal e a efetividade de aplicação dos tratados de direitos humanos

A análise histórica da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal demonstra que diferentes posicionamentos foram considerados pela Egrégia Corte no tocante aos conflitos existentes entre o direito internacional e nacional. Antes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, [30] o STF expressava-se em favor da primazia do direito internacional frente ao ordenamento brasileiro. [31] Esse posicionamento é lembrado através do Recurso Extraordinário nº 71.154, [32] de 1971, no qual o Ministro Oswaldo Trigueiro concluiu que os tratados internacionais ao serem incorporados pelo Congresso Nacional são capazes de revogar dispositivos legislativos internos que contradizem preceitos internacionais. [33]

Após o julgamento de 1977, o posicionamento do STF mudou e a vontade final do legislador interno passou a ser o ponto crucial para definição do conflito. Conforme aponta o professor Francisco Rezek, "passou-se a considerar a vontade do legislador sem embargo das conseqüências do descumprimento do compromisso assumido frente ao tratado internacional". [34]

Nesse sentido, o STF concluiu que as normas internacionais apresentavam o mesmo status, valor e nível hierárquico que as leis ordinárias. O referido Recurso ocasionou muitos debates quanto a vulneração do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pois uma norma interna posterior à ratificação do tratado ou convenção internacional não pode ser utilizada como justificativa para o descumprimento da obrigação internacional. Os desentendimentos giraram basicamente em torno do confronto entre o princípio primordial do direito internacional "pacta sunt servanda" [35] e do primado da

Constituição Federal. A decisão emitida pelo Recurso Extraordinário 80.004 mostrou-se indiferente quanto às conseqüências do descumprimento de tratado internacional. [36]

Verifica-se que vários foram os posicionamentos e argumentos do STF desde de 1977. Os tratados internacionais ora foram considerados hierarquicamente superiores às leis internas ora foram considerados equivalentes às leis ordinárias, no entanto, o que se verifica na análise dos últimos 30 anos é que o STF teve argumentos condizentes em todas suas interpretações, no entanto a falta de clareza quanto ao posicionamento correto impede que o conflito entre direito internacional e interno seja de uma vez por todas definido.

Por outro lado, ao analisarmos o Recurso Extraordinário 466.343-1, que trata da possibilidade de revogação do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 no tocante à prisão do depositário infiel verificamos a possibilidade de alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao status infraconstitucional das normas internacionais. Oito ministros já votaram pela impossibilidade de equiparação do devedor em alienação fiduciária ao depositário infiel. Segundo o entendimento desses ministros a possibilidade de prisão civil em questão é inconstitucional, pois afronta o artigo 7º, parágrafo 7º do Pacto de San José da Costa Rica. [37]

Conforme aponta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos a prisão civil é cabível somente no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Nesse sentido, verifica-se um conflito entre norma internacional e norma constitucional, pois, ao contrário, a Constituição brasileira permite a prisão civil também no caso do depositário infiel.

Nesse caso, se considerássemos o posicionamento até hoje sustentado pelo STF de que as normas internacionais e nacionais apresentam o mesmo nível hierárquico de norma infraconstitucional poderíamos afirmar que prevaleceria a norma nacional, no caso o artigo 652 do Código Civil, e assim conseqüentemente a possibilidade da prisão do depositário infiel. Contudo, tal afirmação ainda não é possível tendo em vista o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no recurso anteriormente mencionado. Após discorrer sobre as

quatro correntes aqui apresentadas o referido ministro mostrou-se em favor da aplicação da teoria da supralegalidade das normas internacionais.

Com isso, a norma do artigo 7, parágrafo 7 do Pacto de San José da Costa Rica seria considerado inferior às normas constitucionais brasileiras porém superior às normas infraconstitucionais. Assim, em outras palavras, a norma internacional em questão não teria força para revogar o inciso LXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, no entanto, poderia impossibilitar a aplicação do artigo 652 do Código Civil que trata da questão da possibilidade de prisão do depositário infiel. Deste modo, prevaleceria a norma internacional, pois mesmo existindo possibilidade constitucional de prisão do depositário infiel, essa não seria aplicável pois sem a legislação civil esse dispositivo constitucional seria considerado ineficaz e conseqüentemente inaplicável.

## Conclusão

Por tudo que foi exposto, entendemos ser indiscutível e evidente a evolução e crescente importância internacional da proteção dos direitos humanos e por isso a maior elaboração de tratados e convenções internacionais que versam sobre o assunto.

Verificamos também que o ordenamento jurídico brasileiro tem-se mostrado cada vez mais aberto ao supranacionalismo, apesar da existência conflituosa entre diversas doutrinas, (monista e dualista) e da existência de diversas correntes quanto ao status das normas internacionais no ordenamento jurídico nacional.

No tocante à efetividade da aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, concluímos que esta não foi claramente percebida nos últimos 30 anos analisados, uma vez que normas internacionais deixaram de ser aplicadas para que normas internas fossem aplicadas. Assim, é possível afirmar que a definição doutrinária e jurisprudencial quanto ao status jurídico das normas internacionais

de proteção aos direitos humanos em muito contribuirá para o avanço da efetividade da aplicação das normas internacionais.

O recente posicionamento do STF em favor da teoria da supralegalidade das normas internacionais em relação às normas infraconstitucionais em muito contribuirá para a maior efetividade de proteção aos direitos humanos. Uma vez esclarecido o status interno dessas normas mais imediata será a aplicação das normas pactuadas internacionalmente e nesse sentido maior será a proteção mundial dos direitos humanos.

Muito ainda será discutido até que o único posicionamento seja definido; no entanto, é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro está no caminho correto.

#### Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

DALLARI, Pedro B. A. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988, v.1,p.87 e 88. Citado por: DALLARI, Pedro B. A. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudos analíticos da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HERKENHOFK, João Batista. Direitos Humanos: Uma idéia, muitas vozes. 3. ed., São Paulo: Editora Santuário.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. O poder legislativo e os tratados internacionais.

Porto Alegre: L&PM Editores, 1983, p. 184.

PECES-BARBA, Gregorio. (Org). Derecho positivo de los derechos humanos. Editora Debate: Madrid, 1987. Apud. DORNELLES, João Ricardo W. A internacionalização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/11.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. San José da Costa Rica, 1996.

\_\_\_\_\_. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos. Viena. 1993. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 80, Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

TRIPPEL, Heinrich. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, in Recueil de Cours de Droit, tomo I, 1925.

#### Notas

01 PECES-BARBA, Gregório. (Org). Derecho positivo de los derechos humanos. Editora Debate: Madrid, 1987. Apud. DORNELLES, João Ricardo W. A internacionalização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/11.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2007.

02 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p.49.

03 HERKENHOFK, João Batista. Direitos Humanos: Uma idéia, muitas vozes. 3. ed., São Paulo: Editora Santuário, p. 69.

04 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos. Viena. 1993. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 80, Universidade Federal de Minas Gerais, 1995, p.106.

05 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

06 AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

07 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p.108.

08 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

09 AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

10 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 78.

11 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

12 Mandado de Injunção nº 712. Min. Relator. Eros Grau. Informativo do STF nº 430. Disponível em: <  
[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=712&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=712&CLASSE=MI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)>. Acesso em: 01 jun. 2007

13 FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudos analíticos da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.3.

14 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 114.

15 TRIPEL, Heinrich. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, in Recueil de Cours de Droit, tomo I, 1925, p.95.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

17 MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. O poder legislativo e os tratados internacionais. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983, p. 184.

18 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 118-119.

19 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.437.

20 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 127.

21 Recurso Extraordinário nº 466.343-1 São Paulo. Min. Relator Cezar Peluso, p.2.  
Disponível em: <  
[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=466343&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=466343&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)>. Acesso em: 1 jun. 2007.

22 DALLARI, Pedro B. A. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, p. 66.

23 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. San José da Costa Rica, 1996.

24 PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988, v.1,p.87 e 88. Citado por: DALLARI, Pedro B. A. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, p. 60.

26 FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudos analíticos da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.79.

27 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 203.

28 Hábeas corpus nº 72.131, Min. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=72131&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=72131&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)>. Acesso em: 2 jun. 2007.

29 BRASIL, Constituição Federal da Republica, art. 102, III, b.

30 Recurso Extraordinário nº 80.004, Min. Relator Xavier de Albuquerque. RTJ 83/809.

31 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 190.

32 Recurso Extraordinário nº 71.154, Min. Relator. Oswaldo Trigueiro.

33 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 200.

34 REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1998, p.106

35 Segundo esse princípio, espera-se que os Estados ajam com boa-fé e que estes cumpram os pontos pactuados através de um contrato. Trata-se da boa-fé internacional de cumprimento de tratado internacional.

36 PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000,p. 83.

37 Artigo 7º, parágrafo 7º do Pacto de San José da Costa Rica. "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar". Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em 10 jun. 2007.

\* advogada, mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo UNICEUB

Disponível

em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10678>>

Acesso em.: 27 nov 2007.