

O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E A EMERGENTE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Patrícia Frizzo¹
Jardel Anibal Casanova Daneli²

Introdução

As relações entre o ordenamento jurídico dos Estados e o Direito Internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, merecem lugar de destaque na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Internacionais, bem como dos Tribunais Constitucionais dos Estados signatários. Essas relações ganham relevo quando estão em pauta os tratados internacionais ratificados pelos Estados e a interpretação conferida a estes pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Notavelmente, quando os Estados ratificam tratados internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos, os seus juízes, assim como parte do seu aparato jurisdicional, assumem o dever de zelar pela supremacia e aplicabilidade de tais normas sobre as leis internas que forem contrárias ao objeto e finalidade dos documentos ratificados. Entretanto, tais normativas são frequentemente confrontadas pelo ordenamento jurídico interno dos países, se fazendo necessária a criação de mecanismos capazes de restabelecer o fluxo hierárquico normativo.

O sistema internacional de garantias, combinado ao sistema normativo dos Estados, resulta em um corpo máximo de proteção aos direitos humanos. Essa compatibilização das normativas domésticas em relação aos documentos de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor nos países recebe o nome de controle de convencionalidade.

Diante do controle de convencionalidade, o Poder Judiciário assume o compromisso de, além de verificar a compatibilidade entre a norma ordinária

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC PR. Mestre em Direito Processual e Cidadania, da Universidade Paranaense (UNIPAR). Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Advogada. Residente e domiciliada em Cascavel, Estado do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: pfrizzo@fadvempresarial.com.br

² Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Advogado. Professor e Coordenador de Curso de Direito. Residente e domiciliado em Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: jardel_casanova@hotmail.com.

aplicada e a Constituição – conhecido como controle de constitucionalidade –, conferir se esta mesma norma é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Nesse sentido, todos os tratados que formam a estrutura normativa convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte, servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.

Precisamente, o controle de convencionalidade fundamenta-se no respeito aos direitos humanos e na soberania do Estado de direito, ou seja, uma vez que compromissos internacionais tenham sido assumidos, em matéria de direitos humanos, os Estados não podem retroceder ao admitir leis ou práticas internas que violem as garantias expressas em tais obrigações.

Através do método indutivo, buscar-se-á demonstrar os aspectos relativos à emergência de um novo cenário ao direito internacional, no qual o controle de convencionalidade constitui-se como um importante instrumento para a estruturação de diálogos harmônicos entre as jurisdições e para a proteção dos direitos humanos.

Conhecer o controle de convencionalidade torna-se cada vez mais importante e a relevância de se estudar tal temática advém da capacidade que ela possui de modificar todo o sistema de controle das normas, firmando novos paradigmas para a teoria do diálogo das fontes, a qual formula-se através de movimentos recíprocos capazes de possibilitar a troca de experiências entre os sistemas jurisdicionais internos e internacionais.

1. O direito internacional contemporâneo e a proteção aos direitos humanos

O conceito de direito internacional contemporâneo é marcado pela mudança de paradigmas, dentre as quais se destaca a superação do *mosaico de soberanias estatais*³ e o desenvolvimento do conceito de globalização⁴. Nesse cenário a relação

³ PUREZA, José Manuel. Globalização e direito internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 36, 1993. p. 10.

⁴ Utiliza-se o conceito de globalização proposto por Boaventura de Sousa Santos, o qual expressa que “aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. A rigor, este termo só deveria ser usado no plural. [...] Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição

dialogal entre o direito interno e o direito internacional tornou-se cada vez mais frequente, razão pela qual as políticas públicas, bem como as decisões de Tribunais Constitucionais, passaram a ser construídas sob influência de parâmetros internacionais.

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho estabeleceram-se como os primeiros referências do processo de internacionalização dos direitos humanos. O Direito Humanitário buscou estabelecer a regulação e as medidas protetivas internacionais necessárias para a proteção humanitária em casos de guerra. A Liga das Nações, através de dispositivos normativos em relação aos direitos humanos, buscou estabelecer a paz e a cooperação internacional. A OIT, por sua vez, foi responsável pela promulgação de convenções internacionais, por meio das quais estabeleceu medidas protetivas à dignidade da pessoa humana no cenário jurídico trabalhista.

O desenvolvimento histórico do direito internacional contemporâneo é marcado por três fases: a primeira refere-se ao período compreendido até 1939, ou seja, até o início da Segunda Guerra Mundial, com o advento do Tratado de Versalhes e a tentativa de institucionalização da Sociedade das Nações; a segunda fase, após 1945, é marcada pela Carta das Nações Unidas e pela então denominada *Guerra Fria*; já a terceira fase iniciou-se em 1989, com a queda do Muro de Berlim⁵.

Esses marcos resultaram na expansão da zona de influência do direito internacional, possibilitando a superação da ideia de um sistema relacional de coexistência para uma categoria de cooperação estatal, capaz de regular os interesses antagônicos das diversas sociedades⁶ em razão da sua capacidade de intercâmbio entre as diferentes culturas.

Os ambientes nacionais, reconhecidos como *locus* para a afirmação dos preceitos democráticos e protetivos, evidenciaram o ápice da sua incapacidade de salvaguarda dos direitos humanos quando se depararam com o totalitarismo

social ou rival". SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 433.

⁵ MIRANDA, Jorge. Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 8.

⁶ Contribuí, para esse entendimento, perceber que "[po]r otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el contenido normativo del orden jurídico internacional. Nacen normas reguladoras de la cooperación y el desarrollo internacional en el campo económico y social; se contempla la reglamentación del espacio ultraterrestre y de los fondos marinos como espacios sustraídos a las soberanías estatales". MONCAYO, Guilherme. **Derecho Internacional Público**. 3. ed., Buenos Aires: Zavalia, 1990. p. 17.

nazista, momento em que os paradigmas de uma possível e suficiente proteção nacional dos direitos humanos⁷ foram rompidos. Esse fato evidenciou a necessidade de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que as violações de direitos humanos da era Hitler poderiam ter sido significativamente minimizadas com a existência de um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos⁸.

A Segunda Guerra Mundial demonstrou que a violação dos direitos humanos não poderia mais "ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional com legítima preocupação da comunidade internacional"⁹. Diante disso, os direitos humanos foram projetados como tema central da sociedade internacional¹⁰, o que resultou na criação de mecanismos transnacionais suficientemente fortes para impedir que violações a esses direitos fossem legitimadas pelos ordenamentos internos dos Estados, motivo pelo qual buscou-se estabelecer um *ius commune* capaz de conferir prevalência ao *human rights approach*¹¹.

Isto posto, é possível perceber que o direito internacional não busca mais atender tão somente aos interesses estatais, mas também individuais. Através dessa mudança de paradigmas, o ser humano deixou de ser exclusivamente sujeito de direito interno e passou a ser considerado um sujeito de direito regional e global, através de um processo de *humanização* do direito internacional, conferindo-lhe significativa capacidade jurídica-processual no plano internacional¹². Em outras palavras, na medida em que as fronteiras territoriais foram rompidas, viabilizou-se a emergência de um processo migratório jurisdicional, através do qual

⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

⁸ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988. p. 17.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.

¹⁰ Conforme observa Carlos Weis, "A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano". WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 18.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. in: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 120.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 142.

a velha objeção nacional exclusiva passou a ser percebida como uma característica do passado¹³.

Notavelmente, não buscou-se eliminar a ideia de soberania dos Estados, mas permitir a sua condescendência quando estivesse diante da aplicabilidade de medidas para a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse cenário, a soberania dos Estados flexibilizou-se e deu lugar a emergência de uma dimensão de soberania universal que “reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo”¹⁴.

A expansão do direito internacional¹⁵, juntamente com a flexibilização das barreiras absolutistas, possibilitou o surgimento de novas estruturas normativas, tais como o direito internacional dos direitos humanos. Este, por sua vez, buscou a afirmação dos direitos inalienáveis e inseparáveis do ser humano¹⁶, entendidos como direitos fundamentais¹⁷, e a sua previsão nos textos constitucionais, o que pressupôs a estruturação de mecanismos normativos capazes de possibilitar a sua aplicação e vinculação ao ordenamento jurídico dos Estados.

Em suma, esse movimento cíclico e pautado pela gradual expansão do direito internacional, possibilitou o advento dos direitos humanos e a projeção do indivíduo como sujeito de direito internacional, por meio da redefinição do seu *status* e do tradicional conceito de soberania estatal¹⁸. A criação dessa sistemática

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed., Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 73.

¹⁴ BROUTROS-GHALI *apud* Flávia Piovesan. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 32.

¹⁵ Nesse sentido, afirma-se que “O direito contemporâneo passa por um processo de transição, que acompanha o processo de globalização (ou mundialização, como preferem os autores franceses). Esse processo é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico. Neste sentido, parece-nos claro que vivemos em um período de transição. Já é possível dizer que a lógica tradicional do direito internacional não é mais aplicável nos dias de hoje. No entanto, também é possível verificar que ainda não há uma nova lógica consolidada”. VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7.

¹⁶ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. *in*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 312.

¹⁷ Como definição, pode-se aduzir que: “[...] Direitos fundamentais - é [entendido como] expressão mais afeta à proteção *constitucional* dos direitos dos cidadãos. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 822.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p. 195.

protetiva serviu como precedente para a consolidação da atual estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos.

A tônica dos direitos humanos, como uma das temáticas com maior destaque no contexto das discussões internacionais, se justifica pela sua inegável relevância para a ordem jurídica internacional, amparada no direcionamento do paradigma da coexistência para um cenário de cooperação. Os postulados e as dogmáticas de um Direito Internacional clássico, em especial os da soberania absoluta dos Estados, foram colocados em dúvida¹⁹, possibilitando assim a *positivação internacionalista* dos direitos humanos²⁰, os quais “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”²¹.

Nesse cenário, o *theatrum mundi*²², encenado no cotidiano e a partir das vivências dos indivíduos, ganhou novas perspectivas à medida em que foi estabelecida uma cultura centrada no convívio plural e na aceitação da diversidade, no respeito e na promoção da *dignidade humana*²³, percebida como base para o constitucionalismo global²⁴ e vetor referencial aos mecanismos necessários para o

¹⁹ GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos - breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

²⁰ Os direitos humanos, nesse prisma, são compreendidos como o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”. LUÑO, Antônio Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30.

²² A expressão *theatrum mundi* é uma analogia à vida quotidiana e às adversidades vivenciadas por todos, as quais se repetem em diferentes contextos culturais e evidenciam os preceitos de um *vínculo antropológico comum*, como vetor responsável pela ampliação e consolidação do convívio amistoso internacional.

²³ Na visão de Sarlet, a dignidade humana refere-se à “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

²⁴ Conforme observa Canotilho, “[o]s direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. [...] O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. [...] É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus*

progresso da justiça social. Nesse prisma, o direito internacional contemporâneo tem a função de interpretar e solucionar os problemas da vida e do mundo, constituindo-se como “[...] o teatro no qual se faz o direito internacional pós-moderno, como produto cultural e reflexo do tempo no qual se inscreve. Com toda a vastidão e complexidade que isso acarreta”²⁵.

2. A relação entre o direito internacional e o direito interno

Diante dos preceitos supra mencionados e do contexto de globalização atualmente vivenciado, assim como para dar sequência às reflexões elaboradas neste trabalho, faz-se necessário observar os aspectos referentes à integração entre o direito internacional e o direito nacional.

O rompimento com os paradigmas de uma possível e suficiente proteção nacional dos direitos humanos, evidenciado na *equação mortífera* da Segunda Guerra Mundial, marcou o fim de um período em que a relação dos Estados com seus indivíduos era percebida como uma questão de jurisdição doméstica.

Esse movimento relacional impulsionou um fluxo constitucionalista entre os Estados Europeus, também motivado pelo referencial teórico de autores como Hans Kelsen²⁶, que propôs a hierarquização das normas constitucionais através de uma pirâmide supra figurada pela Constituição e a afirmação de um sistema autorreferencial e endógeno, primado pelo Direito Internacional²⁷.

O direito internacional e o direito interno apresentam estruturas normativas distintas. O primeiro é pautado pelo interesse coletivo dos Estados e tem como principais fontes os costumes²⁸ e os tratados internacionais, os quais buscam

cogens internacional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 1217.

²⁵ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. Tese (Titularidade em Direito Internacional Público), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 831.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 493.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. *in*: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 118.

²⁸ Conforme aponta Jorge Miranda, “[...] o costume internacional não resulta só da prática dos Estados (e de outros sujeitos) nas suas relações bilaterais ou multilaterais. Resulta também da prática que se desenvolva no interior das organizações internacionais (por parte dos respectivos órgãos ou por eles em relação com os Estados-membros) [...]. Uma grande parte do Direito interno das organizações internacionais é, ele próprio, produto de costume”. Também é digno de nota salientar que “[...] as normas consuetudinárias encontram-se, também elas, subordinadas ao *jus cogens* e com este não se confundem, mesmo as de

estabelecer os preceitos normativos para regular a relação entre dois ou mais Estados, assim como a relação que os Estados estabelecem com seus indivíduos, em especial quando se refere aos direitos humanos. Já o direito interno é composto por costumes e leis regulamentares alicerçados sobre os preceitos estabelecidos na Constituição de cada Estado, os quais buscam regular a relação entre os próprios indivíduos, bem como destes com o Estado.

Nesse cenário, o Estado Soberano, eclodido através do Tratado de Vestefália, passou a vivenciar a relativização do seu poder absoluto, o qual foi confrontado pelos direitos individuais e pela emergência de outros Estados soberanos na ordem jurídica internacional²⁹.

Essa redefinição na abrangência do conceito de soberania estatal se fez necessária para o processo de internacionalização dos direitos humanos³⁰ e a afirmação de novos paradigmas³¹, possibilitando que os aspectos, que outrora se configuravam como problemas teóricos, passassem a resultar em significativos desdobramentos práticos, tais como o acolhimento das normativas internacionais no ordenamento interno dos Estados.

Junto ao processo de instauração do constitucionalismo moderno e da afirmação dos direitos humanos no cenário internacional, surgiram os órgãos internacionais e as suas bases normativas, tais como as convenções, pactos e tratados, os quais passaram a imprimir os direitos e deveres dos indivíduos e fixar o caráter concreto das normas jurídicas positivadas³². Foi nesse prisma que os

costume universal, visto que: 1º) o *jus cogens* não pode ser modificado ou afectado por normas consuetudinárias; 2º) o costume postula sempre a prática, o *jus cogens* impõe-se ainda quando não haja nenhuma prática, seja no sentido do seu cumprimento, seja noutro sentido". MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. pp. 45 - 48.

²⁹ FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998. p. 09.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p. 195.

³¹ Nesse sentido, percebe-se que "quando triunfa o princípio da igualdade jurídica dos estados, estabelecem-se as bases do princípio do equilíbrio europeu, e surgem ensaios de regulamentação internacional positiva. Podem ser apontados não somente o conceito de neutralidade na guerra, em relação aos estados beligerantes, como também fazer paralelo, entre o princípio então adotado, da determinação da religião do estado pelo governante, o que seria o ponto de partida do princípio contemporâneo da não-ingerência nos assuntos internos dos estados". ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64 - 65.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 167.

Estados soberanos renunciaram a hegemonia sobre os seus preceitos jurisdicionais em favor de outros Estados e organizações supranacionais³³.

A pluralidade de atores internacionais, juntamente com o *despertar* para uma necessária regulação a partir das normas deles emanadas, resultou no nascimento do direito internacional público, criado com o objetivo de regular as relações públicas entre os sujeitos de direito³⁴.

A relação entre a ordem jurídica internacional e interna aponta para três aspectos que precisam ser superados pelos agentes que figuram nessa relação. O primeiro ponto concerne ao problema de conjugação entre as relações de direito internacional e direito interno, ou seja, fazer-se perceber que o direito internacional *a se* frente à ordem jurídica estatal. Em segundo lugar, observam-se as técnicas viáveis de recepção, incorporação, transformação e adaptação destas ou daquelas normas no ordenamento jurídico interno do Estado, isto é, quais mecanismos serão estabelecidos pelos Estados para a internalização do direito internacional. A terceira questão está relacionada às relações hierárquicas entre as normas de direito internacional, cabíveis na ordem interna, e as normas de direito interno, as quais podem ser de direito constitucional ou de direito ordinário³⁵.

Tradicionalmente, os aspectos que envolvem a relação entre as normas internas e internacionais estruturam-se a partir de duas correntes. A primeira refere-se ao monismo, o qual se divide em correntes doutrinárias distintas que se assentam, por um lado, na prevalência do direito interno e, por outro, na predominância do direito internacional. A segunda teoria é o dualismo, no qual o direito internacional e o direito interno são compreendidos como duas ordens jurídicas distintas.

Notavelmente, as teorias monistas e dualistas apresentam concepções díspares, considerados os aspectos existentes entre as normas jurídicas e a sua validade. É necessário pontuar que ambas as teorias recebem críticas no âmbito doutrinário, ao passo que a sua aplicação prática não se dá de forma plena³⁶.

³³ QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Coimbra Editora, 2009. p. 165.

³⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. p. 119.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. p. 124.

³⁶ RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepción Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p. 13.

3. A problemática da dicotomia estabelecida entre o monismo e o dualismo no cenário contemporâneo

A divisão clássica estabelecida entre o monismo e o dualismo, caracterizada pelos modelos anacrônicos que evidenciam o antagonismo existente entre as duas teorias, demonstram certa incapacidade em responder as questões propostas pela globalização e pela nova realidade do direito internacional, especialmente no que se refere aos direitos humanos.

Diante disso, considera-se improvável, à luz da concepção unitária do sistema jurídico, que um Estado tenha condições de elaborar as suas normativas internas em conformidade com a Constituição, ao passo que frequentemente firmam compromissos internacionais incompatíveis com essa. Por isso, acredita-se que “[o] antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos”³⁷.

O direito internacional constitui-se como um direito de sobreposição, razão pela qual encontra significativas dificuldades para a sua afirmação nos sistemas jurídicos estatais³⁸. Nesse sentido, “a sociedade internacional não é senão uma sociedade em segundo grau, uma sociedade das sociedades: a sociedade dos Estados”³⁹. A eficácia do direito internacional se depara constantemente com a escassez, ou até mesmo com a inexistência de mecanismos capazes de conferir a primazia normativa do direito internacional – em matéria de direitos humanos – em relação ao direito interno⁴⁰.

Entretanto, o direito internacional não poder ser simplesmente aplicado sobre o direito interno, pois a norma que irá imperar deverá ser sempre aquela que

³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. p. 506.

³⁸ CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2004. p. 89.

³⁹ VIRALLY, Michel. **Panorama du droit international contemporain**. in. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. IV. p. 28.

⁴⁰ Afirma Virally que seria possível “explicar la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, respetando la autonomía de uno y de outro, sin reunirlos artificialmente em el seno de um mismo orden jurídico, lo que parece adecuarse al nivel de desarrollo actual de las sociedades humanas. Pero em todo caso, esta primacía no se establece más que en el orden internacional. El método que seguimos impide deducir de ello la superioridade del derecho internacional em el orden interno, debido justamente a la autonomía que se le reconoce”. VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998. p. 127.

conferir a maior proteção aos direitos humanos⁴¹, por meio do princípio interpretativo *pro homine*, ou seja, "a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno"⁴².

A crítica aos sistemas monista e dualista afirma que estas teorias propõem um falso paralelismo entre o direito interno e o direito internacional, uma vez que são ordenamentos jurídicos autônomos, mas dialeticamente interdependentes⁴³, os quais, diante da evolução da sociedade internacional e a consequente intensificação das relações entre o direito internacional e o direito interno, carecem de recursos procedimentais legitimados para a afirmação dos direitos humanos. Nesse sentido, acredita-se que a consolidação dos direitos humanos no ordenamento interno dos Estados terá lugar quando o direito internacional for claramente reconhecido pela Constituição dos Estados, em razão dos órgãos internacionais e do seu aparato jurisdicional para a salvaguarda desses direitos.

A doutrina também assenta suas considerações no fato das teorias monista e dualista terem sido formuladas no século passado⁴⁴, o que resultaria em sua obsolescência diante do novo cenário do direito internacional contemporâneo⁴⁵. Esses fatores potencializam a necessária evolução paradigmática dessas teorias, as quais precisam superar os seus preceitos operativos frente às mudanças que o cenário jurídico mundial vivenciou nos últimos anos, e ainda vivencia, sobretudo o desenvolvimento do direito internacional, juntamente com a evolução dos Estados-nação, assim como a positivação dos preceitos constitucionais referentes à posição do direito internacional frente aos sistemas jurídicos domésticos.

Por isso, os críticos sugerem a superação da concepção hierarquizada e piramidal da relação entre o direito internacional e o direito interno, propondo,

⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 542.

⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 542.

⁴³ VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998. pp. 118 - 119.

⁴⁴ BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. International Journal of Constitutional Law, volume 6, Issue 3 - 4, 1 July 2008. p. 399. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420/Pluralism-direct-effect-and-the-ultimate-say-On>.

⁴⁵ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional entre dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010. p. 47. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>. [23/06/2017].

assim, uma espécie de pluralismo normativo-jurídico⁴⁶, o qual surge como um mecanismo conciliatório e alternativo às propostas estabelecidas através dos ideais monistas e dualistas, pois considera-se que ao “negar la existência del problema por el que se enfrentan los monistas y los dualistas equivale a adoptar, de facto, la posición dualista sin por ello replicar a las críticas que se hicieron justamente a esta teoría”⁴⁷.

4. O controle de convencionalidade dos tratados internacionais

Os aspectos supramencionados neste trabalho demonstram uma progressiva interação entre os sistemas jurídicos internos e internacionais, os quais se intensificaram, sobretudo: a) por intermédio do direito à coexistência, em que o direito internacional westphaliano é desenvolvido a partir de obrigações negativas; b) por meio do direito de cooperação, de suma importância após a Segunda Guerra Mundial, com o advento de novos blocos normativos como, por exemplo, o direito do mar e o direito dos tratados; c) ainda, através do direito à uniformidade, que ganhou maior relevância após a Guerra Fria, caracterizado por normas com caráter internacional em sua origem, mas nacional em seu objeto como, por exemplo, os pactos socioeconômicos internacionais⁴⁸.

Notavelmente, a proteção aos direitos humanos transcende o direito estatal, fator que é fomentado pela necessidade de internacionalização e proteção desses direitos. Nesse cenário, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos ganham cada vez mais relevância, impulsionadas pela “manifestação cultural de nossos tempos,

⁴⁶ Nesse sentido, “[a]s often happens with its constructions, the context of their origins has largely been forgotten. Yet, if one compares the contemporary situation with that of one hundred years past, almost every relevant element has changed: the nation-state’s evolution in tandem with the process of globalization; the gradual elaboration of international law; the emergence of general constitutional adjudication; and, above all, positive constitutional provisions on the role of international law within domestic systems. As theories, monism and dualism are today unsatisfactory. Their arguments are rather hermetic, the core assertions are little developed, opposing views are simply dismissed as “illogical,” and they are not linked with the contemporary theoretical debate. As doctrines, they are likewise unsatisfactory since they do not help in solving legal issues”. BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. pp. 399 - 400.

⁴⁷ VIRALLY, Michel. El devenir del derecho internacional. pp. 119 - 120.

⁴⁸ RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p. 17.

juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, quanto à proteção da pessoa humana⁴⁹.

Seguindo essa linha conceitual, os organismos internacionais emergem progressivamente, na medida em que aperfeiçoam as suas três funções basilares: a) a da promoção, através do incentivo à estruturação de mecanismos para a tutela dos direitos humanos em Estados que não cumpram com essa premissa, e caso o façam, tem-se então a tarefa de aperfeiçoar essas medidas no que se refere ao direito substancial – quantidade e qualidade dos direitos a tutelar, assim como no que diz respeito ao aspecto procedimental, como a qualidade dos controles jurisdicionais; b) a do controle, que se refere ao conjunto de medidas através das quais os organismos internacionais se valem para verificar o grau de acolhimento e respeito das suas recomendações e; c) a de garantia, a qual diz respeito à tutela jurisdicional em nível internacional, em substituição à tutela nacional⁵⁰.

É nesse cenário de funções e garantias, em que de um lado encontra-se o Estado e, de outro, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que se desenvolve o controle de convencionalidade, o qual fundamenta-se no fato de um Estado não poder descumprir suas obrigações convencionais sob escusas de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, bem como no fato dele não poder deixar de se “conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional”⁵¹.

Com a ratificação dos tratados internacionais, em especial os que versam sobre os Direitos Humanos, os Estados assumem o compromisso de zelar pela aplicabilidade, e até mesmo pela supremacia, de tais normas sobre as leis internas. Porém, o teor dos textos internacionais frequentemente é confrontado pelo ordenamento interno dos países que os ratificaram, razão pela qual se faz necessária a aplicação de mecanismos capazes de estabelecer um fluxo normativo⁵²

⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. in. A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, 2. ed., São José: CR, 1996. p. 211.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 39.

⁵¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. p. 211.

⁵² Flávia Piovesan, quanto à hierarquização dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa que, “em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais”. Com o objetivo de corroborar com este entendimento, a autora destaca o parágrafo 22 do artigo 75, da Constituição Argentina, “que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos”, assim como

formulado a partir do princípio *pro homine*, o qual confere primazia à dignidade humana⁵³, ao passo que é estabelecido um sistema de cooperação entre os instrumentos protetivos.

Diante deste prisma, o controle de convencionalidade foi instituído como um importante instrumento para a salvaguarda dos direitos humanos, exercido através da operacionalização e compatibilização entre os ordenamentos jurídicos internos e internacionais.

Considerações Finais

O presente estudo evidenciou a emergência de um novo cenário ao direito internacional dos direitos humanos, no qual se faz necessária a superação do paradigma estabelecido entre as teorias monistas e dualistas, para a afirmação de uma sistemática relacional estruturada a partir do diálogo entre as fontes normativas. Nesse sentido, o controle de convencionalidade tem se demonstrado como um importante instrumento para a afirmação dos direitos humanos.

A análise acerca dos paradigmas referentes à convivência e ao diálogo entre os sistemas jurisdicionais demonstra que a expansão do Direito Internacional, especialmente em matéria de direito humanos – que muitas vezes resulta em um choque entre as matrizes normativas –, pode contribuir para a evolução hermenêutica desta temática.

É nesse prisma que se firma o diálogo entre as fontes jurisdicionais, as quais formulam-se através de movimentos recíprocos, contando com a atuação conjunta dos sistemas jurisdicionais internos e internacionais. Os tratados internacionais de direitos humanos, por tratarem de questões relativas à diversas culturas e contextos sociais, não devem mais permanecer em patamares normativos de lei ordinária.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade surge como um importante instrumento para a afirmação dos direitos humanos no ordenamento interno dos

os parágrafos 2º e 3º da Constituição Brasileira, “que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”. PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. p. 134.

⁵³ Percebe-se que “a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados”. FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale**. Roma: Bari, Laterza, 2002. p. 338.

Estados, através do desenvolvimento de um diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Considera-se, por fim, que por meio do princípio *pro homine*, é possível compreender a dignidade da pessoa humana como vetor para o constitucionalismo mundial. O princípio *pro homine* também é responsável pelo desenvolvimento de normativas capazes de garantir a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse sentido, a afirmação de um *cross-cultural dialogue* entre as jurisdições, assim como da evolução dos ordenamentos jurídicos na *positivação internacionalista* dos direitos humanos, demonstra a necessidade de desenvolvimento de mecanismos transnacionais capazes de superar o autoritarismo dos Estados, buscando a afirmação de um *ius commune* centrado no "Ser" humano.

Referências das fontes citadas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. *in*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. *International Journal of Constitutional Law*, volume 6, Issue 3 - 4, 1 July 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420/Pluralism-direct-effect-and-the-ultimate-say-On>.

BROUTOS-GHALI *apud* Flávia Piovesan. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. Tese (Titularidade em Direito Internacional Público), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale. Roma: Bari, Laterza, 2002.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998.

GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos - breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional entre dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>. [23/06/2017].

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUÑO, Antônio Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONCAYO, Guillermo. **Derecho Internacional Público**. 3. ed., Buenos Aires: Zavalia, 1990.

OLIVEIRA NETO, Franscisco J. Rodrigues de. DEMARCHI, Clovis; ABREU, Pedro Manoel. (orgs), **Direito, Estado e Sustentabilidade**. Livro Eletrônico. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20DIREITO,%20ESTADO%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Porto Velho: Emeron, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. *in*: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

PUREZA, José Manuel. Globalização e direito internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 36, 1993.

QUEIROZ, Cristina. Direito Internacional e Relações Internacionais. Coimbra Editora, 2009.

RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2005.

SOBRINHO, Liton Lanes. Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: **(im)probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e no meio ambiente** / Itajaí: UNIVALI, 2017.

STAFFEN, M. R. Hegemonia e Direito Transnacional? **Novos Estudos Jurídicos** (Online), Itajaí, v. 20, p. 1166-1187, 2015. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8394>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. *in*. A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, 2. ed., São José: CR, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed., Porto Alegre: SAFE, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998.

VIRALLY, Michel. **Panorama du droit international contemporain**. *in*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. IV.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.