

# O TODO OU A PARTE? DIREITOS, TRATADOS E DISSONÂNCIAS INTERPRETATIVAS

**Roger Stiefelmann Leal**

Professor Doutor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Visiting Scholar na Harvard Law School (2019). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

---

**Resumo:** A constitucionalização de tratados sobre direitos humanos está entre as soluções contemporâneas empregadas para superar dissonâncias entre regimes nacionais e internacionais de proteção de direitos. O presente estudo analisará, assim, repercussões específicas geradas no ordenamento interno em razão da adoção dessa inovadora fórmula, com especial atenção à experiência constitucional brasileira. Em especial, será explorada a circunstância de que, segundo essa solução, o mesmo tratado é interpretado e aplicado por tribunais nacionais e cortes internacionais mediante pressupostos hermenêuticos necessariamente distintos. A produção de dissonâncias interpretativas em virtude dessa circunstância será, ainda, explorada a partir de conhecidos casos concretos.

**Palavras-chave:** Tratados. Direitos. Interpretação sistemática. Jurisdição constitucional. Bloco de constitucionalidade.

**Sumário:** **1** Direitos e ordem jurídica – **2** Constituição e tratados internacionais de direitos humanos – **3** Bloco de constitucionalidade e supralegalidade – **4** Interpretação da Constituição conforme o direito internacional – **5** Interpretação de tratados na esfera internacional – **6** Interpretação de tratados na esfera constitucional – **7** Interpretação constitucional dos tratados: especulações a partir de casos concretos – **8** Considerações finais – Referências

---

## 1 Direitos e ordem jurídica

As atrocidades vivenciadas durante as grandes guerras do século passado e a experiência do totalitarismo acabaram por evidenciar os limites dos instrumentos jurídicos nacionais voltados à proteção dos direitos da pessoa humana. Leis e constituições mostraram-se insuficientes diante de vigorosas forças opressoras. Principalmente a partir de meados do século XX, ganhou espaço a compreensão de que violações de direitos e garantias fundamentais não cabiam ser tomadas como questões circunscritas ao ambiente nacional ou doméstico. Cuida-se de problemática que assumiu relevância internacional, legitimando o desenvolvimento de

fórmulas, soluções e instituições em âmbito supranacional.<sup>1</sup> Marco inicial desse processo de internacionalização é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>2</sup>

Os diferentes discursos políticos, a partir de então, passaram a ser progressivamente estruturados com base na linguagem dos direitos. O debate sobre a adoção das mais diversas medidas políticas – seja em âmbito local, nacional ou global – tem sido pautado, de modo crescente, por avaliações quanto à sua vinculação a ideais positivados como direitos da pessoa humana. Sua correlação com a promoção do bem comum é, em geral, mediada pela avaliação que se faz acerca da restrição ou do favorecimento de bens fundamentais como liberdade, igualdade, propriedade, saúde e segurança.<sup>3</sup> Cuida-se, nesse sentido, de conceitos ou ideais que norteiam o contencioso político-democrático, atuando como “armas semânticas”<sup>4</sup> das diferentes correntes ideológicas.

A relevância dos direitos e de sua linguagem nas diversas esferas políticas induzem a composição de distintos níveis de proteção jurídico-normativa. Em âmbito doméstico é possível perceber a estruturação de regimes voltados a coibir violações de direitos fundamentais em sede tanto legislativa quanto constitucional. De forma assemelhada, é ainda possível perceber a definição de regimes supranacionais de alcance continental e global. Erige-se, desse modo, complexo modelo de proteção, formado por múltiplas camadas ou esferas normativas. Sua estruturação proporciona, ademais, a concorrência de diferentes tribunais e órgãos de controle, vinculados a distintos parâmetros institucionais e processuais.<sup>5</sup>

A pluralidade inerente a esse modelo multinível enseja a coexistência de fórmulas normativas diversas, voltadas a assegurar – como regra geral – os mesmos direitos. Cláusulas normativas diferentes – positivadas em diplomas legais, constitucionais e internacionais – tutelam os mesmos bens fundamentais e, portanto, acabam por incidir de forma simultânea. Apresentam, porém, variadas estruturas redacionais, condicionantes e ressalvas específicas, bem como contingências

<sup>1</sup> OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. I, p. 362; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 33.

<sup>3</sup> WALDRON, Jeremy. The Role of Rights in Practical Reasoning: “Rights” versus “Needs”. *The Journal of Ethics*, v. 4, n. 1-2, 2000, p. 116; GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991, p. 171.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27.

<sup>5</sup> LLORENTE, Francisco Rubio, Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 67, 2003, p. 49. A propósito do pluralismo de regimes normativos e seus reflexos, ver também DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006, p. 26 e segs.; RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2012, p. 500.

sistêmico-institucionais próprias. Não bastasse isso, cada plano normativo autoriza a ativação de sistema próprio de controle político ou jurisdicional. Promove-se, por conseguinte, ambiente propício à ocorrência de dissonâncias interpretativas sobre os mesmos direitos entre jurisdições distintas.<sup>6</sup>

Nessa perspectiva, postula o presente trabalho – como deflui da análise desenvolvida adiante – examinar se e como ocorrem discrepâncias ou dissonâncias na interpretação e aplicação de direitos protegidos simultaneamente nas esferas nacional e internacional a partir de parâmetros normativos distintos aplicados por estruturas político-jurisdicionais diversas. Também procurar-se-á identificar contornos e características de tais dissonâncias, apontando impasses e obstáculos por elas suscitados, mormente em relação a países, como o Brasil, que abrigam mecanismos de constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos como solução de alinhamento entre os diferentes sistemas de proteção.

Para responder a tais desafios, seguir-se-á percurso metodológico que inicia pelo (a) exame das estratégias empregadas em diferentes experiências nacionais em relação à incorporação de tratados de direitos humanos em sede constitucional. Destaque especial será conferido, nesse domínio, ao tratamento da questão no ordenamento brasileiro, sobretudo em face da jurisprudência. Em seguida, (b) analisar-se-á os estímulos jurídicos e institucionais à harmonização de posicionamentos e vias interpretativas entre cortes internacionais e tribunais nacionais. Mais adiante, o presente estudo (c) explorará possíveis dissonâncias justamente a partir de contrastes e incompatibilidades entre cânones e critérios de interpretação ordinariamente empregados em ambientes doméstico e supranacional, (d) desdobrando, na sequência, a análise diante de casos concretos especialmente selecionados.

## 2 Constituição e tratados internacionais de direitos humanos

Enquanto certas experiências constitucionais – mais tradicionais e consolidadas – asseguram supremacia à Constituição em face do direito internacional, outras – mais instáveis e suscetíveis a pressões e influências externas – têm incorporado mecanismos e soluções voltados a acomodar em sede constitucional instrumentos internacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.<sup>7</sup> A assimilação constitucional de tais tratados internacionais tem, no entanto, observado expressiva variedade de regimes e formulações, ensejando visível falta de

<sup>6</sup> NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance. *Stanford Law Review*, v. 55, n. 5, 2002, p. 1864.

<sup>7</sup> NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance. *Stanford Law Review*, v. 55, n. 5, 2002, p. 1890.

uniformidade na forma como tais diplomas são considerados em face das ordens jurídicas nacionais.

A esse propósito, cumpre primeiramente mencionar regimes constitucionais cujas declarações de direitos apresentam disposições com redação diretamente inspirada em tratados e convenções internacionais. Preceitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Declaração Universal dos Direitos do Homem têm sido, nesse sentido, apontados como base literal de enunciados incluídos em constituições de países como Grécia, Espanha e Portugal.<sup>8</sup> Nessa mesma linha, há regimes constitucionais que impõem, mediante expresse comando constitucional, a interpretação e a integração do texto constitucional em conformidade com determinados instrumentos normativos internacionais. Trata-se da positivação de singular *processo de reinterpretção constitucional à luz do direito internacional*.<sup>9</sup> Exemplos dessa variante normativa são encontrados no art. 26º, nº 2, da Constituição de Angola, no art. 18º, nº 2, da Constituição de São Tomé e Príncipe, no art. 20 da Constituição da Romênia, no art. 17º, nº 3, da Constituição de Cabo Verde, no art. 43 da Constituição de Moçambique, no art. 16º, nº 2, da Constituição de Portugal e no art. 10.2 da Constituição da Espanha. Tais dispositivos, muito embora apresentem soluções semelhantes, elegem diferentes diplomas internacionais como parâmetros interpretativos. Enquanto alguns regimes conferem essa posição apenas à Declaração Universal de Direitos do Homem, outros promovem sua extensão a outros tratados e convenções internacionais.<sup>10</sup>

Adotando solução ainda mais obsequiosa e complacente, diversos textos constitucionais acabaram por reconhecer expressamente estatura constitucional a tratados internacionais sobre direitos humanos. É o que se verifica em constituições de países como a Argentina, o Burundi, o Congo e a Áustria.<sup>11</sup> Apesar de

<sup>8</sup> GARLICKI, Lech; GARLICKA, Zofia A. External review of constitutional amendments? International law as a norm of reference. *Israel Law Review*, n. 44, 2011, p. 358. Conforme salientado por Brun-Otto Bryde, configuraram os tratados internacionais de direitos humanos a principal fonte de inspiração para a redação de diversas declarações de direitos em vários processos constituintes ocorridos nas últimas décadas do século XX (BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue. *Tulane Law Review*, nº 203, 2005, p. 208; ver também JACKSON, Vicki. *Constitutional Engement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 40).

<sup>9</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Tese apresentada para o concurso de Livre Docência na área de Direito Internacional. São Paulo: USP, 2012, p. 215.

<sup>10</sup> NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance. *Stanford Law Review*, v. 55, n. 5, 2003, p. 1895 a 1897.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 78-79; também BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue, p. 209; BUERGENTHAL, Thomas. Modern constitutions and human rights treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1997, p. 218-219; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*: Mestrado em Direito. Osasco: UniFIEO, vol. 7, n. 1, 2007, p. 128.

apresentarem orientação semelhante, tais modelos também promovem a incorporação dos tratados em âmbito constitucional de forma distinta.

No caso da Constituição austríaca, aprovou-se, em 1964, lei constitucional específica atribuindo *status* normativo-constitucional à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A reforma de 1994 à Constituição da Argentina, por sua vez, adotou formulação mais complexa. Conferiu diretamente “hierarquia constitucional” a onze tratados internacionais.<sup>12</sup> Determinou que tais instrumentos “não derogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos”, estabelecendo extravagante modelo de precedência normativa em que a primazia da primeira parte do texto constitucional não autoriza juízo de inconstitucionalidade dos tratados com estatura constitucional que lhe sejam contrários.<sup>13</sup> Tal precedência, contudo, não se projeta – ao menos de modo expresso – sobre outras partes da Constituição, nem pauta eventuais divergências entre diferentes tratados e convenções constitucionalizados. Estabeleceu tal reforma, ainda, rito legislativo especial para incorporar ao texto constitucional outros tratados de direitos humanos, além de requisitos específicos para que tais diplomas sejam denunciados pelo Poder Executivo Nacional.

O texto original da Constituição brasileira de 1988, por seu turno, também reservou disciplina aos tratados internacionais de direitos humanos. Foi ela adicionada à cláusula constante do art. 5º, §2º, da Constituição, que – inspirada na Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos – se encontra assimilada ao constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1891. Sua positivação visa principalmente inibir raciocínio ou consideração que postule deduzir da declaração constitucional de direitos a exclusão de outros nela não explicitados.<sup>14</sup> A esse propósito, estipula o referido preceito constitucional que os direitos expressamente assegurados no texto constitucional “não excluem outros que decorram do sistema

<sup>12</sup> Consoante dispõe o art. 75, inciso 22, da Constituição argentina: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (5); la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (6); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (8); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes (9); la Convención sobre los Derechos del Niño (10); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional [...]”.

<sup>13</sup> Ver a propósito MIDÓN, Mário A. R. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 146-147.

<sup>14</sup> STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston: Little, Brown and Company, 3rd edition, 1858. v. II, p. 681. A propósito da semelhante motivação que inspirou a adoção da cláusula no âmbito da Constituição de 1891, ver CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: Comentários*, Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 344.

e dos princípios” nele estabelecidos. Essa cláusula de *não exclusão* passou a alcançar também – a partir da Constituição de 1988 – os direitos que derivam “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O significado jurídico-constitucional dessa inovação não tardou a figurar como objeto de acesa controvérsia. De um lado, formou-se corrente doutrinária a sustentar que a *não exclusão* significaria necessariamente a inclusão em âmbito constitucional dos direitos e garantias assegurados em tratados internacionais incorporados à ordem pátria.<sup>15</sup> Compreenderia, assim, fórmula oblíqua e limitada de reforma constitucional que, em termos práticos, mitigaria a rigidez da Constituição.<sup>16</sup> Linha doutrinária em sentido diverso desenvolveu-se, de outro lado, no sentido de reconhecer aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio força de lei ordinária federal, seguindo a solução aplicável aos demais atos e convenções internacionais.<sup>17</sup> Perceba, nessa linha, a cláusula de *não exclusão* como comando voltado a impedir que a declaração de direitos fosse tomada como óbice constitucional à positivação de novos direitos e garantias mediante tratados internacionais sem, porém, elevar o patamar hierárquico que classicamente ocupam na ordem jurídica interna.

Tal divergência acabou chegando à esfera judicial. Instado a se pronunciar sobre a questão, adotou o Supremo Tribunal Federal entendimento alinhado à segunda corrente, situando – como regra geral – os direitos assegurados em tratados internacionais no plano das leis ordinárias federais.<sup>18</sup> Asseverou-se, a esse propósito, ser inadmissível “emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado”,<sup>19</sup> considerando que preceitos nele estatuídos possam

<sup>15</sup> Ver, entre outros, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre a Incorporação e a Hierarquia dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira, Especialmente em Face do Novo §3º do Art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, 2007, p. 73; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 53, 2000, p. 91.

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.

<sup>17</sup> Ver, entre outros, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 1, n. 11, 2000, p. 3; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120-121; RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/04. In: *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 164-165.

<sup>18</sup> Ver, entre outros, HC nº 72.131/RJ. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. *DJ* de 1º.08.2003; ADI nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* de 18.05.2001; RHC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* de 22.11.2002; RHC nº 80.035/SC. Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17.08.2001; RE nº 253.071-9/GO. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* de 29.06.2001; RHC nº 81.473-5/SP. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* de 08.03.2002.

<sup>19</sup> Voto proferido pelo Min. Moreira Alves no HC nº 72.131/RJ. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. *DJ* de 1º.08.2003.

“perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade”.<sup>20</sup> Cumpre observar, porém, que tal orientação – formada a partir do voto do Ministro Moreira Alves –, muito embora tenha afirmado a paridade entre leis ordinárias federais e tratados de direitos humanos, não deixou de identificar significado especial à inovação levada a efeito pelo art. 5º, §2º, da Constituição. Tal paridade seria destinada aos tratados incorporados à ordem interna após a entrada em vigor da Constituição de 1988, enquanto a referida disposição constitucional teria “pretendido constitucionalizar os tratados internacionais a respeito anteriores à promulgação da Carta Magna”.<sup>21</sup>

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004, novo componente foi introduzido ao quadro normativo-constitucional sobre o papel dos tratados internacionais de direitos humanos. Foi acrescido ao art. 5º da Constituição parágrafo voltado a definir processo legislativo assemelhado ao das emendas constitucionais como requisito para que tratados sobre direitos humanos sejam incorporados com nível hierárquico-constitucional. Desse modo, aqueles 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”. Tal disciplina foi vislumbrada como mera regulamentação ou interpretação expletiva do que já estabelecia o §2º do art. 5º da Constituição.<sup>22</sup>

Cumpre observar, a esse propósito, que o acréscimo do §3º ao art. 5º da Constituição instituiu mecanismo de reforma da Constituição que, por um lado, observa parâmetros formais que orientam o rito de elaboração das emendas constitucionais: aprovação (a) em cada Casa do Congresso Nacional, (b) em dois turnos, (b) por três quintos dos votos dos respectivos membros. E, por outro lado, também segue diretrizes específicas do processo de ratificação legislativa de tratados internacionais, como (d) a restrição dos poderes congressuais em promover modificações em seu texto<sup>23</sup> e (e) a submissão a ato promulgatório final

<sup>20</sup> Voto proferido pelo Min. Maurício Corrêa no HC nº 72.131/RJ. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, *DJ* de 1º.08.2003.

<sup>21</sup> Voto proferido pelo Min. Moreira Alves no RHC nº 79.785-7/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* de 22.11.2002. Em julgado posterior, tal entendimento foi ratificado, segundo assinalado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, admitindo “ser lícito inferir – como, de resto, ficou explícito em alguns votos – que, ao contrário, as convenções sobre direitos fundamentais incorporadas ao direito brasileiro antes da Constituição de 1988 foram por ela constitucionalizadas” (ADI nº 1.675-1/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* de 19.09.2003; no mesmo sentido RE nº 253.071-9/GO. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ* de 29.06.2001).

<sup>22</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 16; em sentido semelhante, ver SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

<sup>23</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; GOMES, Ana Virgínia Moreira. O §3º do art. 5º da CF/88 e a internalização da Convenção 87 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 125, 2007, p. 119 e segs.; BACHOUR, Samir Dib. *Poder constituinte derivado de equivalência às emendas constitucionais: os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 142.

mediante decreto presidencial.<sup>24</sup> Tal procedimento, vale notar, não guarda exata correspondência a *iter* legislativo em que se delibera sobre proposta de emenda constitucional que reproduz o texto integral de tratado internacional. Segue processo distinto, que contempla importantes especificidades. Não se cuida de mera extensão do regime aplicável às emendas constitucionais.

Trata-se, ademais, de poder de reforma da Constituição materialmente limitado a instrumentos que disponham sobre direitos humanos. Tratados que disciplinem questões diversas, não obstante aprovados segundo o rito do §3º do art. 5º, seriam, assim, internalizados com *status* de lei infraconstitucional, a exemplo daqueles que são ordinariamente aprovados segundo o art. 49, I, do texto constitucional.<sup>25</sup> O mesmo ocorre, em linha de princípio, com os tratados de direitos humanos ratificados mediante o apoio de maioria parlamentar inferior aos três quintos de votos requeridos para alcançar equivalência às emendas constitucionais.

A modificação levada a efeito nessa matéria pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, gerou consequências constitucionais relevantes. Seguindo o novo processo de reforma constitucional nela instituído, foram internalizados o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso e a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo. Mais recentemente, incorporou-se pela mesma via a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Ademais, a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição, entre outros fatores, acabou por reacender o debate jurisprudencial e doutrinário sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos incorporados à ordem interna.<sup>26</sup> Fez aflorar, no ambiente jurídico brasileiro, invocações frequentes de categorias como *supralegalidade* e *bloco de constitucionalidade*.

<sup>24</sup> RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional nº 45/04, p. 174. Os tratados já internalizados segundo o §3º do art. 5º da Constituição foram textualmente promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, pelo Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018, bem assim pelo Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

<sup>25</sup> RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04, p. 175; em sentido semelhante, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Direitos fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 106/107, 2012, p. 299.

<sup>26</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 28, 2014, p. 146; DIAS, Cibele Fernandes. Mutações constitucionais: notas sobre o *status* dos tratados de direitos humanos incorporados no direito brasileiro antes da Emenda 45/04. *A Nova Constituição de 1988?* Santo André: Dia a Dia Forense, 2021, p. 216.

### 3 Bloco de constitucionalidade e supralegalidade

Diferentemente das emendas constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos constituem instrumentos normativos que – como regra geral – instituem sistemas normativos próprios. Não são elaborados com a finalidade precípua de, ao lado de outras disposições constitucionais, integrar, de forma harmônica e sistemática, constituições nacionais. Não refletem – como presumidamente ocorre com as emendas constitucionais<sup>27</sup> – avaliação crítica sobre determinado regime constitucional de modo a promover seu aperfeiçoamento textual. Não importa se reprisam direitos já constitucionalmente assegurados, ou mesmo se lhes eliminam ou acrescem restrições.

Apesar da aparente pertinência conceitual, sua assimilação à ordem constitucional não tem ensejado uso mais corrente de categorias como as chamadas constituições *inorgânicas*<sup>28</sup> ou *legais*.<sup>29</sup> Preferiu-se aludir, em face do direito constitucional brasileiro, à figura do *bloco de constitucionalidade*, percebida como conjunto “dos textos considerados de estatura constitucional, o que inclui a Constituição e outros diplomas normativos igualmente considerados de hierarquia constitucional”,<sup>30</sup> alcançando, em especial, tratados sobre direitos humanos incorporados ao direito interno, sobretudo, com base no referido §3º do art. 5º.

O *bloco de constitucionalidade* tem sido invocado, ainda, como “parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas”.<sup>31</sup> Nesse sentido, postula-se considerar que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados entre a promulgação da Constituição de 1988 e “a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 não são meras leis ordinárias, pois têm hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade”.<sup>32</sup> Em outras palavras, associa-se *bloco de constitucionalidade*

<sup>27</sup> Como destacado por Carlos Ayres Britto em relação às emendas constitucionais, “sua funcionalidade é um olhar para trás, um refundir a própria norma-começo de todo o Ordenamento”, pois “não existem para renovar o Direito em geral, mas para atualizar a Constituição em particular” (BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 161).

<sup>28</sup> Ver, a propósito, RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 52.

<sup>29</sup> Ver, a propósito, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

<sup>30</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, cit. p. 508; em sentido semelhante, ver SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos tratados internacionais de direitos humanos. In: *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 113.

<sup>31</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, cit. p. 17.

<sup>32</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, cit. p. 17-18; em sentido semelhante, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit. p. 117.

à fórmula jurídica que promove elevação do nível hierárquico de preceitos materialmente constitucionais, a exemplo daqueles que consagraram direitos e garantias em tratados internacionais incorporados à ordem doméstica sem observância das regras que definem os processos de reforma da Constituição.

Não demorou muito para que tal categoria passasse a ser manejada em sede jurisprudencial. Entre 2007 e 2008, o Ministro Celso de Mello, em decisões do Supremo Tribunal Federal que envolviam juízo sobre o *status* jurídico da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, passou a se referir ao *bloco de constitucionalidade* como elemento teórico-dogmático idôneo para explicar o plano hierárquico que lhe seria próprio. Para o eminente julgador, “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”.<sup>33</sup> Com a vigência da referida Emenda, “tornou-se possível”, segundo tal entendimento, “atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional”, desde que se tenha observado o regime de incorporação estabelecido no §3º do art. 5º da Constituição.<sup>34</sup> Em relação aos tratados de direitos humanos internalizados antes da Constituição de 1988, manteve-se a orientação anterior no sentido de que foram recepcionados em âmbito constitucional.<sup>35</sup>

Observe-se, a propósito, que o emprego da figura do *bloco de constitucionalidade* levado a efeito pelo Ministro Celso de Mello é restrito. Circunscreve-se aos tratados de direitos humanos internalizados no período entre a promulgação da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45. Seu uso não é estendido – conforme o juízo prolatado pelo julgador e observado em outras decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup> – sobre os instrumentos internalizados antes da Constituição de 1988 ou após a inclusão do §3º do art. 5º da Constituição. Ou seja, somente as convenções internacionais sobre direitos humanos que não encontrariam base jurídico-normativa minimamente plausível a amparar sua estatura constitucional se submeteriam – dado estarem “impregnadas de

<sup>33</sup> Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>34</sup> Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>35</sup> Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>36</sup> Ver, entre outros, HC nº 178.527/RS. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* de 22.10.2020; ADI MC nº 6.327/DF. Rel. Min. Edson Fachin. *DJ* de 19.06.2020; ADI AgR nº 2.971/RO. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* de 13.02.2015.

natureza constitucional”<sup>37</sup> – à chave hermenêutica do *bloco de constitucionalidade* de modo a alcançarem *status* normativo superior.

Tal *impregnação* decorreria de seu “caráter materialmente constitucional”. Ou seja, o objeto de suas disposições caberia ser caracterizado como matéria constitucional que, na esteira do raciocínio empreendido, levaria a inferir sua consequente estatura mais elevada. Impende notar, contudo, que as normas materialmente constitucionais, quando destituídas de forma constitucional, não são dotadas – como regra geral – de rigidez e, portanto, de superioridade hierárquico-constitucional. Nesse sentido, não é incomum encontrar leis infraconstitucionais que dispõem sobre matéria constitucional.<sup>38</sup> Tal circunstância não enseja, sublinhe-se, elevação ou transmutação de posição hierárquica no ordenamento jurídico.<sup>39</sup> Em outras palavras, apresentar caráter materialmente constitucional não autoriza silogismo que resulte na ascensão de tratados de direitos humanos ao patamar das normas formalmente constitucionais.<sup>40</sup> Apenas os equipara a outras leis que, dispondo sobre questões essencialmente constitucionais, remanescem situadas em plano infraconstitucional.

Percebida como fórmula distinta do *bloco de constitucionalidade* integrado por disposições *impregnadas* de natureza constitucional,<sup>41</sup> o Supremo Tribunal Federal tem acolhido orientação<sup>42</sup> que confere *supralegalidade* aos tratados de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45.

<sup>37</sup> Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>38</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 81-82; RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit. p. 50.

<sup>39</sup> Nesse sentido, assinalou Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevaleceriam sobre o direito constitucional positivo brasileiro”, pois “teriam apenas a força de legislação ordinária” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121; em sentido semelhante FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 7, n. 1, 2007, p. 129).

<sup>40</sup> Não sem razão, decisões do Supremo Tribunal Federal têm expressado entendimento no sentido de limitar o conteúdo do *bloco de constitucionalidade*, englobando, quanto aos tratados de direitos humanos, apenas aqueles internalizados segundo o disposto no §3º do art. 5º da Constituição (ARE nº 1.183.702/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. *DJ* de 26.08.2019; AO nº 2.236/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 1º.08.2017).

<sup>41</sup> Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, seriam as convenções internacionais sobre direitos humanos ou “revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES” ou “impregnadas de natureza constitucional”, como ele próprio estaria a defender (voto proferido no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009).

<sup>42</sup> Ver, entre diversos outros, RE nº 349.703-1/RS. Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes. *DJ* de 05.06.2009; RE AgR nº 404.276/MG. Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes. *DJ* de 17.04.2009; HC nº 94.013/SP. Rel. Min. Carlos Britto. *DJ* de 13.03.2009; RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009; HC nº 94.523/SP. Rel. Min. Carlos Britto. *DJ* de 13.03.2009; ADI nº 5.240/SP. Rel. Min. Luiz Fux. *DJ* de 1º.02.2016; HC nº 95.967/MS. Rel. Min. Ellen Gracie. *DJ* de 28.11.2008; HC nº 157.306/SP. Rel. Min. Luiz Fux. *DJ* de 1º.03.2019.

Cuida-se de via interpretativa<sup>43</sup> que – levada a efeito a partir de entendimento assentado em voto do Ministro Gilmar Mendes – “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”.<sup>44</sup> Sua posição *intermediária* – subordinada à Constituição e acima da legislação infraconstitucional interna – não constituiria óbice à submissão dos tratados de direitos humanos – tanto os internalizados antes da Constituição de 1988 quanto os incorporados até a Emenda nº 45 – “ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da Constituição [...], conferindo-lhes *status* de emenda constitucional”.<sup>45</sup>

A figura da *supralegalidade*, entretanto, não é estranha ou oposta à noção de *bloco de constitucionalidade*. É certo que esta noção tem origem no direito francês. Vincula-se, sobretudo, ao que estabelece o Preâmbulo da Constituição de 1958, que atribui valor constitucional, além do próprio texto da Constituição, a outros princípios e instrumentos normativos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do Preâmbulo da Constituição francesa de 1946.<sup>46</sup> Em 2005, o texto do Preâmbulo foi, ainda, alterado para incluir a referência aos “direitos e deveres definidos na Carta do Meio Ambiente (*Charte de l’environnement*) de 2004”. A esse agrupamento de preceitos e textos normativos que conformam a ordem constitucional francesa denominou-se *bloco de constitucionalidade*. Sua caracterização como *bloco* – evocando noções de solidez e unidade<sup>47</sup> – propõe fórmula que sedia no mesmo plano constitucional conjunto altamente heterogêneo de instrumentos normativos, inibindo, porém, qualquer precedência hierárquica entre eles.<sup>48</sup> Reclama, assim, vigoroso esforço de interpretação de modo a manter harmonia e unidade entre suas cláusulas, superando eventuais antinomias e dissonâncias.

<sup>43</sup> A ausência de base constitucional legitimadora de interpretação que contemple a *supralegalidade* no âmbito do ordenamento brasileiro é observada por Anna Candida da Cunha Ferraz. Segundo leciona a autora, “a Constituição brasileira não faz referência a tal modalidade de figura normativa hierárquica”. Assevera, ainda, que o “*status* de ‘supralegalidade’ não é figura reconhecida na doutrina brasileira, quando se examina a pirâmide de normas do ordenamento jurídico brasileiro” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos direitos humanos*, cit. p. 146).

<sup>44</sup> Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>45</sup> Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ* de 05.06.2009.

<sup>46</sup> ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 6. éd. Paris: Montchrestien, 2001, p. 101.

<sup>47</sup> FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*, Paris: Economica, 2014, p. 566.

<sup>48</sup> ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*, cit. p. 121; FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*, cit. p. 576.

É, contudo, a adaptação dessa categoria levada a efeito a partir da experiência constitucional espanhola que exhibe maior afinidade com a ideia de *supralegalidade*. A versão espanhola do *bloco de constitucionalidade* – diversamente da francesa – admite a coexistência de normas constitucionais *primárias* e *secundárias*.<sup>49</sup> Sua funcionalidade guarda relação, principalmente, com o modelo regional ou *autônomo* instituído como forma de estado pela Constituição espanhola. Diferentemente dos estados federais, a distribuição de competências entre poder central e comunidades autônomas não se encontra plenamente definida em sede constitucional. Aspecto nuclear da organização constitucional do Estado, a delimitação territorial das competências legislativas e administrativas é questão confiada à disciplina dos chamados Estatutos de Autonomia, instrumentos que condicionam e subordinam a validade das demais leis, aprovadas tanto pelo poder central quanto pelas comunidades autônomas.<sup>50</sup> As cláusulas positivadas em tais Estatutos configuram, assim, modalidade de *normas interpostas*<sup>51</sup> ou *normas constitucionais secundárias*. Atuam como “parâmetro direto de constitucionalidade” a ser observado pelos demais diplomas que compõem o ordenamento jurídico.<sup>52</sup>

Cumprido perceber, nesses termos, considerável semelhança entre a *supralegalidade* reconhecida aos tratados de direitos humanos no âmbito da jurisprudência constitucional brasileira e o *status* jurídico dos Estatutos de Autonomia que integram o *bloco de constitucionalidade* desenvolvido no direito constitucional espanhol. Ambos exibem posicionamento *intermediário* – inferior ao texto constitucional e subordinante da produção das demais leis – e dispõem sobre área temática considerada materialmente constitucional. Ou seja, integrar *bloco de constitucionalidade* e exibir corpo normativo *materialmente constitucional* não compõem fórmula que afasta necessariamente a ideia de *supralegalidade*.

<sup>49</sup> LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 82.

<sup>50</sup> LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder*, cit. p. 78-79; OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 95.

<sup>51</sup> OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, cit. p. 94-95.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. *Estudios de Deusto*: revista de la Universidad de Deusto, v. 54, n. 1, 2006, p. 63. A condição de parâmetro de constitucionalidade que requer aplicação do juiz constitucional ao apreciar a legitimidade constitucional das leis infraconstitucionais é justamente, segundo Fernández, o critério distintivo que permite abranger o texto da Constituição (*normas constitucionais primárias*) e a repartição de competências levada a efeito pelos Estatutos de Autonomia (*normas constitucionais secundárias*) no conceito de bloco de constitucionalidade (FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después, cit. p. 69).

## 4 Interpretação da Constituição conforme o direito internacional

Diversos textos constitucionais – como visto acima – foram dotados de disposições normativas voltadas a abrir, em diferentes graus, a ordem constitucional a instrumentos normativos de índole internacional. Independentemente do conteúdo desses preceitos, é possível entrever na atuação dos órgãos de jurisdição constitucional expressiva influência do direito internacional, especialmente da jurisprudência das cortes internacionais. Essa influência é, sobretudo, refletida em julgamentos que acolhem interpretações do direito nacional conforme o direito internacional.

Os tribunais nacionais, principalmente os de maior relevância e estatura, sempre estarão propensos a evitar conflitos ou incidentes internacionais. Consideram, naturalmente, a possibilidade de que cortes internacionais – especialmente aquelas voltadas à proteção dos direitos humanos – apreciem as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional e julguem-nas contrárias a diretrizes e parâmetros estabelecidos na esfera internacional.<sup>53</sup> Tal circunstância comporta o sério risco de que a justiça constitucional tenha desafiada sua autoridade suprema, deixando de ter a última palavra em matéria de aplicação e interpretação do direito interno.<sup>54</sup> A esse respeito, Brun-Otto Bryde<sup>55</sup> oferece elucidativo exemplo dessa tendência de alinhamento. Ainda que o texto constitucional alemão não contemple expressamente os princípios da presunção de inocência e da publicidade dos atos processuais, as sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal, segundo o autor, têm afirmado a incidência de tais princípios. Tem o Tribunal se empenhado, nesse âmbito, em reiterar fielmente os termos dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a matéria ao dar aplicação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo texto consagra ambas as garantias. Busca, assim, ajustar-se à orientação da Corte Europeia, muito embora atribua caráter infraconstitucional à referida Convenção.

Tais circunstâncias revelam a inconveniência de que sejam reconhecidas contrariedades entre o texto constitucional e o direito internacional. O próprio arranjo institucional estabelecido – cumpre notar – estimula que se interprete os ditames

<sup>53</sup> BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue. *Tulane Law Review*. n. 203, 2005, p. 209.

<sup>54</sup> BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue, cit. p. 210.

<sup>55</sup> BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue, cit. p. 211. A propósito de experiências estrangeiras semelhantes que promoveram o alinhamento das decisões nacionais à jurisprudência internacional, ver VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Pamplona: Aranzadi – Thomson Reuters, 2010, p. 94 e segs.

da Constituição em conformidade com o regime estabelecido por tratados e convenções internacionais, bem assim em sintonia com a jurisprudência das cortes internacionais.<sup>56</sup> São, desse modo, fomentados posicionamentos que, “além da admissão de um sistema multinível”, reconheçam uma “interação sincronizada ou um princípio de leal colaboração” entre os tribunais nacionais e internacionais.<sup>57</sup> Há notícia, nesses termos, de julgados da Corte Europeia de Justiça que asseveram o dever das jurisdições nacionais de interpretar o direito interno em conformidade com as normas e a jurisprudência da União Europeia, assim como de precedentes da Corte Constitucional da Itália que exigem a interpretação da ordem nacional em consonância com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência de Estrasburgo.<sup>58</sup> Tal processo de acomodação institucional, contudo, não ocorre sem certo diálogo ou interação em que os julgados das cortes nacionais e internacionais se esforçam em demarcar os espaços de suas respectivas áreas de atuação.<sup>59</sup>

O incentivo institucional ao alinhamento das decisões prolatadas pela justiça constitucional aos julgados proferidos em âmbito internacional pode, contudo, não ser suficiente à higidez desse processo de conformação vertical de cima para baixo. A infiltração, sob diversas formas e modelos institucionalizados, de tratados no plano hierárquico interno das constituições – a exemplo daquela que se desenvolve com base no art. 5º, §3º, da Constituição brasileira – proporciona preocupantes indagações quanto à assimilação sistêmica desses instrumentos internacionais. Sob certa perspectiva, a disciplina normativa por eles introduzida integra formalmente tanto o direito internacional positivo quanto a ordem constitucional interna, ensejando que sua interpretação e aplicação sejam desenvolvidas por cortes internacionais e órgãos de jurisdição constitucional. Enseja, assim, ambiente propício a significativas dissonâncias interpretativas e operacionais.

## 5 Interpretação de tratados na esfera internacional

A celebração de tratado internacional voltado a assegurar direitos humanos é ato que, em certa medida, reflete aspiração de fazer prevalecer, de modo uniforme,

<sup>56</sup> BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue, cit. p. 212. Tal circunstância permitiria vislumbrar, consoante Vicki Jackson, abordagem que reconhece “uma presunção de harmonia constitucional com o direito internacional” de modo que “uma constituição deve ser interpretada de forma consistente com a ordem internacional, sendo possível fazê-lo dentro da estrutura interpretativa de determinada constituição” (JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 54).

<sup>57</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales*, cit. p. 86.

<sup>58</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales*, cit. p. 116-117.

<sup>59</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales*, cit. p. 84-85.

parâmetros mínimos de proteção da pessoa humana em sede supranacional. Ambiciona-se, assim, que os ditames consagrados em suas cláusulas sejam observados igualmente em todos os países que dele sejam parte. Infere-se daí que não caberia sujeitar tais instrumentos internacionais a condicionantes, limites e variações provenientes da ordem jurídica interna, inclusive do texto constitucional. Trata-se do denominado *princípio da interpretação autônoma*, que reconhece os tratados como conjunto normativo *desvinculado* do que estabelece o ordenamento doméstico.<sup>60</sup>

Tal *princípio* é, ademais, justificado ante o risco de comprometimento da força normativa dos tratados caso expressões nele inscritas sejam compreendidas à luz de noções e classificações adotadas no direito interno. Tal subordinação, nessa linha, abriria espaço para que autoridades nacionais ajustassem significados e conceituações em âmbito legal e constitucional de modo a escapar das imposições estatuídas no plano supranacional.<sup>61</sup> Postula-se, portanto, tomar cada tratado de direitos humanos como um sistema normativo próprio e *autônomo* com objetivos específicos a ele inerentes.<sup>62</sup>

Cumpra asseverar, contudo, que as categorias e expressões empregadas nas disposições constantes de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, em diversos casos, têm efetivamente origem nos ordenamentos nacionais.<sup>63</sup> Sua positivação em sede internacional funda-se, não raro, na diversidade de concepções e significados que assumem em culturas e ordens nacionais distintas. Sobretudo em matéria de direitos, a pactuação sobre termos e fórmulas redacionais não significa plena concordância sobre seu alcance e conteúdo em ambiente doméstico. Nesses termos, a heterogeneidade subjacente à instituição de regimes normativos supranacionais reclama contenção do *princípio*

<sup>60</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87; também GALL, Chloe. Coming to Terms with a New Role: The Approach of the International Court of Justice to the Interpretation of Human Rights Treaties. *Australian International Law Journal*, n. 21, 2014, p. 59; SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2011, p. 401.

<sup>61</sup> LETSAS, George. The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, 2004, p. 282–285; SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit. p. 78 e 401; BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 31, n. 4, 1998, p. 844.

<sup>62</sup> SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit. p. 175; KARVATSKA, Svitlana; ZAMORSKA, Lubov. Human Rights Principles Interpretation in the Context of the ECHR. *European Journal of Law and Public Administration*, v. 5, n. 2, 2018, p. 10.

<sup>63</sup> HAECK, Yves. How to Interpret the European Convention on Human Rights. *Constitutional Law Review*, v. 4, 2011, p. 7; CAROZZA, Paolo G. Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, 1997, p. 1219.

da interpretação autônoma. Enseja a ativação de fórmula considerada oposta: a *margem nacional de apreciação*.<sup>64</sup>

A adequada interpretação dos tratados encontra-se, todavia, no equilíbrio entre ambas as fórmulas. De um lado, submeter suas cláusulas inteiramente às determinações e singularidades da ordem interna implica reduzir significativamente a força normativa dos direitos positivados em âmbito internacional, relativizando-os em demasia.<sup>65</sup> Assumiriam conteúdos distintos e adaptados para cada realidade nacional, restringindo o reconhecimento de violações. Atribuir-lhes, de outro lado, plena *autonomia* de significado – desprezando diferenças e peculiaridades culturais, políticas e jurídicas – acabaria por erigir modelo excessivamente rígido que coloca em risco a estabilidade da solução internacional acordada.<sup>66</sup> A definição de parâmetros supranacionais não cabe ser levada a efeito como padronização – de cima para baixo e de fora para dentro – de concepções morais e políticas engendradas – de forma expansiva ou otimizadora – em pronunciamentos de cortes internacionais.

O aumento no uso de vias interpretativas *autônomas* – que não são deferentes a conceitos e categorias empregados na ordem interna – propicia, ainda, relevantes efeitos políticos. Ao desprender-se do direito doméstico, as cortes internacionais acabam por se colocar em posição de ampliar e fortalecer seu poder revisor sobre os ordenamentos nacionais,<sup>67</sup> sujeitando-os aos seus próprios juízos sobre ideais positivados como direitos em preceitos normativos de elevada generalidade e abstração. Quanto mais otimizadas e expansivas forem as concepções adotadas em matéria de direitos, mais abrangente, vigoroso e interventivo será o poder decisório dos tribunais internacionais, afetando, por conseguinte, a soberania e a autodeterminação dos entes nacionais.<sup>68</sup> Tais circunstâncias permitem entrever, assim, certa inclinação de tais órgãos em avançar gradualmente o *princípio da interpretação autônoma* sobre aspectos que ainda remanescem sujeitos à *margem nacional de apreciação*.

## 6 Interpretação de tratados na esfera constitucional

A abertura do direito interno de modo a legitimar a incorporação em âmbito constitucional de tratados internacionais sobre direitos humanos – a exemplo da

<sup>64</sup> SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit. p. 176; NEUMAN, Gerald L. *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, cit. p. 1884.

<sup>65</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit. p. 96-97.

<sup>66</sup> KÜHLING, Jürgen. *Fundamental Rights. Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 538.

<sup>67</sup> MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on Human Rights. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, v. 51, n. 1, 2014, p. 76; SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit. p. 179 e 188.

<sup>68</sup> SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system*, cit. p. 179.

levada a efeito pelo art. 5º, §3º, da Constituição brasileira – denota decisão constituinte com relevantes repercussões no sistema jurídico. Seu ingresso formal no plano normativo das disposições constitucionais determina sua equiparação aos demais atos de reforma da Constituição. No caso brasileiro, assentou-se expressamente – ante o disposto na Emenda Constitucional nº 45 – que os instrumentos internalizados segundo seus parâmetros “serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assumem, nesses termos, características e funcionalidades típicas das emendas constitucionais.<sup>69</sup>

Os tratados internacionais incorporados à ordem constitucional interna, por conseguinte, revogam preceitos da Constituição que lhes sejam manifestamente contrários.<sup>70</sup> Impedem que diplomas infraconstitucionais materialmente incompatíveis com suas disposições continuem em vigor. Nessa mesma linha, caberia, ainda, cogitar sobre a possibilidade de constitucionalização ou desconstitucionalização de normas anteriores à sua internalização.<sup>71</sup>

Sua formalização interna como atos de reforma constitucional – “equivalentes às emendas constitucionais” – implica considerar tais tratados como *parte* de sistema normativo mais extenso e complexo: o sistema constitucional. Não cabem ser tomados, em âmbito constitucional, como sistemas fechados e *autônomos*, mas como *segmentos* de um regime jurídico-normativo mais amplo. A equivalência às emendas constitucionais não lhes confere supremacia ou precedência hierárquica em relação ao restante do texto constitucional. São instrumentos incorporados como *partes, fragmentos* normativos novos que passam a compor o todo constitucional.

Suas disposições encontram-se, assim, “numa situação de mútua interação e dependência”<sup>72</sup> em relação aos demais preceitos da Constituição. Enquanto normas constitucionais, as cláusulas constantes de tais tratados e convenções projetam efeitos sistêmicos em relação ao restante da Constituição, introduzindo ressalvas, limitações, extensões, redirecionamentos e complementações. Efeitos semelhantes são produzidos pelo conjunto normativo constitucional em relação aos atos normativos internacionais incorporados como *parte* da Constituição. Descabe, portanto, em sede de jurisdição constitucional, interpretá-los isolada

<sup>69</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 28, 2014, p. 140; RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/04*, cit. p. 176 e 179.

<sup>70</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/04*, cit. p. 176; também BACHOUR, Samir Dib. *Poder constituinte derivado de equivalência às emendas constitucionais*, cit. p. 80.

<sup>71</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, cit. p. 126.

<sup>72</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

ou autonomamente, sem tomar em consideração o sistema constitucional como um todo. Impende considerar, como destacado por Hesse, a relação de “interdependência” que necessariamente “existe entre os distintos elementos da Constituição”.<sup>73</sup> Em outras palavras, o “significado” do tratado, considerado como complexo normativo que formalmente integra como *parte* a ordem constitucional, “somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após, afirmar-se, plenamente, no contexto funcional”.<sup>74</sup>

A interpretação dos instrumentos normativos de direito internacional, admitidos como *parte* do regime constitucional, não prescinde, portanto, de sua conjugação sistêmica com as demais disposições constitucionais. Não apenas as que vigoravam anteriormente à incorporação do tratado ao ambiente constitucional, mas também aquelas introduzidas em momento posterior mediante a aprovação de novas reformas constitucionais. Cuida-se, assim, de atividade interpretativa que necessariamente se sujeita a condicionantes que discrepam daquelas observadas por cortes e tribunais internacionais em matéria de direitos humanos.

A constitucionalização de tratados certamente estimula raciocínio que sustenta a vinculação dos tribunais nacionais à interpretação desenvolvida pelas cortes internacionais. Toma-se como “consequência natural da ratificação de tratados internacionais”, segundo essa lógica, “a adoção dos parâmetros internacionais de interpretação dessas normas”.<sup>75</sup> Tal concepção, no entanto, interfere no próprio significado da decisão fundamental que legitima a incorporação de tratados como *parte* integrante da ordem constitucional. Se o tribunal internacional interpreta o tratado como um sistema próprio e *autônomo*, *desvinculado* da ordem constitucional interna, não seria cabível, em linha de princípio, às cortes nacionais encampar o mesmo entendimento e desenvolver, nas palavras de Neuman, uma “jurisprudência de ventriloquia”.<sup>76</sup> Seria, na prática, negar a relação de *interdependência* entre o instrumento internalizado com *status* constitucional e as demais *partes* da Constituição.<sup>77</sup> Na órbita internacional, o tratado de direitos humanos

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*, cit. p. 113; em sentido semelhante BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, cit. p. 165; DORF, Michael C. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought about Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. *Georgetown Law Journal*, v. 92, n. 4, 2003, p. 834–835.

<sup>74</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 128; em sentido semelhante SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 37.

<sup>75</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, cit. p. 511.

<sup>76</sup> NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance, cit. p. 1895.

<sup>77</sup> Ao examinar a questão em âmbito europeu, assinalou, em sentido semelhante, Santisteban que “a divergência de conceito e método entre a doutrina da integração europeia (que, além de contar com elementos jurídico-internacionais, se tem caracterizado, em geral, por um enfoque mais funcional que sistemático e dogmático) e a doutrina dos direitos fundamentais complicou historicamente as coisas, dificultando o

é considerado como um sistema normativo *autônomo*. Em sede constitucional, todavia, é incorporado como emenda, *fragmento* que compõe sistema mais amplo e complexo. É, num plano, o todo e, no outro, a *parte*.

## 7 Interpretação constitucional dos tratados: especulações a partir de casos concretos

A divergência entre os parâmetros interpretativos empregados nas esferas internacional e constitucional permite vislumbrar áreas de atrito e desalinhamento entre tribunais nacionais e cortes internacionais. Os contornos de tais dissensos sobressaem de forma mais visível ante o escrutínio de determinados casos concretos.

Ilustrativa dessa problemática é a controvérsia relacionada às decretações de estado de emergência em face da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul). É comum encontrar nos principais tratados sobre direitos humanos cláusulas que autorizam, em situações de grave crise e anormalidade que ameacem a ordem político-constitucional, a decretação de regimes de emergência que impliquem a suspensão de direitos e garantias. Nesse sentido, encontram-se em harmonia com diversas experiências constitucionais que admitem suspensão excepcional da proteção jurídica de direitos fundamentais em situações emergenciais.<sup>78</sup>

A Carta Africana, entretanto, não contempla disposição semelhante. Em função disso, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, com base em interpretação *autônoma* do tratado, tem sustentado, de forma reiterada, o descabimento de derrogações ou suspensões de direitos nele assegurados em virtude de estado de emergência instaurado.<sup>79</sup> Consoante oficialmente assinalado pela Comissão, “absolutamente nenhuma circunstância, mesmo ameaça de guerra, estado de conflito armado interno ou internacional, instabilidade política interna

diálogo jurídico com as jurisdições constitucionais de alguns Estados membros” (SANTISTEBAN, Xabier Arzo, La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 74, 2005, p. 74-75). Sobre rejeição da Corte Constitucional da Áustria à interpretação levada a efeito pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre garantias processuais em matéria criminal e administrativa, ver NEUMAN, Gerald L. *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, cit. p. 1893-1894.

<sup>78</sup> Ver, a propósito, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit. p. 54-55.

<sup>79</sup> Ver, a propósito, ALI, Abdi Jibril. Derogation from constitutional rights and its implication under the African Charter on Human and Peoples’ Rights, *Law, Democracy & Development*, v. 17, p. 33, 2013, p. 78-79; TOLERA, Melkamu Aboma. Absence of a Derogation Clause under the African Charter and the Position of the African Commission. *Bahir Dar University Journal of Law*, v. 4, n. 2, 2013, p. 250; MURRAY, Rachel. *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 38 e segs.

ou qualquer outra emergência pública, cabe ser invocada para justificar suspensões” de direitos.<sup>80</sup>

Diversas constituições de nações africanas contemplam cláusulas que autorizam a suspensão de direitos e garantias em função de situações de emergência, que ameacem as próprias instituições do Estado. Cuida-se, segundo Sermet, de “um parâmetro constitucional comum africano, não refletido na Carta Africana”.<sup>81</sup> A interpretação *autônoma* levada a efeito pela Comissão, ao desprezar a ordem constitucional da quase totalidade dos países africanos, proporciona significativa relação conflitiva com potencial de ameaçar o próprio tratado internacional.

Cumpra avaliar, ante tais circunstâncias, se a internalização em sede constitucional da Carta Africana implicaria a transposição da via interpretativa acolhida na esfera supranacional, no caso, pela Comissão. Como *parte* do texto constitucional, o tratado é incorporado ao ordenamento em vigor suscitando exegese substancialmente distinta. Enquanto na órbita continental não há disposição expressa sobre regimes de emergência, na esfera constitucional vigoram preceitos normativos que disciplinam sua decretação. A ausência de previsão na Carta Africana autoriza, assim, solução doméstica harmonizadora que concilie suas cláusulas com os ditames constitucionais que regem a excepcional suspensão de direitos e garantias em face de guerras, rebeliões internas, agitações, conflitos armados e circunstâncias assemelhadas.

A introdução no texto constitucional de novos enunciados voltados a garantir direitos não afasta ou elimina, em linha de princípio, a disciplina sobre regimes de emergência e as medidas suspensivas que lhes são típicas. Reflete quadro jurídico-normativo *equivalente* à positivação de direitos pela via das emendas constitucionais, a exemplo das reformas ao texto constitucional brasileiro que consagraram os direitos à razoável duração do processo (Emenda Constitucional nº 45, de 2004), ao transporte (Emenda Constitucional nº 90, de 2015) e à alimentação (Emenda Constitucional nº 64, de 2010). A definição normativa *a posteriori* de tais direitos – adicionados mediante Emendas Constitucionais – não tem o condão de excepcionar ou obstar, em relação a eles, o poder constitucional de baixar medidas suspensivas durante estado de sítio.

Questão semelhante é percebida em face do direito ao duplo grau de jurisdição assegurado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose). O art. 8.2.h. da Convenção, ao estabelecer como garantia processual

<sup>80</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, 2003. Disponível em: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38>. Acesso em: 29 nov. 2021.

<sup>81</sup> SERMET, Laurent. The absence of a derogation clause from the African Charter on Human and Peoples' Rights: A critical discussion. *African Human Rights Law Journal*, v. 7, 2007, p. 144.

mínima o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, erige parâmetro suficiente a amparar, no âmbito da Corte Interamericana, a adoção de interpretação *autônoma*, além de expansiva e otimizadora. Assim, muito embora a ordem jurídica interna reconheça foro especial a determinado acusado para ser, em primeiro grau, julgado pela mais alta corte do país, sufragou-se entendimento que considera violada a garantia processual caso o Estado-parte não assegure via recursal efetiva para impugnar decisão desfavorável proferida nessas circunstâncias.<sup>82</sup> Para a Corte Interamericana, “mesmo quando o processo penal em instância única estiver a cargo de uma jurisdição diferente da ordinária, o Estado” deve garantir que o réu possa “contar com a possibilidade de recurso contra sentença adversa”.<sup>83</sup> Não importaria para caracterizar ofensa ao art. 8.2.h. da Convenção a inexistência de instância judicial superior ou a ausência de previsão normativa que institua via recursal cabível. Tal interpretação foi articulada em face de regime normativo supranacional que – considerado *autônomo* – não sofreria o influxo de cláusulas constitucionais voltadas a promover a organização das estruturas judiciais nacionais.

A compreensão da questão em ambiente interno, contudo, apresenta contornos diversos. A incorporação, ainda que em âmbito constitucional, do art. 8.2.h. da Convenção Interamericana implicaria tomá-lo como *parte* de um sistema que contempla disposições normativas que concebem específica organização judicial, definindo, inclusive, a esfera de competência de cortes superiores. Ao examinar o tema, o Ministro Sepúlveda Pertence, em julgado do Supremo Tribunal Federal, deixou claro o entendimento possível quanto ao caso, compatível com a constitucionalização de tratados internacionais. Para ele, “a inserção do duplo grau na Constituição, sem alterar toda a estrutura judicial, importaria na fixação de um princípio geral, sem prejuízo das exceções constitucionais”.<sup>84</sup> “À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua* no sistema constitucional”, segundo o eminente julgador, “indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade da aplicação no caso da norma internacional”.<sup>85</sup>

Em julgamento posterior, o Supremo Tribunal Federal tornou a apreciar a matéria e reafirmar sua posição. Ainda que se reconheça estatura constitucional à Convenção Interamericana em face da Emenda Constitucional nº 45, não caberia admitir, segundo a decisão, que se “criou automaticamente uma nova

<sup>82</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina. Artigo 8 – Garantias Judiciais. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 151-152.

<sup>83</sup> CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentença 30.01.2014, parágrafo 103.

<sup>84</sup> Voto proferido no RHC nº 79.785-7/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* de 22.11.2002.

<sup>85</sup> Voto proferido no RHC nº 79.785-7/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* de 22.11.2002.

espécie de recurso ordinário em matéria penal das decisões proferidas no âmbito da competência originária dos tribunais”.<sup>86</sup> Ao promover típica interpretação sistemática, que confere à Convenção *status* de *parte* integrante de complexo normativo mais amplo, asseverou-se no julgado que “as garantias inseridas na Carta Constitucional sofrem, pois, as limitações impostas pelo próprio texto, exatamente porque não podem ser consideradas de maneira absoluta”.<sup>87</sup> O juízo que vem prevalecendo no ambiente interno reconhece, desse modo, que os ditames constitucionais voltados a estruturar o Poder Judiciário condicionam e limitam o direito ao duplo grau de jurisdição assegurado na Convenção. E, naturalmente, já se tem vaticinado a responsabilização do Estado brasileiro justamente em face de tal dissonância entre as esferas nacional e internacional.<sup>88</sup>

## 8 Considerações finais

A estruturação de soluções de convívio e alinhamento entre regimes constitucionais e internacionais de proteção a direitos e garantias tem proposto relevante desafio de imaginação institucional. Voltados a garantir – como regra geral – os mesmos bens fundamentais, tratados e constituições explicitam enunciados distintos, contemplando restrições, complementações e projeções diferentes. Suscitam a ocorrência de preocupantes divergências normativas. A institucionalização de tribunais e organismos específicos – voltados a fazer prevalecer, cada um a seu modo, tais direitos – enseja quadro propício ao surgimento de sérias dissonâncias interpretativas.

Nações que exibem sólida tradição constitucional – cientes de que o direito constitucional é o ramo do direito “mais estreitamente vinculado à identidade

<sup>86</sup> Voto proferido no AI AgR nº 601.832-8/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *DJ* de 03.04.2009. Em sentido semelhante, assinalou, em outro julgado, o Ministro Luiz Fux não caber ao “Poder Judiciário, ao argumento de perfectibilização do duplo grau de jurisdição em sua visão tradicional, criar, fora dos mecanismos legalmente previstos, obstáculo à execução provisória da pena na hipótese de condenação penal de autoridade sujeita ao foro por prerrogativa de função, sob pena de arvorar-se da condição de legislador positivo, criando distinções não estatuídas na legislação” (HC AgR nº 140.213/SP. Rel. Min. Luiz Fux. *DJ* de 15.06.2017).

<sup>87</sup> Voto proferido no AI AgR nº 601.832-8/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *DJ* de 03.04.2009. Na mesma linha, destacou a Ministra Rosa Weber, a propósito, que, “como observado em discussão competência originária de Tribunal Superior, não há falar em desrespeito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, este, de qualquer modo, garantia não absoluta à luz do ordenamento jurídico constitucional brasileiro” (voto proferido na ADPF nº 167/DF. Rel. Min. Luiz Fux. *DJ* de 14.10.2020).

<sup>88</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina. Artigo 8 – Garantias Judiciais, cit. p. 152; em sentido semelhante GOMES, Luiz Flávio. Mensalão: Julgamento do STF pode não valer. *Revista Ordo Vocatus – OAB/ESA-Goiás*, v. 1, 2012, p. 60.

nacional”<sup>89</sup> – têm mantido a supremacia de suas constituições, atribuindo aos tratados de direitos humanos, em ambiente doméstico, posição hierárquica infraconstitucional. Outras, no entanto, que experimentam constitucionalismo mais incipiente, empregam soluções mais tépidas e condescendentes com os parâmetros adotados em âmbito supranacional. Preferem ser deferentes a esferas decisórias consideradas menos democráticas, dado que menos representativas e mais distantes da população.<sup>90</sup> Assim, promove-se abertura da ordem constitucional ao direito internacional dos direitos humanos. Legítima-se sua incorporação – a exemplo do que estabelece o §3º ao art. 5º da Constituição brasileira – ao texto constitucional, instrumento normativo que ocupa a posição mais elevada do ordenamento interno.

A constitucionalização de tratados sobre direitos humanos promove, entretanto, situação em que o mesmo instrumento normativo é submetido, de modo concomitante, à proteção de cortes internacionais e tribunais nacionais. Ainda que sejam percebidos estímulos institucionais ao alinhamento de ambas as estruturas jurisdicionais, cumpre perceber que os tratados são tomados e interpretados de modo significativamente distinto em cada esfera. Na órbita internacional, tratados são considerados como sistemas normativos próprios e *autônomos*, estimulando via interpretativa que rechaça vinculações aos ordenamentos nacionais. Tais instrumentos internacionais, todavia, são tomados no direito interno como *parte* de sistema jurídico de maior extensão, normativamente estruturado na constituição. Reconhece-se, nesse sentido, sua *equivalência* às emendas constitucionais, atos de reforma que passam a compor o regime constitucional como um todo.

A divergência entre tais critérios interpretativos ensejam dissonâncias relevantes, como se pode depreender a partir da análise de casos concretos. É o que se divisa, por exemplo, em face (a) da ausência de disposição na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos que legitime a suspensão de direitos e garantias durante a decretação de regime de emergência, bem assim (b) do direito ao duplo grau de jurisdição assegurado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos ante a estruturação interna do Poder Judiciário.

Ao se postular a transposição dos parâmetros interpretativos adotados em âmbito internacional de modo a orientar internamente sua compreensão, pugna-se

<sup>89</sup> BRYDE, Brun-Otto. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue, cit. p. 204.

<sup>90</sup> Ao abordar a questão em julgado do STF, assinalou o Ministro Nelson Jobim o seguinte: “a elaboração de ‘tratados internacionais’ é algo nada democrático. Conheço isso. Já participei de vários eventos internacionais representando o Brasil. Notei a imensa dificuldade em relação a este assunto” (voto proferido no RHC nº 79.785-7/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 22.11.2002). Conclusão em sentido semelhante é encontrada, ainda, em DAHL, Robert A. Can international organizations be democratic? A skeptic’s view. *Democracy’s Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 32 e segs.

por tarefa dogmático-jurídica que minimiza o caráter *parcial* dos tratados internacionais de direitos humanos na esfera constitucional e ameaça importantes elementos institucionais que conformam pilares da organização fundamental do Estado. Ademais, propicia-se que as concepções adotadas em âmbito nacional para fórmulas normativas de elevada generalidade e abstração – como igualdade, liberdade, propriedade, saúde e dignidade – sejam substituídas por outras que derivem de decisões proferidas por prestigiados juízes estrangeiros com assento em órgãos colegiados supranacionais. A ideia de liberdade deles seria – no melhor estilo imperialista – mais genuína ou legítima que aquela vislumbrada, sob a égide de uma democracia constitucional, por juízes e agentes políticos nacionais. Impõem-se as nobres concepções de fora sobre as disformes e insidiosas de dentro.

---

### **The whole or the part? Rights, treaties, and interpretive dissonances**

**Summary:** The constitutionalization of human rights treaties is among the contemporary solutions employed to solve dissonances between national and international orders. The present paper, therefore, will analyze relevant repercussions generated in the domestic law due to the adoption of that innovative formula, with special attention to the Brazilian constitutional experience. In particular, the fact that, according to that solution, the same treaty is interpreted and applied by national courts and international courts on different hermeneutic canons will be evaluated. The production of interpretative dissonances as a result of this circumstance will also be discussed from known concrete cases.

**Keywords:** Treaties. Rights. Systematic interpretation. Constitutional review. Constitutional block.

---

## **Referências**

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALI, Abdi Jibril. Derogation from constitutional rights and its implication under the African Charter on Human and Peoples' Rights. *Law, Democracy & Development*, v. 17, p. 33, 2013.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Direitos fundamentais na Constituição de 1988 e incorporação, ao Direito brasileiro, de tratados internacionais a eles relativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, 2012.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 1, n. 11, 2000.
- BACHOUR, Samir Dib. *Poder constituinte derivado de equivalência às emendas constitucionais: os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 31, n. 4, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
-

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRYDE, Brun-Otto, The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue. *Tulane Law Review*. n. 203, 2005.
- BUERGENTHAL, Thomas, Modern constitutions and human rights treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 36, 1997.
- CAROZZA, Paolo G. Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, p. 1217-1238, 1997.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: Comentários*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.
- COSTA, José Augusto Fontoura; GOMES, Ana Virgínia Moreira. O §3º do art. 5º da CF/88 e a internalização da Convenção 87 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 125, 2007.
- DAHL, Robert A. Can international organizations be democratic? A skeptic's view. *Democracy's Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- DIAS, Cibele Fernandes, Mutação constitucional: notas sobre o *status* dos tratados de direitos humanos incorporados no direito brasileiro antes da Emenda 45/04. *A Nova Constituição de 1988?* Santo André: Dia a Dia Forense, 2021.
- DORF, Michael C. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought about Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. *Georgetown Law Journal*, v. 92, n. 4, 2003.
- FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014.
- FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, v. 54, n. 1, 2006.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Conflitos e tensões na jurisdição constitucional decorrentes da internacionalização dos direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 28, 2014.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, v. 7, n. 1, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GALL, Chloe. Coming to Terms with a New Role: The Approach of the International Court of Justice to the Interpretation of Human Rights Treaties. *Australian International Law Journal*, n. 21, 2014.
- GARLICKI, Lech; GARLICKA, Zofia A. External review of constitutional amendments? International law as a norm of reference. *Israel Law Review*, n. 44, 2011.
- GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Mensalão: Julgamento do STF pode não valer. *Revista Ordo Vocatus – OAB/ESA-Goiás*, v. 1, 2012. (1).
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HAECK, Yves. How to Interpret the European Convention on Human Rights. *Constitutional Law Review*, v. 4, p. 3-30, 2011.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KARVATSKA, Svitlana; ZAMORSKA, Lubov. Human Rights Principles Interpretation in the Context of the ECHR. *European Journal of Law and Public Administration*, v. 5, n. 2, p. [i]-14, 2018.
- KÜHLING, Jürgen, Fundamental Rights. *Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- LETSAS, George. The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 2, 2004.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on Human Rights. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, v. 51, n. 1, 2014.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 53, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIDÓN, Mário A. R. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: La Ley, 2011.
- MURRAY, Rachel. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- NEUMAN, Gerald L. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance. *Stanford Law Review*, v. 55, n. 5, 2002.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina. Artigo 8 – Garantias Judiciais. In: *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/04. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 6. éd. Paris: Montchrestien, 2001.
- SANTISTEBAN, Xabier Arzoz. La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 74, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre a Incorporação e a Hierarquia dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira, Especialmente em Face do Novo §3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, p. 69-86, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de convencionalidade em face dos tratados internacionais de direitos humanos. In: *Tendências Jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2011.

SERMET, Laurent. The absence of a derogation clause from the African Charter on Human and Peoples' Rights: A critical discussion. *African Human Rights Law Journal*, v. 7, p. 20, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. 3rd edition. Boston: Little, Brown and Company, 1858.

TOLERA, Melkamu Aboma. Absence of a Derogation Clause under the African Charter and the Position of the African Commission. *Bahir Dar University Journal of Law*, v. 4, n. 2, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade. Tese apresentada para o concurso de Livre Docência na área de Direito Internacional. São Paulo: USP, 2012.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Pamplona: Aranzadi – Thomson Reuters, 2010.

WALDRON, Jeremy. The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" versus "Needs". *The Journal of Ethics*, v. 4, n. 1-2, 2000.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Roger Stiefelmann. O todo ou a parte? Direitos, tratados e dissonâncias interpretativas. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 371-398, jul./dez. 2022.

---

Recebido em: 14.12.2021

Pareceres: 01.02.2022, 22.03.2022

Aprovado em: 05.07.2022