

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**RUBENS BEÇAK**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-375-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Teoria Consitucional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

Em Teoria Constitucional, obra que reúne trabalhos aprovados para essa área do conhecimento jurídico no XXV CONPEDI, constatamos a preocupação de novos e veteranos pesquisadores do direito constitucional com um amplo leque de questões, as quais não somente resgatam as tradicionais temáticas dessa área, a exemplo da mutação constitucional, devido processo legal, poder constituinte e mecanismos de controle de constitucionalidade, como também avança em novas questões, as quais fazem referência ao mínimo existencial, constitucionalismo latino americano e processo de integração e globalização.

Mesmo nas abordagens das temáticas mais tradicionais, percebemos a preocupação dos autores com a construção de análises jurídicas efetivamente emancipatórias, uma vez que marcante, em todos os textos, a percepção de que o direito não possui sentido salvo se encontra comprometido com a dignidade da pessoa humana.

Ora, a dignidade da pessoa humana somente assume status relevante se efetivamente levada a sério por meio da criação das condições necessárias para que todos os seres humanos possam desenvolver os seus potenciais, ao mesmo tempo em que as suas diferenças, que garantem as suas individualidades, sejam respeitadas e asseguradas.

Para consolidar essa percepção de mundo e assegurar a real efetividade dos textos constitucionais democráticos, recomendamos vivamente a leitura de Teoria Constitucional do XXV CONPEDI.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

**OS PARADIGMAS JURÍDICOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO E  
GLOBALIZAÇÃO: BREVE ANÁLISE DA SUPRANACIONALIDADE E DA  
SUPRACONSTITUCIONALIDADE**

**THE LEGAL PARADIGM IN THE PROCESS OF INTEGRATION AND  
GLOBALIZATION: ANALYSIS OF THE SUPRANATIONALITY AND  
SUPRACONSTITUTIONALITY**

**Caio Nogueira De Castro <sup>1</sup>**

**Resumo**

O artigo propõe uma análise das alterações dos paradigmas jurídicos em sua perspectiva de Estado nacional no contexto de integração e globalização. Tem-se, como objetivo descritivo a perspectiva da supranacionalidade e da supraconstitucionalidade das cartas internacionais de direitos humanos, essas, como ferramentas de efetivação de um ideal normativo, mínimo ético comum sobre questões inerentes a universalização dos direitos humanos. Pois, que a condição humana interessa a todos, e nas relações supraestatais, justamente por uma valoração de norma *ius cogens* - o que permeia os debates sobre as transformações dos paradigmas jurídicos do Estado nacional.

**Palavras-chave:** Direitos humanos, Supranacionalidade, Supraconstitucionalidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article aims to analyze the changes in the legal paradigms in their national state perspective in the context of integration and globalization. To have a descriptive objective perspective of supranationality and supraconstitutionality of international charters on human rights, such as effective tools of a normative ideal, common minimum ethical issues inherent in universal human rights. For the human condition concerns everyone, and the supra-State relations, precisely by a valuation standard *ius cogens* - which permeates discussions on the transformation of legal paradigms of the national state.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Human rights, Supranationality, Supraconstitutionality

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando pelo Programa de pós-graduação em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Artigo indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta apontar uma breve análise das alterações dos paradigmas jurídicos na perspectiva de Estado nacional no contexto de integração e globalização, justamente sob o recorte da compreensão de soberania nacional, cidadania e de Estado de Direito, cujos elementos esboçam a condição de existência e validade do Direito.

Tem-se, portanto, como objetivo geral descrever a supranacionalidade e a supraconstitucionalidade das cartas internacionais de direitos humanos como ferramentas de efetivação de um ideal normativo, mínimo ético comum, nas questões inerentes a universalização dos direitos humanos. Isto é, a supranacionalidade e a supraconstitucionalidade como aspirações de um resultado do processo pós-moderno da globalização.

Pois, que os direitos humanos como um mínimo ético comum pressupõe a convicção de que sua observância interessa a todas pessoas, em qualquer lugar, e nas relações supraestatais, precisamente por uma valoração de norma *ius cogens*, de observância obrigatória, cristalizando o pensamento na proteção dos direitos humanos para além da esfera nacional, de âmbito internacional.

A universalização dos direitos humanos reflete no caráter especial dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo debatido e sustentado por parte da doutrina que tais diplomas apresentam natureza de força obrigatória, o que traduz a crise ao Estado de Direito, com o fim do monopólio exclusivo da produção jurídica, tendo em vista as ações sistemáticas de integração e globalização.

Com isso, se enfatiza o processo de alteração da estrutura constitucional, ampliando-a, no qual se impõe um modelo de Estado de Direito Supranacional, na perspectiva do constitucionalismo, desenhado pelas cartas internacionais de direito - o

que provoca um rompimento definitivo com conceitos restritos, lógicos, formais, e de soberania estatal.

## 2. REFUNDAÇÃO DOS PARADIGMAS JURÍDICOS NA INTEGRAÇÃO

A soberania estatal enquanto atributo caracterizador de um Estado nacional, deriva da paz de Wesfalia, que afirmou a coexistência de Estados independentes na estrutura internacional. Tal concepção de soberania estatal, de forma simplista, concerne a detenção da autoridade suprema no dizer o direito dentro de um espaço territorial.

Com a formatação da globalização, de alguma maneira, importou em mudanças nessa concepção de soberania, minando o seu alcance e extensão. O conceito tradicional de soberania traz algumas características que lhe são definidoras, na ideia de predomínio normativo absoluto dentro de um território delimitado e sobre um grupo de pessoas que nele sobrevive, bem como o monopólio do poder coativo apto a submissão da sociedade, sem a concorrência de nenhum outro polo criador de normas oficiais de conduta. Contudo, tal conformação de soberania vem sofrendo momentos de ruptura, de mutação, diretamente relacionado às mudanças relativas do Estado de Direito (RODRIGUES, 2000).

O Estado de Direito perpassa por uma evolução histórica desde o Estado pré-moderno, Estado Legislativo, Estado Constitucional de Direito até o Estado de Direito Supranacional, no sentido das alterações e transformações das condições de existência e validade da norma jurídica.

Em um primeiro ponto, o Direito pré-moderno não era de formação legislativa, mas sim jurisprudencial e doutrinário, tendo uma pluralidade de fontes e ordenamentos de diversas instituições diferentes e concorrentes, p. ex., império, igreja, príncipes e etc., não havia monopólio da produção jurídica. Enquanto, no Estado de Direito Legislativo que expressa o positivismo jurídico na formulação hobbesiana, corresponde a refundação axiológica do Direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade

frente as arbitrariedades. Momento esse, que nasce o Estado de Direito Moderno junto com o modelo de Estado Legislativo de Direito – com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito existente e válido – independentemente de sua valoração, a norma jurídica é válida não por ser justa, e sim por ter sido posta por uma autoridade competente. Apesar disso, tal paradigma novamente se refunda sob a subordinação da legalidade às Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis como normas de reconhecimento de sua validade (FERRAJOLI, 2003).

Ou seja, do Estado de Direito pré-moderno ao Estado de Direito Constitucional alteram-se as condições de validade das leis dependendo não somente da forma de sua produção, mas também na coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais. Nesse sentido, o Estado Constitucional de Direito impõe as formas de produção legislativa na observância da Constituição, e nisso, altera-se o papel da jurisdição – que é aplicar a lei que conforma, coaduna, com a Constituição válida.

FERRAJOLI (2003) destaca como momento de crise do Estado Constitucional de Direito, na perspectiva do fim do Estado nacional com o monopólio exclusivo da produção jurídica, tendo em vista os inúmeros exemplos de processo de integração e globalização.

Com isso, enfatiza (FERRAJOLI, 2003) o processo de deformação da estrutura constitucional nas democracias nacionais, isto é, alterando-a. Dessa forma, a ordem constitucional de direito é ampliada ao plano supranacional, impondo um modelo de Estado de Direito Supranacional, sendo, portanto, uma perspectiva do constitucionalismo e de esfera pública supraestatais – um espaço desenhado pelas cartas supranacionais de direito.

Perceptível, principalmente, na assinatura de tratados supranacionais, como o Tratado de União Européia, o rompimento definitivo com conceitos restritos, lógicos, formais, e na flexibilização de soberania estatal - que tanto restringiu a aplicação dos direitos supranacionais (RODRIGUES, 2000).

Tudo isso, concebe o perfil contemporâneo da cidadania. A cidadania tradicional, de cunho liberal, vem sendo superada com a prevalência – no mínimo ideal da supremacia popular, da democracia. Vale ressaltar, que a cidadania enquanto um dos principais

vetores responsáveis pela modificação do constitucionalismo e, por isso mesmo, fonte de legitimação do Poder Constituinte Supranacional, que nada mais é do que um de seu instrumento de atuação e concretização (RODRIGUES, 2000).

A cidadania contemporânea serve de pano de fundo para a afirmação do Poder Constituinte Supranacional, visto que este último está necessariamente subordinado àquela, o que impossibilita a tomada de decisões tão-somente no nível alheio à participação consciente – e transparente – do povo (RODRIGUES, 2000, p. 118).

A cidadania tem importante destaque no processo de evolução das relações internacionais. Compreende-se, sob o aspecto da cidadania universal, a busca pela proteção de um conjunto mínimo de valores inerentes a condição humana, visto que há valores (éticos) gerais aceitos por todas as pessoas em qualquer lugar, o que legitima a possibilidade de um indivíduo não nacional exigir de qualquer Estado o respeito àqueles ideais universalmente aceitos. No qual, a universalização dos direitos humanos serve para fundamentar a efetivação da cidadania universal (RODRIGUES, 2000).

Aparece a vontade de cidadania universal (fruto da globalização da tecnologia de informação que ao catalisar energia ativa para participar – concordando ou discordando – dá à luz a cidadania mundial. Fica consagrada a cidadania universal, reforçada no plano abstrato pela “vontade de cidadania” e concretizada no mundo dos fatos por meio do direito de participar das decisões políticas de qualquer Estado, quando menos, através da opinião pública. Na verdade, pouco importa que a maioria daquelas pessoas jamais irá se encontrar face a face. Mais importante que isto tudo é resguardar o mínimo de direitos imanescentes a toda pessoa humana – espécie de cidadão universal. A existência da cidadania universal é a nossa convicção. Os argumentos já foram declinados. Falta apenas encontrar os fundamentos que fazem com que tal modalidade de cidadania seja não somente reconhecida, mas aplicada. (RODRIGUES, 2000. p. 123/124).

Nesse sentido, é possível deduzir uma nova compreensão da soberania estatal, para além da tradicional - que deduz a concepção do Estado nacional no monopólio da produção jurídica -, justamente pela capacidade de organismo e ato normativo supraestatais serem compreendidos como fonte de Direito – resignificando o paradigma da soberania estatal, pela sua flexibilização. Tal percepção tem desdobramentos na concepção do Estado de Direito, originando um modelo de ordem constitucional de



Direito ampliado, isto é, a compreensão do Estado de Direito Supranacional, que por sua vez implica na reformulação do conceito tradicional, liberal, de cidadania, tendo em vista a universalização de direitos.

### 3. DAS CARTAS DE DIREITOS HUMANOS

Após o advento da Segunda Grande Guerra surgiu a Declaração Universal de 1948 – dos direitos dos homens – bem como outros instrumentos para recuperar os princípios basilares do ser humano, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana. Ato normativo para proteção dos direitos fundamentais do homem, de proteção internacional e outros que passaram a demonstrar que os direitos humanos são de interesse internacional, de todos.

Atualmente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento interno brasileiro são apontados pela hierarquia da constitucionalidade – bloco constitucional, por força do art. 5º, § 3º da CRFB/88. Porém, quando tal tratado não atinge a aprovação pelo quórum qualificado de 3/5 em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, em sua recepção, a jurisprudência e parte da doutrina o atribuem *status* de norma Supralegal (MENDES, 2011).

Entende-se, o status da Supralegalidade com o fim de atribuir ao Tratado hierarquia superior às normas infraconstitucionais, mas compreendo-o como instrumento normativo subordinado à Constituição, não detendo, portanto, o caráter de norma constitucional, isto é, não possuindo garantias de efetividade e aplicabilidade inerentes às normas constitucionais.

Como já visto na evolução e transformações dos paradigmas jurídicos, compreende-se a figura dos direitos humanos como ideal normativo, isto é, com um ideal moral compartilhado, aceito, que opera na capacidade de gerar expectativa de igualdade e de introjetar ideais de conduta, justamente pela perspectiva kantiana de sua abstração, de sua universalidade e de inclusão.

Portanto, os direitos humanos como um mínimo ético comum destaca o interesse de todos os Estados e pessoas sob a convicção de que a forma pela qual os seres humanos são tratados em qualquer lugar interessa a qualquer pessoa, e em qualquer lugar - *how human beings are treated anywhere concerns everyone, everywhere*<sup>1</sup>. Implicando, no dever do Estado na proteção e garantia à efetivação dos direitos humanos.

Os autores Richard Pierre Claude e Burns H. Weston lecionam que os direitos humanos internacionais é um novo conceito que limita a soberania estatal, isto é, quebrando o entendimento de soberania absoluta do Estado, para o fim de efetivar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.<sup>2</sup>

A Grã-Bretanha ainda nos trabalhos de elaboração da Carta das Nações Unidas se empenhou pela adoção de combate compulsório, obrigatório, às violações dos direitos humanos, isto é, uma Convenção em termo de cumprimento obrigatório, e não na posição de recomendações pelo respeito da soberania dos Estados, no *Soft Law*. Contudo, o Governo dos Estados Unidos evitando reconhecer a obrigatoriedade dos dispositivos da Carta das Nações Unidas, em sentido que prevalecesse considerá-la de forma genérica, entendendo que os Estados têm o direito de regular a ordem interna de acordo com suas conveniências e instituições políticas e econômicas.

Mas, que atualmente admite-se o caráter obrigatório dos dispositivos de direitos humanos da Carta das Nações Unidas. Nisso, oferece a qualquer vitimado o direito de petição aos Comitês Internacionais e ainda o sistema de informes periódicos, isto é, a exigência de os Estados prestarem relatórios sobre a observância dos direitos fundamentais (PIOVESAN, Flávia, 2011).

Atualmente, os Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos, por exemplo, no sistema europeu, toda vítima de violação de direitos humanos pode propor ação contra o Estado-membro na Corte Européia de Direitos Humanos. No sistema interamericano há a mesma possibilidade, porém devendo atender certos requisitos de

---

<sup>1</sup> VER. HENRIK, Louis. *The age of rights*, New York: Columbia University Press, 1990, p. 16, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 12ªed. Ed. Saraiva, p.57 “how human beings are treated anywhere concerns everyone, everywhere”.

<sup>2</sup> Ver. BILDER, Richard B. An Overview of International Human Rights Law, in Hurst Hannum, Guide to International Human Right Practice, p. 3-5, *apud* PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 58.

admissibilidade, como por exemplo, o esgotamento das instâncias interna e da adoção do Estado-membro em reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De tal modo, apesar de os Estados, com assinatura, contraírem obrigações em benefício de seus cidadãos, a real incorporação se impõe para que os propósitos dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sejam alcançados, elevando o posicionamento que os direitos humanos transcendem e exorbitam da competência nacional dos Estados, por haver um regime internacional de proteção que tem parâmetros de atuação e meios para garantir sua efetivação.

Como preleciona PIOVESAN (2011), os direitos humanos transcendem e extrapolam a competência exclusiva do Estado. No Direito Internacional, no contexto contemporâneo, e na internacionalização dos direitos humanos prevalecem o reconhecimento que todos os seres humanos têm direitos fundamentais, independente do lugar em que estejam, e que a violação e o não respeito engaja responsabilidade internacional do Estado, independentemente da nacionalidade da vítima e do direito violado. Nesse sentido, toda nação tem obrigação de proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos, assim, caso haja violação de algum direito fundamental todas as nações, cidadãos ou a comunidade internacional detêm o direito de protestar.

Os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem-se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Esse Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objetivo próprio de regulação do Direito Internacional (HENRIK, Louis. *apud* PIOVESAN, 2011. p. 56.).

O caráter especial dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos é debatido e sustentado por parte da doutrina em sua natureza de força obrigatória,

denominando *ius cogens*<sup>3</sup>. Entende-se, que *ius cogens* sejam normas e princípios de observância obrigatória, em que os Estados não podem contrariar ou derogar, concedendo eficácia *erga omnes*, às obrigações internacionais.

*Jus cogens* é um universo de princípios que coincidem com as obrigações *erga omnes*, com uma especial força legal, tendo em vista que não podem ser derogados ou contraditados pelas previsões dos tratados ou do direito costumeiro. O direito dos povos à autodeterminação e tantos outros direitos humanos têm contribuído para esta nova visão do Direito Internacional (CASSESE, Antonio. *apud* PIOVESAN, 2011. p. 118)

Traduz-se ainda, que *ius cogens* protege os interesses reconhecidamente da sociedade internacional, sendo os direitos humanos mais essenciais. Considerando, como violação ao *ius cogens* a prática ou a impunidade ao genocídio, a escravidão, os assassinatos ou desaparecimentos, a tortura, a detenção arbitrária prolongada ou a sistemática discriminação racial, entre outros.

Um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma ‘supralegalidade internacional’. (...) A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’, que compõem a ‘ordem pública da Comunidade Internacional’ ou ‘ordem pública internacional’, e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional. (...) No estado actual do Direito Internacional, o *jus cogens* engloba predominantemente regras convencionais sobre direitos e liberdades fundamentais (PEREIRA, André Gonçalves; et al. *apud* PIOVESAN, 2011. p. 119).

---

<sup>3</sup> Uma norma de *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrario e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo status - Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, art. 53 (TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. p. 33 *apud* PIOVESAN, Flavia. Op. Cit., p. 118).

Entende PIOVESAN (2011) que independentemente do processo de inclusão no corpo da Constituição, os direitos humanos enunciados de tratados internacionais teriam a natureza de norma constitucional, pois o art. 5º, §2º da CRFB/88 confere valor jurídico de norma constitucional, complementando o rol de direitos fundamentais constitucionais.

O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional (PIOVESAN, 2011. p.107).

Em 22.11.1995 como o julgamento do HC 72.131-RJ, tratando-se da questão da prisão civil do depositário infiel, por força do Pacto de São José da Costa Rica que proíbe prisão civil, exceto no caso de alimentos. O Supremo Tribunal Federal afirmou que a Constituição de 1988 não prevê qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, que nenhum tratado ou convenção internacional pode ser sobrepor aos preceitos da Lei Fundamental. Por isso, o STF consagra o entendimento da hierarquia infraconstitucional, mas o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, diferenciando tais diplomas dos tratados tradicionais que não tratam da proteção dos direitos humanos. Julgamento do RE 466.343 em 22 de novembro de 2006, pelo voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Desta forma, especificamente pelo STF a hierarquia dada aos tratados internacionais de direitos humanos é a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade, sendo a primeira tese a majoritária. Vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que defendem a tese do status constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011).

O histórico do STF tratando do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos registra quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: 1º) o

entendimento aplicado pela corte até a decisão do RE nº 80.004/SE de 1977, que consagrava a primazia do Direito Internacional; 2º) a decisão do RE nº 80.004/SE de 1977, que atribuía os tratados internacionais a mesma hierarquia das leis federais, equiparando o status de lei ordinária; 3º) O julgado do HC nº 72.131 de 2005, que manteve o entendimento da paridade entre tratados e lei federal com a vigência da Carta Magna de 1988; 4º) A decisão do RE nº 466.343 de 2008, que decidiu pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, vencido o entendimento da hierarquia constitucional (PIOVESAN, 2011).

Mas vale ressaltar, que os diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobre a perspectiva do status de norma supranacional, visa assegurar a proteção dos direitos humanos a todas as pessoas, independentemente da nacionalidade, pois compreende que os Direitos Humanos ultrapassam fronteiras e leis internas, eis que se assentam no consenso universal, sendo direitos reconhecidos internacionalmente, recebendo um tratamento como um direito livre de qualquer competência nacional, como um direito transnacional e supranacional.

Entende-se como hierarquia supraconstitucional a ponderação das normas constitucionais em relação às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, em que o Poder Constituinte, apesar de absoluto, se resguarda do princípio do não-retrocesso, isto é, da não mitigação de direitos fundamentais já consagrados, além de observar as normas *ius cogens* do Direito Internacional.

A tese de uma soberania estatal mitigada, em que os Estados devem atuar observando as normas internacionais compulsórias corrobora com o pensamento da corrente que atribui a qualquer ser humano o status de sujeito de direito internacional, justamente no sentido de que a norma global de proteção dos direitos dos homens, reconhecidas internacionalmente, devem ser respeitadas pelos Estados por serem direitos que exorbitam da competência nacional, pois o regime internacional de proteção dos direitos dos homens cria parâmetros de atuação de meios a garantias e efetivação dos direitos dos humanos de contexto supranacional. Concluindo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem primazia sobre o ordenamento jurídico interno (ALEGRE, Hernan Monte. *apud* PIOVESAN, 2011).

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. (...) Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anterior, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformando em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar. Daí também a razão por que a Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: ‘É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado (ACCIOLY, Hildebrando. 2011, p. 6 ).

Com um entendimento ainda tímido Canotilho, afirma que as normas *ius cogens* do direito internacional podem ter um posicionamento hierárquico paritário ou mesmo superior da Constituição.<sup>4</sup> Nesse sentido, a tese pela supraconstitucionalidade dos tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos confere a possibilidade de hierarquia em grau de superioridade às Constituições, devido aos avanços de inúmeros instrumentos internacionais sobre direitos fundamentais e pelo processo de integração e globalização, na aspiração de um axioma jurídico comum e universal.

---

<sup>4</sup> Ver. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 901 *apud* PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 112. No mesmo sentido, observa Antônio de Araújo, *Relações entre o direito internacional e o direito interno: limitações dos efeitos do juízo de constitucionalidade*, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, p.13 – “ Quanto ao direito internacional convencional (certamente a faceta mais melindrosa desta controvérsia), a solução deve atender ao conteúdo das normas em apreço. Por outras palavras, determinadas normas (e, em particular as que se relacionam com matérias de *ius cogens*) poderão ter um posicionamento paritário (ou mesmo superior) ao da Constituição, enquanto outras poderão situar-se na mesma escala das normas legais, esta parece ser a solução mais adequada em face da crescente proliferação de instrumentos internacionais (de direito convencional) sobre Direitos do Homem e do fenómeno da integração comunitária”.

Nessa concepção, para garantia e efetivação dos direitos humanos – mínimo ético comum - não só as normas *ius cogens*, mas qualquer tratado internacional de proteção dos direitos humanos, qualquer direito do ser humano enunciado em tratados, teriam hierarquia superior às normas constitucionais.

Com não menos prestígio, a antropologia do direito problematiza os direitos humanos universais como um movimento de recolonização empreendida pelo Ocidente em relação aos povos que não compartilham dos seus ideais universalistas, por outro lado, em contrapartida, visualiza que essa categoria de direitos vem sendo apropriada pelas minorias como meio de internacionalizar suas causas, favorecendo o reconhecimento de suas reivindicações de novos direitos.

Ou seja, a antropologia do direito considera o uso de instrumentos internacionais como uma ferramenta de proteção das minorias culturais, étnica, raciais, sociais ou de gênero – participando de uma comunidade política que assegure direitos de cidadania, para todo ser humano. Ainda, considerando a igualdade como um construto efetivado no interior das instituições políticas, então, a relação baseada em direitos iguais, entre Estado e minorais, torna-se fundamental para estabelecimento de direitos coletivos ou grupais que assegurem de fato a plena cidadania (DE SOUSA, 2001).

O fato de as minorais socioculturais se valerem da categoria direitos humanos como meio de luta por seus direitos, impossibilita uma leitura simplista, que tenda a ver os direitos humanos como mais um instrumento de dominação e opressão do Ocidente sobre grupos subordinados, pois apesar de a categoria direitos humanos serem vista com uma forma de imperialismo do Ocidente, existem minorais tanto no Ocidente quanto em países não-ocidentais que utilizam a categoria dos direitos humanos como forma de proteção e luta por direitos (SOUZA, 2001. p 63).

Diante disso, verifica-se a construção da supraconstitucionalidade como uma categoria jurídica presente do debate internacional sobre a universalização dos direitos humanos, diante do caráter obrigatório de imperativos internacionais, especialmente de tratados internacionais de direitos humanos. Tal construção teórica destaca a possibilidade paridade ou hierarquia superior às Constituições rígidas, justamente como uma evolução do direito na observância compulsória de valores universalmente aceitos.



#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se, nesse ensaio provocar o debate acerca do processo de alteração dos paradigmas jurídicos fundantes do Estado de Direito, em especial sob a perspectiva de alteração da estrutura constitucional que impõe o modelo de Estado de Direito Supranacional desenhado pelas cartas internacionais de direito – cuja aceção provoca um desgaste dos conceitos restritos, lógicos, formais, e de soberania estatal, no contexto do Estado nacional.

Tal assertiva se deduz pelo movimento de integração e globalização, tendo como resultado uma nova compreensão da soberania estatal, resignificando os paradigmas do Estado nacional, que implica diretamente na concepção do Estado de Direito, que pode ser traduzida na compreensão do Estado de Direito Supranacional, que a seu turno influencia a condição de existência e validade do Direito.

A cidadania toma enfoque sobre a perspectiva da universalização de direitos, na busca da proteção de um conjunto de direitos inerentes da condição humana, sob o alicerce de valores éticos comuns, ideais universalmente aceitos. Na premissa de que acordos internacionais de direitos humanos criam obrigações e responsabilidades para os Estados, valorando os princípios básicos para uma vida digna, e que a violação desses direitos engaja responsabilidade internacional do Estado, independentemente da nação da vítima e do direito violado.

Pois, que a universalização dos direitos humanos serve para fundamentar a cidadania universal, e que instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos desempenham o papel de promover, desenvolver, o respeito em todos os territórios do mundo, com o fim de efetivar os direitos humanos. Com isso, a importância da proteção internacional dos direitos humanos define o contexto pós-moderno, que busca garantias e meios para sua real efetivação – a norma *ius cogens*, na obrigatoriedade do Estado em sua observância – que implica diretamente na compreensão dos *status* normativos de tais dispositivos.

Portanto, a apresentação das figuras da supranacionalidade e da supraconstitucionalidade como resultados de um processo de integração e globalização, que serve de garantia, proteção e efetivação dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, sob o marco da dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível, já que inova ao atribuir a qualquer ser humano o *status* de sujeito de direito internacional, mitigando o conceito de soberania absoluta do Estado e da cidadania em sua perspectiva tradicional e liberal.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLLY, Hildebrando, et. al. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE SOUSA, Rosinaldo Silva. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: **Antropologia e direitos humanos** – prêmio associação brasileira de antropologia Fundação Ford. Org. KANT DE LIMA, Roberto e NOVAES, Regina Reyes. Niterói. Eduff, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: **Constitucionalismo(s)**. Org. CARBONELL, Miguel. Madrid, 2003.

LAFER, Celso. **O impacto de um mundo em transformação do direito internacional: política externa**, v.7. São Paulo: USP, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso complementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Maurício Andreiulo. **Poder constituinte supranacional: esse novo personagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.