XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho, Fabrício Veiga Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-975-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇTEXTO DE APRESENTAÇÃO

GT- DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

No dia 19 de setembro de 2024, os professores Fabricio Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG), Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho (Universidade Federal de Goiás) coordenaram o GT- DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, no XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU.

O GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II foi criado para debater, dentre tantos temas pertinentes ao Estado Democrático de Direito, os desafios enfrentados pelas sociedades plurais, marcadas pela diversidade e desigualdades sociais, em efetivar os direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

A desinformação divulgada eletronicamente por meio das fake News; o papel do poder Judiciário na proteção dos direitos humanos; os desafios jurídicos da governança corporativa na efetividade dos direitos humanos; a tutela processual da privacidade no âmbito da jurisprudência brasileira; o combate ao discurso de ódio e ao extremismo frente à indispensabilidade de políticas públicas voltadas aos chamados “cidadãos difíceis”; os desafios quanto à aplicabilidade e efetividade da lei geral de proteção de dados; estudos e debates de gênero no sistema educacional brasileiro; o direito fundamental à saúde mental das mães atípicas; a violação do direito fundamental à intimidade de crianças e adolescentes pelas práticas do sharenting por pais e responsáveis nas redes sociais; o direito fundamental à saúde na perspectiva comparativa do Brasil, Argentina e Uruguai foram os temas apresentados e discutidos no primeiro tempo do referido grupo de trabalho.

Em seguida, no segundo bloco de apresentações foram debatidos os seguintes temas: necessidade de regulamentação das plataformas digitais como forma de garantir a segurança na era digital; a jornada do órfão no Brasil e o informativo 806 STJ; a importância do ensino do direito tributário na formação da cidadã fiscal no Brasil; as normas promocionais e o

marketing social para combater e conscientizar discriminações proibidas em face dos direitos fundamentais; a importância do acesso à justiça na efetivação do direito fundamental à saúde; o crédito presumido de imposto de renda nas sociedades empresárias multinacionais; lawfare frente ao princípio do devido processo legal; o direito fundamental à educação da pessoa com deficiência no contexto da ADI 7028; inteligência artificial, racismo algoritmo e proteção jusfilosófica dos direitos fundamentais.

Os temas apresentados contribuíram diretamente para o despertar a curiosidade epistemológica, a necessidade de luta incessante pelos direitos fundamentais, numa sociedade desigual, excludente e preconceituosa, cujo texto da Constituição brasileira vigente privilegia o cidadania e a dignidade da pessoa humana, vistas como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Fabrício Veiga Costa

Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna –MG-. Doutorado e mestrado em Direito. Pós-doutorado em Educação, Psicologia e Direito. Especializações em Direito Processual, Direito de Família e Direito Educacional.

Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho

Universidade Federal de Goiás

CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E DIREITO INTERNO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CONFLICT BETWEEN INTERNATIONAL TREATIES AND DOMESTIC LAW: THE JUDICIARY´S ROLE IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Eid Badr [1]
Sâmara Christina Souza Nogueira [2]
Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda [3]

Resumo

O objetivo dessa pesquisa foi o de analisar as antinomias jurídicas entre os tratados internacionais, tanto os comuns quanto os de direitos humanos, e as normas do ordenamento pátrio, correlacionando com o papel do Poder Judiciário brasileiro em dar concretude a esses direitos. A metodologia aplicada foi o método dedutivo; quanto aos meios de pesquisa, utilizou-se o bibliográfico, com uso da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o assunto; no tocante aos fins, a pesquisa compreende-se como qualitativa. Conclui-se que, a despeito da discussão acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento interno, há de se usar uma hermenêutica filosófica própria para esse universo normativo, que viabilize a desnecessidade de uma solução meramente hierarquizante, sendo urgente a substituição e superação de critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas pelos magistrados brasileiros, através do diálogo das fontes.

Palavras-chave: Antinomia jurídica, Diálogo das fontes, Recomendação cnj n. 123/2022, Tratados internacionais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this research was to analyze the legal antinomies between The objective of this research was to analyze the legal antinomies between international treaties, both common and human rights, and the norms of the national order, correlating with the role of the Brazilian Judiciary in giving concreteness to these rights. The applied methodology was the deductive method; as for the means of research, the bibliographic was used, with use of the doctrine, legislation and jurisprudence on the subject; with regard to the purposes, the research is understood as qualitative. It is concluded that, despite the discussion about the

[1] Pós-Doutor em Direito pela URI-RS.Doutor em Direito pela PUC-SP. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

[2] Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Juíza do Trabalho, titular da Vara do Trabalho de Coari-AM, do TRT da 11ª. Região.

[3] Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro/RJ.

hierarchical position of international treaties in the internal order, a philosophical hermeneutic specific to the this normative universe must be used, making possible to avoid the need for a merely hierarchical solution, with the urgent need to replace and overcome classic solutions for legal antinomies by Brazilian magistrates, through the dialogue of sources.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal antinomy, Dialogue of sources, Recommendation cnj n. 123/2022, International treaties

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como cerne demonstrar as diferentes correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais, sejam eles comuns ou relacionados aos direitos humanos, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, visa investigar como essa solução hierarquizante influencia a atividade hermenêutica dos operadores do direito, com especial atenção ao papel do Poder Judiciário na interpretação do direito aplicável a caso concretos, na resolução de conflitos.

A coerência interna das normas no ordenamento jurídico é crucial para conferir eficácia e segurança ao Direito. Este estudo busca analisar a interpretação e aplicação das normas de direito internacional público no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando conceitos clássicos de hermenêutica, como os de Norberto Bobbio, e abordagens mais contemporâneas, como a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, conclui-se pela desnecessidade de uma solução hierarquizante.

Espera-se, ao final, aclarar o teor da Recomendação n.123/2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e fornecer elementos para que juízes e outros operadores do direito utilizem com segurança os conteúdos dos tratados internacionais, comuns ou de direitos humanos, bem como a jurisprudência dos sistemas globais e regionais de proteção desses direitos.

O problema de pesquisa pode ser sintetizado nos seguintes questionamentos: diante dos conflitos entre tratados internacionais (tradicionais ou de direitos humanos) e o direito interno, como se pode alcançar a resolução justa? Quais mecanismos exegéticos, clássicos ou diferenciados, estão disponíveis para resolver essa colisão? Há a necessidade de utilizar critérios hierárquicos rígidos para escolha da norma jurídica a ser aplicada?

As questões propostas são o motor de investigação deste trabalho. A justificativa da pesquisa decorre da atualidade do tema, impactado pela crescente internacionalização dos direitos, especialmente de direitos humanos, particularmente após e edição da Recomendação n. 123 do CNJ, que atribuiu aos juízes o dever de realizar o controle de convencionalidade. A metodologia aplicada foi o método dedutivo; quanto aos meios de pesquisa, utilizou-se o bibliográfico, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o assunto; no tocante aos fins, a pesquisa compreende-se como qualitativa.

1. A HERMENEUTICA JURIDICA TRADICIONAL E A SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

O ordenamento jurídico pressupõe uma integralização lógica de todas as normas que o compõem, visando conferir maior eficácia e segurança ao Direito. Essa integração objetiva fundamentar e legitimar os processos de aplicação e interpretação do Direito.

Na mesma senda, Hans Kelsen, em "Teoria Pura do Direito", munido de pureza metódica, reduz a ciência jurídica à pura norma, excluindo aspectos valorativos e restringindo-se ao mundo lógico da norma. Kelsen (1991) propôs a aplicação hierarquizada da norma: o ordenamento jurídico seria representado estrutura escalonada de normas, tendo como base a Norma Fundamental (a Constituição), que constitui o fundamento de validade de todo o sistema normativo.

A Constituição, portanto, não é uma norma como as outras: é a Norma Fundamental, mais perene, firme e sagrada que as demais. Consoante Ferdinand Lassalle, a Constituição representa a lei fundamental de um Estado, como resultado da soma dos fatores reais de poder que regem um país, afirmando que (2007, p. 7-8):

> O país, por exemplo, não protesta pelo fato de constantemente serem aprovadas novas leis; pelo contrário, todos nós sabemos que se torna necessário que todos os anos seja criado maior ou menor número de leis. [...] Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: "Deixem a Constituição!"

No mesmo sentido, Badr e Ferreira (2022, p. 274) afirmam: "A Constituição, então, é a lei fundamental de um Estado, cuja principal função é o papel da atestar o nascimento de um Estado no seio da comunidade internacional".

O sistema jurídico, na visão positivista clássica, é uma completude que tem o condão de pacificar os litígios humanos, devendo solucionar qualquer incompatibilidade. Bobbio (1995, p. 81) ensina que "a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia*".

Sendo as antinomias indesejáveis, pois impedem a realização da justiça, é necessário recorrer a técnicas de interpretação do ordenamento com o fito de solucioná-las. A hermenêutica surge como a área da filosofia que estuda a teoria da interpretação, utilizada em vários segmentos de estudos.

A hermenêutica jurídica desenvolve os métodos e princípios da atividade de interpretação, proporcionando bases racionais, equilibradas e seguras para a interpretação dos enunciados normativos. Maximiliano (2011, p.13) assevera: "A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito".

A hermenêutica jurídica tradicional, emergida no século XIX, tem como foco principal a busca do entendimento da intenção do legislador estatal, por ser fonte por excelência da norma. O positivismo jurídico clássico atribuía ao juiz a mera tarefa declarativa do Direito,

afastando qualquer possibilidade criativa desse agente estatal. O juiz, ao decidir, recorre ao que se supõe que o legislador quis ou, pelo menos, deveria ter querido (MAXIMILIANO, 2011).

As normas são analisadas, em geral, pelo sistema binário que implica o reconhecimento da validade de uma e exclusão da outra, ou mesmo exclusão das duas. Segundo Bobbio (1995, p.81): "o Direito não tolera antinomias". E para extirpar as situações de incoerência solúveis (antinomias aparentes), Bobbio propõe três critérios tradicionais de solução: o *cronológico*, ou seja, o decorrente do contexto temporal; o *hierárquico*, vinculado à concepção do sistema escalonado de normas de Kelsen; e por derradeiro o de *especialidade*, onde prevalecerá a norma mais específica. Classicamente, portanto, diante da presença de duas normas conflitantes, o aplicador do direito deverá se valer dos critérios susomencionados.

Quadra aqui, ante os critérios expostos, uma breve ressalva: não é o caso de pormenorizá-los, mas há que se entender que a complexidade atual da sociedade impõe a utilização de novas interpretações sobre o cotidiano, abandonando-se as posições tão seguras do passado. Isso porque os avanços não param, e nem podem parar. Hodiernamente, interpretar uma norma não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, de maneira abstrata; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, concretizando efetivamente os direitos nela previstos. Essa visão é explicitada por Maximiliano (2011, p. 24):

> Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, com parar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventilam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado.

No mesmo sentido, Badr e Ferreira (2022, p. 282):

> Observa-se, contudo, que a Constituição brasileira não pode ficar à mercê de concepções ultrapassadas, que clamam por uma soberania absoluta, em meio às revoluções e às inovações, ocasionadas pelos processos de globalização e mundialização, pois na medida em que continuar com conceito ultrapassado, há a possibilidade de se subjugar aos interesses de potências que podem aproveitar da sua fragilidade.

Em Direitos Humanos, por exemplo, os critérios clássicos de interpretação, como ainda analisar-se-á detidamente *a posteriori*, podem ser desconsiderados na hipótese de conflito entre normas a fim de que se aplique a mais favorável. Assim, a norma que otimizar de melhor forma o exercício de determinado direito, deverá prevalecer. Desta feita, optar-se-á pela norma mais favorável dentro do conjunto de normas relativos à determinada matéria ou instituto, não desvirtuando a completude do sistema. Teoria essa já amplamente utilizada no ordenamento pátrio, no que tange ao Direito do Trabalho.

Há, portanto, no direito contemporâneo, uma crise do paradigma hierárquico-normativista, qual seja, uma deficiência teórico-interpretativa do imaginário jurídico até então dominante, fundamentado em um mero recurso retórico de realismo e repleto de verdades absolutas. A partir da necessidade de se superar a lógica do discurso positivista na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, aponta-se um novo paradigma, o da filosofia da consciência, cujas bases estão em pensadores como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que abordam a interpretação do Direito através da Hermenêutica filosófica.

Gadamer (1997) deu continuidade ao pensamento hermenêutico de Heidegger, que demonstrou que a interpretação do mundo não é possível sem um pré-entendimento. A hermenêutica filosófica não se restringe a uma simples interpretação de textos, mas decifra a própria existência humana, caracterizada nos termos de um círculo hermenêutico: nem todo o texto e nem qualquer parte individual deste mesmo texto podem ser compreendidos sem referência um ao outro e é, portanto, um círculo. Esse caráter circular de interpretação enfatiza que o significado de um texto deve ser encontrado dentro de seu contexto cultural, literário e histórico. Gadamer esclarece (1997, p. 567):

> Assim como na conversação, a interpretação é um círculo fechado na dialética de pergunta e resposta. E uma verdadeira relação vital histórica, que se realiza no médium da linguagem e que também, no caso da interpretação de textos, podemos denominar "conversação".

Gadamer (1997, p. 489) destaca que a interpretação jurídica vai além de uma análise fragmentada, sendo essencialmente um processo de aplicação e concretização dentro do contexto hermenêutico. O juiz, como agente desta interpretação, está sujeito à lei, sendo responsável por uma ponderação justa do caso em questão, o que contribui para a segurança jurídica em um estado de direito. Além disso, a compreensão filosófica da hermenêutica é crucial para analisar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos à luz da Constituição Federal brasileira.

Ferreira e Limberger (2015, p. 83) destacam a necessidade de uma nova abordagem hermenêutica, especialmente no contexto jurídico brasileiro, onde há um déficit teórico-interpretativo. As críticas se concentram no tratamento dado aos tratados e convenções de direitos humanos, notadamente após a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e as decisões do Supremo Tribunal Federal que estabeleceram a supralegalidade desses instrumentos jurídicos. No entanto, em vez de uma interpretação construtiva, o debate muitas vezes se limita a uma análise hierárquico-

normativista, ignorando a complexidade dos direitos humanos e suas implicações tanto internamente quanto internacionalmente.

Por fim, impende aclarar, por fidelidade acadêmica, que a hermenêutica jurídica contemporânea, sedimentada nas ideias do filósofo alemão Gadamer, valeu-se da interpretação fenomenológica da obra de Santo Agostinho, vez que há "similitude entre as teses dos estóicos de Santo Agostinho e Martin Heidegger" (BADR; HEBRON, 2024), sendo este último, como visto, professor e mestre de Gadamer. A interpretação, na obra agostiniana, embora buscasse a sistematicidade do pensamento teológico e bíblico, demonstra a ideia de integração e seu caráter universal, qual seja, a busca de compreensão, uma tentativa de buscar o significado de todas as expressões, estejam elas (texto e contexto) nas Sagradas Escrituras ou nos dispositivos jurídicos. Deste modo, a relevância da obra de Santo Agostinho se faz presente na hermenêutica contemporânea, auxiliando na interpretação da norma jurídica. Essa a lição que se depreende de Badr e Hebron (2024, p. 57):

> A universalidade hermenêutica proposta por Gadamer, ou seja, uma hermenêutica de aplicação universal, obtida por meio da universalidade da linguagem, passa pela obra de Santo Agostinho, como aquele que não esqueceu (mas até utilizou) as teses dos estoicos no que refere à Palavra.

Assim, balizando-se nessas lições preliminares de hermenêutica jurídica, passa-se a tratar especificamente acerca da hierarquia entre os tratados internacionais e o direito pátrio.

2. INSTRUMENTOS EXEGÉTICOS DIFERENCIADOS: O DIÁLOGO DAS FONTES E A NEGATIVA DE UMA SOLUÇÃO HIERARQUIZANTE

A Constituição é a lei fundamental de um Estado. Estado e Constituição foram conceitos que sempre estiveram ligados na história, em constante processo de evolução. No entendimento de Badr e Ferreira (2022, p.274):

> A definição de Estado vem evoluindo desde a antiguidade, a partir da *Polis* grega e das *Civitas* romanas, mas só assumiu uma significação mais moderna na Idade Média, sendo utilizada pela primeira vez, sob a palavra *Stato*, na Itália, por Nicolau Maquiavel. Não há, todavia, um conceito universalmente aceito, sendo que as definições surgem e refletem o ponto de vista de cada doutrina, assim como são inúmeras as teorias que tentam explicar a origem do Estado e diversas as classificações, de acordo com a origem e ideologias.

É válido afirmar que a definição de soberania do Estado vem sofrendo mutações no decorrer do tempo, e no século XX tal conceito entrou em crise, vez que o Estado Moderno deixa de exercer "o papel de centro único e autônomo de poder" (BADR, 2011, p.32). A soberania, a despeito de ainda continuar como elemento essencial do Estado, passa a encontrar limitações, notadamente no plano internacional, não só pelos imperativos da coexistência de

Estados soberanos, mas também pela existência de princípios universais, como o caso da dignidade da pessoa humana. Badr (2011, p.39) leciona que o Estado democrático teve seu apogeu com as explosões de liberdades que ocorreram na Revolução Francesa, mas a realidade mundial atual revela uma nítida erosão dos principais elementos clássicos do Estado, mormente no que tange sua seiva essencial, isto é, seu poder soberano. Sobre o tema, importante lição de Badr e Ferreira (2022, p. 277):

> Dessa forma, percebe-se que a soberania do Estado foi diluída num conjunto de redes de fluxos econômicos, de redes de comunicação, de intercâmbio de experiências culturais e de influências políticas mútuas. Em consequência, o poder do Estado passou a ser dividido com outras instituições de caráter não nacionais e nem territoriais e alicerçadas em pressupostos globais.
> Assim, a concepção de soberania sujeita a reformulações, e não mais como um dogma política intocável, tende a consolidar e aperfeiçoar os caminhos da integração econômica.

No mesmo sentido, Ferreira e Limberger (2015, p.83-84):

> A presença enraizada de uma matriz liberal e individualista enraizada desde o século XVI, de maneira geral, constituiu-se um empecilho velado para o afloramento de um Direito de caráter mais publicístico, democrático, programático e dirigente como o Direito Constitucional, particularmente, em sua interface internacional, no mais das vezes, bloqueada por discursos ideológicos de soberania e centralidade estatal, como um paliativo ao dever hermenêutico com os direitos humanos.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante da constatação da fragilidade dos Estados nacionais de protegerem seus próprios cidadãos sob o manto de sua ordem jurídica interna, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento elaborado pela Organização das Nações Unidas - ONU em resposta a todas as atrocidades cometidas durante o período de guerra. A partir de então, um movimento praticamente hegemônico de âmbito internacional suscitou uma grande produção de documentos voltados à proteção da pessoa humana. Solidificam-se, assim, os direitos humanos, que transcendem os limites físicos do Estado, e nasce um sistema jurídico internacional, integrado e consensual, para a proteção desses direitos.

Diante da complexidade das múltiplas relações estabelecidas entre Estados, a ordem internacional e a nacional têm se integrado de tal forma que, como visto no capítulo anterior, houve a necessidade de uma hermenêutica jurídica contemporânea, tomando por vetor de investigação a ideia de diálogos de Gadamer, que comporta, além da questão linguístico-textual, as dimensões existenciais.

A adequada coordenação na interpretação e aplicação destas fontes de origens diversas (nacional e internacional), e a busca pela coerência do ordenamento jurídico foi objeto de estudo do jurista alemão Erik Jayme, professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg, e um dos maiores juristas de nossa

época, reconhecido mundialmente. Segundo Mazzuolli (2008, p. 145), a doutrina mais recente sobre o tema, denominada de "diálogo das fontes", teve início, no Brasil, com lições de Cláudia Lima Marques, baseadas nos estudos de Erik Jayme, sendo essa técnica já utilizada, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2006, acerca da constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC às operações bancárias.

Diante da nova fase do contexto atual, que demanda uma abordagem renovada do direito e da hermenêutica jurídica, e considerando inequívoco o pluralismo de fontes legislativas que regem o cenário, juntamente com a diversidade de sujeitos a serem protegidos, muitos dos quais em situação de vulnerabilidade, surge a necessidade de compreender como ocorre o diálogo entre as fontes nacionais e internacionais. Para concretizar esse avanço, torna-se inevitável a transformação do Estado no constitucionalismo contemporâneo, mediante a opção de relativização da soberania em prol dos direitos humanos. Ferreira e Limberg (2015, p.112) sintetizam esse desafio:

> A internacionalização do Direito deverá encontrar nas Constituições – e o Brasil não foge a regra -, a face normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático, como fundamento para a atenuação da singularidade estatal favorecedora do pluralismo jurídico e da autonomização do Direito, aberto a universalidade e transcendência dos direitos humanos em todas as dimensões constitutivas da sociedade. Trata-se, portanto, de um **compromisso hermenêutico orientado para a reflexão produtivo-emancipatória sobre novas racionalidades políticas, jurídicas e filosóficas**, do que propriamente, a busca por mais um 'fundamento último' de cunho sistemático-procedimental. (grifado)

Nessa seara, objetivando elucidar ainda mais a antinomia entre tratado internacional e o direito interno, apresentam-se dois desafios: o primeiro se refere à hierarquia, na ordem interna, com que é recepcionado um tratado internacional, em especial o de direitos humanos; e segundo, qual o critério a ser utilizado para resolver essa antinomia, dando enfoque a desnecessidade de uma solução hierarquizante.

2.1 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM INTERNA

A definição da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro centraliza as discussões doutrinárias e jurisprudenciais há tempos. A questão tem extrema relevância, na medida em que o nível hierárquico dos tratados é o que, para alguns doutrinadores, vai determinar qual norma deve prevalecer na hipótese de conflito entre tratado e lei ordinária ou entre tratado e a Constituição Federal.

Prima facie, destaca-se que a finalidade dos tratados de direitos humanos é diametralmente oposta a dos tratados comuns, uma vez que não tem por objeto a salvaguarda

dos direitos dos Estados, em suas relações recíprocas, mas proteção dos direitos humanos, os quais decorrem da própria natureza humana, existentes independentemente do Estado, extrapolando, assim, os limites físicos sobre os quais se assenta a soberania estatal (Mazzuoli, 2008, p.28). Assim, diferentemente de outros tipos de direitos, os direitos humanos possuem particularidades, sendo irrenunciáveis, inalienáveis, inexauríveis, imprescritíveis e são vedados ao retrocesso (efeito *cliquet*).

A distinção mencionada é crucial para compreender que, no que diz respeito aos tratados comuns, a despeito da Constituição brasileira de 1988 não fazer menção explícita à sua posição hierárquica, existe um entendimento de que possuem *status* infraconstitucional. Esse entendimento se fundamenta no artigo 102, inciso III, alínea "b" da Constituição Federal, que confere competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar, por meio de recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal" (Brasil, 1988).

É corriqueiro que a hierarquia dos tratados comuns não seja minuciosamente examinada pelos doutrinadores, que tendem a se concentrar apenas os tratados que têm como objeto específico a proteção de direitos humanos. Piovesan (2024, p.15), por exemplo, esclarece essa abordagem logo nas primeiras linhas de sua obra:

> [...] este trabalho não se atem ao estudo da relação entre a Constituição e os tratados internacionais em geral, mas sim os estudo da relação entre a Constituição e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Entretanto, ainda que indene de dúvidas que os tratados internacionais (comuns) são incorporados no ordenamento brasileiro como norma infraconstitucional, havendo, inclusive, parca doutrina sobre o tema, há duas nuances distintas defendida pelos doutrinadores quanto à hierarquia desses tratados: ou seriam equiparados à lei ordinária, ou teriam *status* supralegal.

Para a primeira vertente, os tratados comuns possuem status de uma lei ordinária e se situam no nível intermediário, ao lado dos atos normativos primários. No caso de antinomia entre um tratado comum e uma lei infraconstitucional, levando em consideração que ambos estão no mesmo nível hierárquico, adotar-se-ia a regra geral da lei posterior derroga a anterior, prevista no artigo 2º., § 1º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB de 1942.

Este sistema paritário é amplamente defendido pela doutrina, vez que se baseia na interpretação do artigo 102, III, "b" da Constituição brasileira, além de vigorar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que equiparou, desde 1977 até 2008, todos os tratados

internacionais às leis ordinárias (inclusive os de direitos humanos). No Recurso Extraordinário número 80.004 de 1977, o STF veio a consolidar, por unanimidade, a paridade entre os tratados internacionais (de qualquer natureza, repisa-se) e as leis federais. Este caso versava sobre tema comercial e o STF entendeu pela primazia de um Decreto-lei sobre uma Convenção.

Impende salientar que, em 2008, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, alterou sua linha de interpretação, passando a adotar a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais, mas somente no tocante aos de direitos humanos, não havendo qualquer mudança na equiparação dos tratados comuns à lei ordinária.

Já a segunda vertente, atribuindo aos tratados tradicionais *status* infraconstitucional, mas supralegal, tem como um de seus defensores o doutrinador Mazzuoli (2008), que aponta, como exemplo, o artigo 98 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que os tratados e as convenções internacionais "revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha" (Brasil,1966). A disposição, que versa sobre matéria tributária, portanto, tratado comum, deixa claro que há superioridade hierárquica dos tratados sobre a legislação doméstica tributária. Nas palavras de Mazzuoli (2008, p.217):

> A disposição versa sobre tratados de matéria tributária, que são tratados comuns, salvo o evidente caso de o instrumento internacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

Com base nessa segunda posição, é relevante salientar que, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou a tese anteriormente adotada, que defendia o primado dos Tratados Internacionais (sejam eles comuns ou de direitos humanos) sobre o Direito interno. Nesse julgamento, o STF parece ter deixado de levar em consideração que os tratados internacionais possuem um mecanismo específico de revogação (a denúncia) e ignorou as consequências do descumprimento interno de um compromisso assumido externamente, que acarreta a responsabilidade internacional do Estado.

Seguindo essa linha de raciocínio, Mazzuoli (2008) destaca o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que estabelece que o Estado "não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado" (BRASIL, 2009). A Convenção de Viena é um marco importante no Direito dos Tratados, servindo de base para regulamentos pré-negociais e procedimentos de formulação de tratados, como exemplificado pela norma contida em seu artigo 26 (BRASIL, 2009): "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". O Brasil reconheceu essa convenção apenas em 2009, com reservas apenas nos artigos 25 e 66.

A linha de pensamento de Piovesan (2024, p. 60) defende que os tratados internacionais possuem hierarquia infraconstitucional, porém supralegal. Este posicionamento está em consonância com o princípio da boa-fé do direito internacional (pacta sunt servanda) e reflete o art. 27 da Convenção de Viena, o qual estipula que o Estado não pode usar disposições do seu direito interno como justificativa para não cumprir um tratado.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, a discussão sobre sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro é ainda mais ampla, apesar da previsão expressa no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Uma interpretação literal deste dispositivo não resolve a questão hierárquica dos tratados no direito pátrio, pois apenas sugere que tais tratados sejam equivalentes a emendas constitucionais, sem abordar outros casos. Definir o grau hierárquico destes tratados é essencial, conforme Gussoli (2019, p.714-715).:

Com base nas lições preliminares de hermenêutica jurídica e interpretação sistemática do direito, é possível analisar o dispositivo em questão, como explicado por Fredes (2022, p.344). Existem quatro correntes interpretativas do art. 5º, §§1º, 2º e 3º da Constituição sobre a posição ocupada pelos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro, conforme Gussoli (2019).

A primeira corrente equipara os tratados de direitos humanos a leis ordinárias, fundamentando-se no julgamento histórico do Recurso Extraordinário 80.004-SE, em 01/06/1977. Atualmente, essa posição quase não encontra defensores, especialmente após a decisão paradigmática do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343, que afirmou o *status* supralegal desses tratados, como expresso em sua ementa (STF, 2009):

> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Na época, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel, foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, para que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, tratado internacional de direitos humanos. Com essa mudança jurisprudencial, consolida-se a segunda vertente: os tratados de direitos humanos possuem, no mínimo, *status* supralegal, mas ainda assim, abaixo da Constituição Federal.

É importante destacar que esse posicionamento, consolidado inclusive, na Súmula Vinculante n. 25 da Suprema Corte, trata especificamente dos tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF, já que, por óbvio, os aprovados com o quórum qualificado teriam *status* constitucional.

A segunda corrente estabelece que os tratados de direitos humanos possuem, no mínimo, *status* supralegal, mas ainda abaixo da Constituição Federal. Esta posição foi consolidada pela Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal.

A terceira corrente defende que os tratados de direitos humanos, inclusive os aprovados pelo quórum qualificado, possuem status constitucional, conforme Gussoli (2019, p. 723). Esta corrente conta com maior adesão doutrinária e parte da leitura do art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Finalmente, a quarta corrente argumenta que os tratados de direitos humanos são supraconstitucionais, prevalecendo sobre qualquer norma interna, inclusive aquelas radicadas na Constituição.

Na época, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel, foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, para que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, tratado internacional de direitos humanos. Com essa mudança jurisprudencial, consolida-se a segunda vertente: os tratados de direitos humanos possuem, no mínimo, *status* supralegal, mas ainda assim, abaixo da Constituição Federal.

É importante destacar que esse posicionamento, consolidado inclusive, na Súmula Vinculante n. 25 da Suprema Corte, trata especificamente dos tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF, já que, por óbvio, os aprovados com o quórum qualificado teriam *status* constitucional.

Esse *status* constitucional é a terceira corrente a ser abordada. Nesse caso, não se limitaria aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado, mas a todos os demais. Segundo Gussoli (2019, p. 723): “A corrente defensora da hierarquia *constitucional* dos tratados é a que conta com maior adesão doutrinária. Ela parte da leitura do art. 5º, §2º da Constituição, norma originária e, portanto, anterior às alterações da EC n. 45/2004.”

Mazzuolli (2008), com clareza, elucida a questão: tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado seriam normas formalmente constitucionais, servindo inclusive como paradigma de controle concentrado de constitucionalidade da produção normativa doméstica. Entretanto, os demais tratados de direitos humanos, a despeito de não

serem formalmente constitucionais, o seriam pelo critério material (art. 5º, § 2º da Constituição Federal), servindo de paradigma para o controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade. Sintetiza Mazzuoli (2008, p.214):

> Em suma, todos os tratados que formam o *corpus iuris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado são paradigma do controle concentrado, cabendo ADIn ao Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; b) tratados de direitos humanos que têm apenas "*status* de norma constitucional" (não sendo "*equivalentes* às emendas constitucionais", posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade.

Por fim, há parte da doutrina que defende o *status* supraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Gussoli aponta que "embora seja majoritária na jurisprudência das Cortes internacionais, conta com poucos adeptos na doutrina brasileira" (2019, p. 728).

Entre nós, Celso de Albuquerque Mello (2001) e George Rodrigo Bandeira Galindo (2005) são exemplares defensores da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, as quais não teriam, para eles, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros palavras, sequer a emenda constitucional teria o condão de eliminar o tratado internacional em tema de direitos humanos.

Para Mello (2001), é necessário atentar ao significado do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, *in verbis:* "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, afirma que este dispositivo constitucional não apenas empresta hierarquia constitucional, mas estabelece que a norma internacional deve prevalecer sobre a norma constitucional.

Ampliando a visão de Mello, Galindo (2005) explica que normas previstas em tratados de direitos humanos classificadas como *jus cogens* têm sempre hierarquia supraconstitucional, o que nunca foi necessariamente um problema para a soberania estatal. Para fundamentar seu entendimento, explana Galindo (2005, p.124):

> Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatura supraconstitucional. Como se sabe, nem todos os direitos humanos podem ser considerados como tendo a natureza *jus cogens*. No entanto, se se estiver diante de um direito humano assim considerado pelo Direito Internacional, teria ele uma força normativa que nem mesmo a Constituição poderia contrariar.

Impende salientar que a supraconstitucionalidade pode ser inferida facilmente pela análise da posição atual do STF em relação aos tratados internacionais. Isso se dá porque, embora fundamente o Recurso Extraordinário 466.343 apontando a tese da supralegalidade ou da equiparação às normas constitucionais, na prática, percebe-se um completo afastamento do dispositivo constitucional ante o tratado internacional de direitos humanos. Sobre o tema, Gussoli alerta (2019, p.732-733):

> Aliás, é curioso notar que o Supremo Tribunal Federal, ao passo que se posicionou por maioria pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, ao editar a Súmula Vinculante n. 25 terminou por esvaziar o conteúdo de uma norma constitucional que permite ao menos uma modalidade de prisão por dívidas. Na prática, a par da construção da tese da "eficácia paralisante" dos tratados, pode se dizer que **houve um reconhecimento (ainda que não manifesto) do status supraconstitucional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, na medida em que houve um bloqueio indireto da norma constitucional por aplicação de tratado. Ou seja**, na prática jurisprudencial brasileira já se estabeleceu – ainda que de forma incipiente, enviesada e não expressa, é verdade – a prevalência da norma internacional sobre a norma constitucional, ainda que pela via interpretativa**. Esse fato é exemplificativo da tendência doutrinária e jurisprudencial cada vez mais frequente de admissão da existência de normas superiores àquelas previstas na Constituição. (grifado)

Na mesma toada, ensina Melo (2019, p. 34-35):

> Nesses termos, por ocasião do referido julgamento, o STF, de um lado, reconheceu a insubsistência da previsão constitucional e das normas infraconstitucionais que possibilitavama prisão civil do depositário infiel à luz do que dita a Convenção Americana de Direitos Humanos e, doutro modo, entendeu que o referido tratado internacional possui status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.
> **Ora, o raciocínio desenvolvido pela Corte Suprema –** além de ir de encontro com o que dita o §2º. do art. 5º. da Constitucional Federal (norma constitucional originária), para exaltar o que dispõe o §3º. do mesmo art. 5º. (norma constitucional derivada inserida pela EC n. 45/2004), **privilegiando aspectos formais em detrimento do conteúdo material da norma – parece padecer de uma contradição – lógica – intrínseca**. (grifado)

Por derradeiro, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais, sejam esses comuns ou de direitos humanos, percebe-se, pela análise de todas as teorias apontadas até então, uma patente omissão legislativa no Brasil para sanar as dúvidas e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Mesmo com a Reforma do Judiciário de 2004 (Emenda Constitucional nº 45), e a consequente inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º, a celeuma ainda está longe de ser sanada. Nesse sentido, Badr (2011, p.121):

> A experiência constitucional brasileira revela ser indesejável permitir que as tensões entre as necessidades impostas pela realidade concreta e a realidade normativa constitucional sejam levadas às últimas consequências, pois, sob o olhar atento do "fantasma" das forças reais de poder de Lassalle, uma coisa é certa: independente da omissão do constituinte brasileiro, o sol continuará a nascer todos os dias.

A metáfora, nesse texto, para a continuidade da vida e da sociedade, independentemente das falhas e limitações do sistema jurídico, sugere uma visão realista do

direito, que reconhece suas imperfeições, mas também sua capacidade de se adaptar e evoluir ao longo do tempo. Nesse sentido, a realidade impõe a reflexão sobre a relação entre o direito e o ambiente social, e a necessária eficácia social das normas constitucionais.

2.2 DA DESNECESSIDADE DE UMA SOLUÇÃO HIERARQUIZANTE: O DIÁLOGO DAS FONTES

Após análise da hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico nacional, destaca-se a importância dos tratados de direitos humanos, por sua natureza diferenciada. Importante lição de Mazzuoli (2008, p.27-28):

> A missão última das normas jurídicas é coordenar o complexo mundo das atividades humanas, tanto dos seres humanos entre si, quanto destes e outros bens-jurídicos não humanos, mas de interesse meta-individual ou geral, notadamente concernente ao progresso da humanidade e à estabilização da paz, como os direitos humanos *lato sensu* (onde indubitavelmente se incluem as questões ambientais, etc.) e todos os seus consectários, próximos ou remotos.

Com o crescente reconhecimento dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo, a proposta de Mazzuoli (2008) para solucionar a antinomia entre o direito internacional dos direitos humanos e a ordem jurídica nacional por meio do "diálogo das fontes" lança novas luzes sobre a importância da discussão acerca da hierarquia dessas fontes. Segundo Mazzuoli (2008), não há que se falar em prevalência de umas sobre as outras, mas de promover a dignidade da pessoa humana, tanto no plano interno quanto no internacional, visando ao progresso da humanidade e à justiça social.

A aplicação dos conceitos de hermenêutica filosófica, conforme explicado no capítulo 1, sugere que os eventuais conflitos entre normas internacionais de direitos humanos e normas internas podem ser resolvidos por intermédio do diálogo entre essas fontes de direito. A prevalência dos direitos humanos é o fundamento essencial desse diálogo, resultando da aplicação do princípio internacional *pro homine*, que exige do intérprete (e o aplicador do direito) a escolha da norma, no caso concreto, que mais proteja o ser humano sujeito de direitos.

Verifica-se também a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, que estipula que as normas de proteção (internacionais ou internas) devem assegurar *sempre mais* direitos às pessoas, não podendo retroceder na meta da máxima efetividade dos direitos humanos. Tal princípio é consagrado em diplomas internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos que veda, em seu artigo 29, a aplicação da Convenção se resultar em restrição ou limitação dos direitos (efeito *cliquet*).

A interpretação dos direitos humanos pelo diálogo das fontes, independentemente de sua natureza, afasta princípios hermenêuticos clássicos, como o da norma posterior que revoga

a anterior incompatível, ou o da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial. Em vez disso, propõe-se uma nova perspectiva de diálogo das fontes:

> Por isso, é que se afirma que existe espaço para o desenvolvimento de outras narrativas sob uma nova perspectiva de diálogo (hermenêutico) entre fontes (Constituição e tratados e convenções de direitos humanos) em detrimento do encobridor debate de cunho hierárquico-normativista. **Numa linha hermenêutica, a 'ordem' dos sistemas, desaparece na linguagem, pois não passa de uma abstração-ficcionalizante construída sob uma idolatria à neutralização científica ocultadora das ideologias de ocasião.** É preciso revolver o chão linguístico, que sustenta essa tradição inautêntica, para buscar revelar a essência das novas faces da normatividade jurídica. (FERREIRA e LIMBERG 2015, p.111) (grifado)

Por essa razão, esse novo entendimento tem chamado a atenção da doutrina, que aponta a necessidade de que o STF desenvolva um diálogo com outros tribunais, especialmente com o sistema regional de proteção de direitos humanos, ou seja, com a Corte Interamericana, promovendo, por fim, o controle de convencionalidade das leis. Gussoli (2019, p.338) conclui:

> O que se quer dizer é que mais importante do que definir a hierarquia dos tratados de direitos humanos, possivelmente seja estabelecer os métodos para um diálogo frutífero e efetivo em um contexto de pluralismo que depende inclusive de mecanismos de respeito às decisões de Cortes internacionais. Do mesmo modo, independentemente da técnica jurídica empregada (e aqui defende-se a utilidade e plena aplicabilidade do princípio *pro persona*), o importante é a aceitação do novo paradigma de cooperação entre Estados vivido, no qual os textos normativos se abrem às experiências externas e se legitimam na medida de seu comprometimento com as causas mundiais comuns.

Diante disso, os deveres dos operadores do direito, especialmente dos magistrados, evoluíram, permitindo agora a interpretação das normas considerando a unicidade do sistema jurídico, em diálogo, e rejeitando critérios clássicos de resolução de conflitos normativos, adotando uma postura mais concretizadora dos direitos humanos. Segundo Ferreira e Limberg (2015, p.86):

> De fato, essas premissas que integrariam talvez a esperança última depositada naquele que se diz guardião da interpretação constitucional, o Poder Judiciário, foram sufragadas, em mais de uma oportunidade, pela negativa de reconhecer a eficácia automática, plena e constitucional aos tratados de direitos humanos no Brasil. Ao fim e ao cabo, para o Brasil, não há direito internacional, mas, em última *ratio*, sempre e somente direito interno ou, no máximo, direito internacional 'nacionalizado', enfim, a mesma coisa, porém não a coisa mesma!

Assim, concluindo a discussão sobre o diálogo entre as fontes, passamos ao estudo da jurisprudência pátria sobre o tema.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Expostas as balizas da proteção dos direitos humanos, e enfatizando a necessidade de convivência harmônica entre normas internacionais e o ordenamento jurídico pátrio, incumbe destacar o papel do Poder Judiciário brasileiro na concretização desses direitos.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em janeiro de 2022, editou a Recomendação nº 123, pela qual recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH), bem como a prioridade na tramitação de processos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos. Como órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, a Corte-IDH funciona como um tribunal internacional de direitos humanos.

Importante frisar que o CNJ, criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília, no Distrito Federal, e atuação em todo o território nacional, tendo, entre tantas outras atribuições, a de formular e executar políticas judiciárias, programas e projetos que visem à eficiência da justiça brasileira.

Com efeito, por meio da mencionada Recomendação, os magistrados são chamados a perscrutar os *standards* internacionais de proteção de direitos humanos, além de priorizar as reparações das vítimas determinadas pela Corte Interamericanas. Fonseca (2023, p.81) afirma que:

> ao expedir a Recomendação CNJ n. 123/2022, mais do que um simples "conselho", o que o CNJ fez foi afastar qualquer dúvida sobre a necessidade de juízes brasileiros e juízas brasileiras conhecerem e aplicarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com essa recomendação, o juiz brasileiro e a juíza brasileira não podem mais duvidar de que são também juízes interamericanos.

Em síntese, o CNJ roga maior conhecimento e diligência, por parte dos magistrados, ao direito oriundo da Carta de São José da Costa Rica, vez que é compromisso de todos os tribunais pátrios dar concretude aos direitos previstos nos instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos. Isso aumentaria, sobremaneira, a proteção dos direitos humanos, além de implicar na "necessidade de que os juízes brasileiros passem a considerar a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos" (GALINDO, 2005, p.129). Nesse sentido, é valiosa a lição de Lima (2023)

> Sob o ponto de vista hermenêutico, a Recomendação é desnecessária, em face do dever dos juízes de aplicar bem e fielmente o ordenamento como um todo, aí incluídas as normas internacionais incorporadas pelo Brasil, posto vinculantes. Mas, sob a ótica institucional e prática, a Recomendação é importantíssima, em razão da resistência de setores do Judiciário brasileiro em proceder adequadamente ao exame de convencionalidade e em virtude de certas leis e alguns atos normativos brasileiros navegarem na contramão da civilidade reconhecida pelos organismos e tribunais internacionais. O Judiciário possui, entre suas relevantes missões, a de assegurar o Direito e garantir o respeito às pautas globais de preservação humana, de dignidade e de sobrevivência, constantes de tratados e/ou reconhecidas por tribunais internacionais aos quais o Brasil se sujeita.

É de evidência solar o papel crucial dos magistrados na implementação dos direitos humanos, como salientado por Galindo (2005, p.128-129):

> De nada adianta a consagração de uma estatura diferenciada aos tratados de direitos humanos – ainda que decorrente do poder derivado – se também não se incorporar a contribuição dos órgãos de fiscalização e aplicação dos tratados internacionais de proteção, especialmente os Tribunais de Direitos Humanos.
> A idéia de incorporação de tratados de direitos humanos não pode significar pura e simplesmente a incorporação do texto do tratado, mas de todo o complexo que o envolve, inclusive a jurisprudência internacional que o interpreta. È certo que pode haver certos direitos que sejam consagrados tanto internacionalmente como internamente – esse, inclusive, é o argumento de alguns autores para defenderem a desnecessidade de se incorporarem direitos estabelecidos em tratados –, mas a jurisprudência internacional pode dar um viés completamente diferente ao conferido por juízes nacionais a um mesmo direito humano ou fundamental. Isso implica a necessidade de que os juízes brasileiros passem a considerar a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Isso aumentará sobremaneira o impacto da proteção internacional dos direitos humanos no sistema interno brasileiro.

Capacitar nossos operadores do direito em matéria de controle de convencionalidade – sejam eles magistrados, membros do Ministério Público, Defensores públicos ou advogados – é um passo indispensável para aproximar nosso país do Sistema Interamericanos de Direitos Humanos.

Em comparação com muitos outros Estados da América Latina, o Brasil ainda guarda lamentável distanciamento em relação à jurisdição regional de direitos humanos, chegando até mesmo à relutância em reconhecer a jurisprudência da Corte e aplicar seus precedentes, situação retratada por Galindo (2005, p.131):

> Por uma série de razões que aqui não cabem ser descritas, os juízes nacionais são extremamente reticentes em aplicar sejam normas de direito internacional, sejam decisões de tribunais internacionais. Tais recursos não são usados nem como meios obrigatórios e nem mesmo como meios persuasivos na aplicação de um caso concreto. A ausência de referência é, quase sempre, total.

Rememora-se que o território nacional abriga um terço dos jurisdicionados da Corte IDH. Ainda assim, a Corte ainda é insuficientemente conhecida e reconhecida a nível interno, seja no próprio meio jurídico ou entre a sociedade brasileira em geral.

4. CONCLUSÃO

A problemática que instigou esta pesquisa foi a verificar, diante dos conflitos entre tratados internacionais (tradicionais ou de direitos humanos) e o direito interno, como se pode alcançar a resolução justa. Além disso, indagou-se quais os mecanismos exegéticos, clássicos ou diferenciados, que o jurista dispõe para resolver essa colisão, verificando-se a necessidade de utilização de critérios hierárquicos rígidos para escolha da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Os objetivos foram cumpridos à medida que se realizou um estudo preliminar de hermenêutica jurídica, bem como se trouxe à baila as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do conflito entre tratados internacionais e o direito pátrio, destacando-se a necessidade do diálogo entre essas fontes do direito e elucidando, por fim, o importante papel do Poder Judiciário em dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil, consolidado na Recomendação n. 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça.

É crucial entender que a complexidade atual da sociedade impõe novas interpretações sobre o cotidiano, abandonando-se as posições tão seguras do passado, pois os avanços não param, e nem podem parar.

Conclui-se, neste panorama, que interpretar uma norma não é simplesmente tornar claro o respectivo texto, de maneira abstrata; é, sobretudo, deslindar o sentido apropriado para a vida real, concretizando efetivamente os direitos nela previstos.

REFERÊNCIAS

BADR, Eid. **O direito comunitário e o MERCOSUL à luz da Constituição Federal brasileira.** 1ed. Curitiba, PR: CRV, 2011.

BADR, Eid; FERREIRA, Magdalena Araujo Pereira. O compartilhamento de funções soberanas, à luz da experiência da união europeia, no prisma do ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife (UFPE),** v. 94 n. 1. 2022. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252124/41105. Acesso em: 24 jan. 2024.

BADR, Eid; HEBRON, Samuel. A hermenêutica de Santo Agostinho e o seu reflexo sobre a hermenêutica jurídica contemporânea. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 9 n. 2. 2024. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/10154/pdf. Acesso em: 15 de maio de 2024.

BADR, Eid. KOENOW, Debora Bandeira Dias. A Expansão da Jurisdição Constitucional a partir da promulgação da Constituição de 1988. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 1–10, 2022. Disponível em: https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/28313. Acesso em: 30 jan. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ª ed. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2024. Y

BRASIL. **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, Senado, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 de jan. 2024.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 89, de 1998**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 24 jan. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45/2004**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 24 jan. 2024

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 80.004-SE.** Disponível em: https:// redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 466.343-1-SP**. Disponível em: https:// redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 31 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação CNJ n. 123**, **de 7 de janeiro de 2022**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original-1519352022011161dda007f35ef.pdf. Acesso em: 24 jan. 2024.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. O diálogo hermenêutico como horizonte de uma nova paisagem no direito: crítica à racionalidade autoritária dispensada aos tratados de direitos humanos no Brasil. **Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional** - I Encontro de Internacionalização do Conpedi / Barcelona - Es. 1ed. Barcelona: Ediciones Laborum, S.L, 2015, v. 5, p. 81-115. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjru5r7uISEAxV3lZUCHfU7CyYQFnoECBQQAQ&url=https%3A%2F%2Fobservalei.direito.ufmg.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2021%2F05%2FCONPEDI-BARCELONA.pdf&usg=AOvVaw3xAnFMpmMVFn_xuxcvorX7&opi=89978449 Acesso em: 31 jan. 2024.

FREDES, Andrei Ferreira. Hermenêutica Jurídica e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, *[S. l.]*, v. 50, n. 1, p. 318–345, 2022. DOI: 10.14393/RFADIR-50.1.2022.55737.318-345. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/55737. Acesso em: 30 jan. 2024.

FONSECA, Vitor Moreira da. Por que os juízes devem se preocupar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Recomendação CNJ n. 123/2022. **Revista CNJ**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73–84, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/438. Acesso em: 29 jan. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 3ª ed.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro De Direitos Humanos.** Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005. Disponível em: https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/83/84 Acesso em: 5 fev. 2024.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais** [online]. 2019, v. 6, n. 3, p. 703-747. Disponível em: https://doi.org/10.5380/rinc.v6i3.67058. Acesso em: 31 jan. 2024.

KELSEN, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönner. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Exame de convencionalidade dos direitos humanos no Brasil: a recomendação nº 123/2022 do CNJ e sua aplicação no plano trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª região**, Fortaleza - CE, Brasil, v. 42, n. 42, p. 133–169, 2023. Disponível em: https://revistas.trt7.jus.br/REVTRT7/article/view/153. Acesso em: 29 jan. 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10183/132783. Acesso em: 24 jan. 2024.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: Acesso em: 24 jan. 2024.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 22 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.