

**NÉLIDA ASTEZIA CASTRO CERVANTES**

**Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda  
Constitucional 45/2004**

Fortaleza, 2006.

NÉLIDA ASTEZIA CASTRO CERVANTES

Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda  
Constitucional 45/2004

Dissertação de Mestrado apresentada ao curso  
de Mestrado em Direito da Universidade  
Federal do Ceará, como requisito parcial para  
obtenção do título de mestre.

Fortaleza, 2006.

NÉLIDA ASTEZIA CASTRO CERVANTES

Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda  
Constitucional 45/2004

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
curso de Mestrado em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do título de  
mestre.

Aprovada em: Fortaleza, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ /2006

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Francisco Géron Marques de Lima, (orientador).  
Universidade Federal do Ceará

---

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, (examinador).  
Faculdade Christus

---

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque, (examinador).  
Universidade Federal do Ceará

Aos meus pais, Norberto e Carminda, ao meu marido, Rômulo, e ao meu filho, Vicktor, por todo respeito e lições de amor compartilhados.

“Mesmo que já tenha feito uma longa caminhada,  
sempre haverá mais um caminho a percorrer.”

(Santo Agostinho)

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as maravilhas que opera em minha vida.

Aos meus pais, Norberto e Carminda, pela educação, amor, carinho, incentivo e exemplo de caráter que me dão ao longo de minha vida.

Ao meu marido, Rômulo, pelo amor, paciência, incentivo e compreensão no curso de nossa convivência e da elaboração deste trabalho.

À minha sogra, Graziela Barroso, pelo exemplo de docente e de estudiosa além de sua época e pelas cobranças no sentido de meu crescimento acadêmico.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gerson Marques, pela dedicação e tempo valiosos despendidos e criterioso acompanhamento deste meu trabalho.

Aos Profs. Adriano e Marcelo Pinto, pela longa e sincera amizade e pelo exemplo de ética, a quem eu devo todo o meu aprendizado e sucesso profissional.

## RESUMO

Esta dissertação de mestrado, que se divide em três capítulos além da introdução e conclusão, envolve o tema da aplicação de tratados internacionais de Direitos Humanos no âmbito interno. A proposta deste ensaio, que se utilizou do método de investigação indutivo, procedimento monográfico, técnica bibliográfica, pesquisa de textos, jurisprudência e dados pela internet, além da demonstração gráfica para constatação dos resultados pretendidos, é abordar uma questão específica introduzida pela Emenda Constitucional nº45, considerando a eficácia dos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, especialmente envolvendo os direitos humanos, sob a óptica de seus aspectos jurídicos, em razão das diversas tendências doutrinárias mas, principalmente, sob a análise crítica da aplicação prática.

O primeiro problema considerado é condizente com o relacionamento entre o Direito Internacional Público e o Direito Nacional, que se reflete na hierarquia em que o primeiro é agraciado no ordenamento jurídico pátrio e suas consequências no âmbito internacional, para, em seqüência, confrontar as implicações da atual norma do §3º, do art.5º da CF/88, especificamente quanto à sua constitucionalidade, tendo em vista que a CF/88 não estabelece hierarquia aos tratados de direitos humanos, no ordenamento jurídico pátrio, deixando campo para interpretações em doutrina e jurisprudência.

Questiona-se, ainda, se estaria o §3º do art. 5º inserido pela Emenda Constitucional nº45/2004, restringindo direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais, sempre destacando a idéia da supremacia dos direitos humanos, tendo como pressuposto básico a consagração da democracia, também formada com o direito integrativo que tem origem nos tratados internacionais celebrados entre os Estados. Aborda-se, ainda, a demora na tramitação das emendas constitucionais como forma de restrição a direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This master's degree thesis, which is divided into three chapters, in addition to the introduction and conclusion, encompasses application of international Human Rights treaties in the domestic framework. This study made use of inductive investigation methods; monographic, technical and bibliographical procedures; review of the literature, jurisprudence and Internet data, in addition to graphic demonstration in order to determine expected results. The research objective was to approach a specific issue introduced by Constitutional Amendment No. 45, considering the efficacy of international treaties signed by the Brazilian State, especially those involving human rights, from the standpoint of their legal aspects, in view of the diverse doctrinal trends, but mainly through a critical analysis of practical application.

The first problem considered is coherent with the relationship between Public International Law and Brazilian Legislation, which is reflected in the hierarchy with which the former is graced in domestic legal sentencing and its consequences in the international arena. Thereafter, the implications of the current norms under item 3 of article 5 of the CF/88 are examined, specifically with regard to their constitutionality, considering that CF/88 fails to establish hierarchy for human rights treaties, in domestic court sentencing, leaving room for interpretations through doctrine and jurisprudence.

The question is also raised as to whether or not item 3 of article 5, inserted by Constitutional Amendment no. 45/2004, restricts fundamental rights guaranteed in international treaties, always emphasizing the idea of supremacy of human rights, with the basic assumption of consecration of democracy, also formed by integrative law, the origin of which lies in international treaties signed between States. Furthermore, this study approaches the issue of delay in processing of constitutional amendments as a form of limiting fundamental rights.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	6
2 DOS TRATADOS.....	15
2.1 Breve notícia histórica .....	26
2.2 Conceito e terminologia. ....	26
2.3 Classificação dos tratados.....	28
2.4 Fases de conclusão dos tratados. ....	30
3 DA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS E OS CONFLITOS COM A LEGISLAÇÃO INTERNA. O tratado no direito brasileiro e os conflitos existentes na aplicação dos tratados e das leis internas.....	38
3.1 Tratado e norma interna. Conflitos.....	38
3.2 Tratado no direito brasileiro .....	52
3.2.1 Processo de incorporação.....	56
3.2.2 Possibilidade de restrições/emendas impostas pelo congresso ao texto pactuado. ....	62
3.2.3 Início da vigência interna do tratado.....	64
4 DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS-Tratados sobre Direitos Humanos. Aplicabilidade no Brasil decorrente do acréscimo do §3º ao art. 5º pela EC 45 e a inconstitucionalidade da referida emenda.....	68
4.1 Diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais .....	68
4.2 Constitucionalização das disposições de direito internacional sobre direitos humanos. ....	72
4.3 Internalização de tratados sobre direitos humanos. Aplicabilidade no brasil.....	78
4.3.1 Forma de aplicação dos tratados anteriormente à ec 45. ....	83
4.4 Bloco de constitucionalidade .....	967
4.5 Forma de aplicação dos tratados de direitos humanos decorrentes do acréscimo do §3º ao art. 5º pela ec 45. ....	101
4.6 A inconstitucionalidade do §3º do art. 5º.....	119
4.7 A demora de tramitação das propostas de emenda à constituição como restrição de direitos...132	
5 CONCLUSÃO .....	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	148
ANEXOS.....	158

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 foi, sem dúvida, marco significativo para o início da redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no País.

A nova ordem constitucional erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A Carta de 1988, dessa forma, explicitou novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

A CF/88 deu abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2º do seu art. 5º, estabeleceu:

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. (Grifo nosso)

À luz dessa proclamação, prosperou a doutrina defendendo a idéia de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, com aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

De fato, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo

Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Por outras palavras, significa dizer que, se os direitos e garantias expressos no Texto Constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias.

Sob a inspiração de suas proclamações, desenvolveu-se a ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, para os quais se defendem normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário, consubstanciando novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

No Brasil já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional (1998)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Apesar de ter sido criado internacionalmente em 1988, a inclusão do Estatuto de Roma ao Direito brasileiro ocorreu por via de tratado ratificado pelo Brasil em 2002 e incorporado pelo Decreto nº 4.388. Foi respaldado formalmente também a partir da Emenda Constitucional nº 45, que adicionou, dentre outras reformas, o § 4º ao

É válido mencionar também outros tratados de direitos humanos do qual o Brasil também já é parte, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Em sede jurisprudencial, entretanto, predominou entendimento diverso sobre a indispensabilidade de aplicação dos tratados sobre direitos humanos, tendo o Supremo Tribunal Federal afirmado que os tratados internacionais ratificados pelo Estado, inclusive os de direitos humanos, têm nível de lei ordinária, ainda que existentes votos em minoria a favor do status constitucional dos tratados de direitos humanos.

Como as normas jurídicas em geral, o tratado é dependente da recepção pelo ordenamento jurídico, e tendo feição de origem externa aos vetores nucleares da Constituição que venha a vigorar.

Certamente, cada país pode estabelecer, soberanamente, os preceitos atinentes à internalização dos tratados internacionais, constituindo-se evidente matéria de Direito Constitucional, onde deve atuar o Poder Constituinte originário ou derivado, na medida em que venha a ter autorizada a recepção deles.

Já a determinação dos critérios de ligação entre o sistema internacional e o nacional, ou seja, com a função específica de integrar as normas externas, tanto pode estar no próprio Texto Constitucional como ser por este atribuída à lei complementar.

---

art. 5º da CF/88 sob a seguinte redação: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

As teorias clássicas devem ser consideradas apenas como memória histórica, porque os Estados em suas constituições podem e devem adotar as fórmulas integrativas que se ajustem às suas realidades sociais.

Impõe-se, todavia, considerar também as realidades existentes em outros países, especialmente aqueles com os quais existam interesses já estabelecidos ou em curso, porque a maneira como o Direito Internacional Público é equacionado em cada ordenamento jurídico faz depender, em grande parte, do sucesso das soluções adotadas para efeito das relações exteriores com parceiros internacionais.

Cumpre, pois, cuidado e preocupação para que o Direito Nacional se ajuste às normas internacionais e lhes dê eficácia para facilitar o desenvolvimento dos acordos firmados e ratificados e, em caso de conflito com a lei interna, não frustre o seu cumprimento.

O poder jurisdicional de um Estado, significando a aptidão unilateral e soberana para editar os comandos de seu Direito Interno e interá-los com o Direito Internacional, há de ser exercido em sintonia com as normas consagradas de Direito Internacional Público, sem, contudo, perder de vista os valores, direitos e princípios proclamados na Constituição.

Como, para a Comunidade Internacional, haverá consideração superior para os cânones estabelecidos quanto às relações interestatais, a grande questão e, sobretudo, a maior dificuldade será exatamente fazer conciliação entre as tensões sociais da comunidade interna e a internacional.

A proposta deste ensaio, que se utilizou do método de investigação indutivo, procedimento monográfico, técnica bibliográfica, pesquisa de textos, jurisprudência e dados pela internet, além da demonstração gráfica para constatação dos resultados pretendidos, é abordar uma questão específica introduzida pela Emenda Constitucional nº45, considerando a eficácia dos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, especialmente

envolvendo os direitos humanos, sob a óptica de seus aspectos jurídicos, em razão das diversas tendências doutrinárias mas, principalmente, sob a análise crítica da aplicação prática.

O primeiro problema a ser considerado é condizente com o relacionamento entre o Direito Internacional Público e o Direito Nacional, que se reflete na hierarquia em que o primeiro é agraciado no ordenamento jurídico pátrio e suas consequências no âmbito internacional, para, em seqüência, confrontar as implicações da atual norma do §3º, do art.5º da CF/88, especificamente quanto à sua constitucionalidade.

Adiantamos, desde logo, conforme será demonstrado, que, em confronto com o Direito Comparado, os constituintes de 88 deixaram a desejar, não distinguindo a Lei Magna com a necessária atualidade em Direito Internacional Público, que a dinâmica das relações externas requer, em um mundo contemporâneo globalizado e integrado em blocos regionais.

Significa dizer que não houve o cuidado devido com os aspectos práticos da realidade internacional, os quais, já expressamos, traduzem melhores possibilidades para a vivência internacional de nosso País.

Certamente, as críticas e reações a essa omissão do Constituinte de 1988 produziram, agora, a solução preconizada no §3º acrescentado ao art.5º da Constituição pela EC-45, mas, se isto foi um avanço, também causa polêmica diante da nossa tradição constitucional.

O advento dessa norma constitucional, voltada especificamente para o tema dos direitos humanos, suscita a questão relativa à vigência dos tratados no Brasil e remete a uma velha discussão da doutrina e da jurisprudência acerca do status normativo que assumem esses tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Concretamente, ao longo dos anos, inúmeros casos surgiram na aplicação interna de tratados internacionais, sendo decididos pelos tribunais nacionais, em áreas como,

por exemplo: responsabilidade do transportador aéreo; Direito tributário; Direito do trabalho, na aplicação das Convenções da OIT; Direito da integração econômica, sobre os protocolos assinados no âmbito do Mercosul; e direitos humanos e aplicação do Pacto de San José da Costa Rica.

Houve grande repercussão, em virtude da conjuntura econômica e da expansão dos financiamentos de longo prazo a bens duráveis, da discussão sobre a aplicabilidade do Pacto de San José e prisão civil por dívida.

Pela Constituição brasileira, ante a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, há duas possibilidades de ocorrência de prisão civil: falta de pagamento de alimentos e depositário infiel. Como o Pacto só admite a primeira, ganhou destaque a questão sobre o efeito de sua incorporação no Brasil.

O STF rejeitou a tese de que o Pacto teria hierarquia de norma Constitucional e decidiu que este se encontra na mesma condição hierárquica dos demais tratados, pelo que continuaria válida a prisão do depositário infiel.

Na jurisprudência predomina, hoje, o entendimento firmado pelo STF no RE 80.004, de 1978<sup>2</sup>, por maioria de votos, no sentido de que os tratados internacionais têm hierarquia equivalente às leis ordinárias, podendo ser derogados pelas leis que forem supervenientes.

Os ministros chegaram a essa conclusão, analisando os dispositivos da CF anterior, que equivalem, na CF/88, aos arts. 102, III, b, e 105, III, a; isto é, consideraram que as normas provenientes de tratados são infraconstitucionais, pois sujeitas ao controle de constitucionalidade, por conseguinte, decidiram que teriam a mesma validade da lei ordinária, permitindo a sua suspensão por lei superveniente.

---

<sup>2</sup> RTJ 83/809, julgamento sobre a Lei Uniforme de Genebra.

Sobre a questão da inderrogabilidade por norma interna, reconheceram que, de fato, no âmbito internacional, os compromissos externos só podem ser extintos nas formas próprias ditadas pelo Direito Internacional Público, no entanto, decidiram que a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação internacionalmente.

Não se trata, porém, de posição pacificada no STF, onde remanesce o debate aceso quanto à questão da prisão do depositário infiel na alienação fiduciária em garantias, considerando a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José.<sup>3</sup>

Sendo o Poder Judiciário o guardião da Constituição, cabendo-lhe zelar pela correta aplicabilidade de seu conteúdo normativo, faz-se imperiosa a sujeição das normas externas ao sistema de Controle de Constitucionalidade, eis que diante da CF/88 (Art.5º, XXXV c/c Art.102) tem-se o princípio de que todo o ordenamento deva ser matéria jurisdicionável, inclusive as emendas feitas à Constituição, não se podendo, pois, excluir as normas originárias de tratados, pois é também a Constituição que lhes dá juridicidade, determinando a maneira válida de o País celebrar tratados e sua internalização. O exame da constitucionalidade dessas normas não deve, porém, ficar adstrito à sua compatibilidade com a ordem interna, mas também com os compromissos a que se obrigou o Estado na ordem externa.

---

<sup>3</sup> STF, HC 74.591/SP, 1<sup>a</sup> Turma, DJ 09.05.1997, Em questão o fato de a Convenção ter derrogação, ou não, o DL 911/69, sobre a prisão do depositário infiel. Os votos contrários basearam-se no permissivo constitucional do art. 5º, LXVII. Posteriormente, nos demais julgamentos, a jurisprudência da Corte, sistematicamente, vem negando eficácia ao Tratado Internacional (HC 75.903-8; HC 6561/SP e outros). No HC 79.785/RJ, o Min. Carlos Velloso restou vencido, fazendo, porém, importantes colações sobre o fato de que a CF consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados, sobre Direitos Humanos por disposição do art. 5º, § 2º, também restou vencido o Min. Marco Aurélio. No STJ, a jurisprudência interpretou que o Pacto revogou o DL 911/69, por unanimidade da Corte Especial daquele Tribunal. As normas da referida Convenção foram consideradas aplicáveis (ED-REsp 1998/0063056, Min. Rel. Rui Rosado de Aguiar, RT, vol. 777 em 05.05.1999). No STJ, RHC 52.239, DJU 29.09.1997, foi reconhecido excesso de prazo no julgamento penal, por força da aplicabilidade das normas da Convenção Americana.

Em suma, a CF/88 não estabelece hierarquia aos tratados de direitos humanos, no ordenamento jurídico pátrio, deixando campo para interpretações em doutrina e jurisprudência.

Assim, também, o novo comando constante do §3º, do art.5º da CF/88 se contrapôs ao § 2º do art. 5º.

Percorrer a história dos tratados (Capítulo 2), examinar as tensões que a celebração deles provam com a ordem legal interna (Capítulo 3) e verificar quais valores nacionais já se consagram com supremacia à qualquer relação internacional (Capítulo 4) permite concluir quanto ao propósito deste relatório de pesquisa, ou seja, uma questão de constitucionalidade ou não do §3º acrescentado ao art.5º da CF/88 pela EC-45, equiparando os tratados internacionais às emendas constitucionais quando sejam aprovados em dois turnos, em cada casa congressual, com o quorum de dois terços de seus membros.

Questionamos, ainda, neste trabalho, se estaria o §3º do art. 5º inserido pela Emenda Constitucional nº45/2004, restringindo direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais, sempre destacando a idéia da supremacia dos direitos humanos, tendo como pressuposto básico a consagração da democracia, também formada com o direito integrativo que tem origem nos tratados internacionais celebrados entre os Estados.

Esses tratados, criando ou modificando direitos, podem ou não se projetar no ordenamento jurídico dos países que os firmaram em comandos similares às normas constitucionais respectivas, desde que se possam conciliar as tensões entre os valores proclamados pela Constituição.

Não sendo desconhecida a espantosa velocidade dos fatos sociais em relação às atualizações do regramento jurídico, é incontestável que a importância e irreversibilidade da integração normativa já não mais permitem à comunidade jurídica nacional um posicionamento expectativo e silencioso, impondo-se, ao contrário, um aprofundado estudo da

temática e seus reflexos nas diversas áreas, para que não sejamos atropelados na incrível e veloz trajetória de sua concretização.

## 2 DOS TRATADOS

### 2.1 Breve notícia histórica

Antes de iniciar a memória histórica, faz-se oportuno dizer que a expressão “tratado” foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional, qualquer que seja sua denominação específica, sem embargo de que a terminologia empregada para os tratados é bastante imprecisa na prática internacional.

De qualquer modo, a definição mais utilizada pela doutrina encontra-se na Convenção da ONU sobre o Direito dos Tratados, de 1969 (Convenção de Viena), a saber:

Art. 1º. [...] a) “tratado” significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica.

A norma “*pacta sunt servanda*”, de aceitação ampla no Direito Internacional Público, confere obrigatoriedade aos tratados, integrando o conjunto dos princípios gerais de Direito, reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional. Os tratados, em princípio, só produzem efeitos entre as partes contratantes, desde que tenham entrado em vigor.

Uma vez celebrados, os tratados estabelecem uma relação jurídica entre Estados (ou entre Estados e organizações internacionais) e aplicam-se em todo o território estatal, desde o momento em que sejam cumpridas as normas internas relativas à sua entrada em vigor.

A origem dos tratados se apresenta com o desenvolvimento da sociedade primitiva, quando os homens agrupados em seus territórios passaram a sentir a necessidade de instituir normas para poderem estabelecer possíveis relações<sup>4</sup>.

Até então, não se poderia cogitar na existência sequer do Direito Internacional Público, que passou a se desenvolver em bases consuetudinárias, situação que persistiu até meados do século XX<sup>5,6</sup>.

Já na Antigüidade, entretanto, teve-se notícia dos primeiros tratados, que ocorreram accidentalmente em decorrência, sobretudo, dos contatos provocados pelas guerras e relações comerciais que precisavam ser regulamentadas por algum instrumento<sup>7</sup>.

Dúvidas pairam sobre qual teria sido o primeiro tratado firmado na história da humanidade. Andrade e Mello<sup>8</sup> noticiam que teria sido o tratado celebrado no ano 3.100 a.C., entre as Cidades-Estados Lagash e Umma, na Mesopotâmia, cujo objeto era fixar as fronteiras entre aquelas.<sup>9</sup>

Rezec, por sua vez, afirma que o primeiro registro seguro da celebração de um tratado bilateral foi o tratado de paz celebrado entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX dinastia, dispondo, entre outros assuntos, sobre o fim à guerra nas terras sírias. Foi celebrado entre 1280 e 1272 a.C.e, nas suas diversas cláusulas, estipulava: a) a paz perpétua que seria protegida pelas divindades de cada povo; b) aliança contra os inimigos; c) a

<sup>4</sup> Existe uma divisão doutrinária sobre a existência do Direito Internacional na Antigüidade e consequentemente dos tratados: os que a negam fazem devido às ínfimas relações mantidas entre os povos; os que a admitem colocam-no como consequência necessária de toda civilização, uma vez que os povos antigos mantinham relações entre si e já aplicavam alguns institutos do Direito Internacional, tais como a arbitragem, de acordo com MELLO. Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 11. ed. (vol. 1). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 143.

<sup>5</sup> DALLARI, Pedro B. A.. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

<sup>6</sup> SCHUELTER, Cibele Cristiane. Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: OAB/SC, 2003, p.66.

<sup>7</sup> ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Público. 1<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1975, p. 22.

<sup>8</sup> Idem, p. 23.

<sup>9</sup> O rei de Kish Messilin seria o responsável pela fixação das fronteiras, sem que se possa precisar se ele atuou como árbitro com base em um tratado ou não, conforme noticia Mello (op. cit., p. 144).

entrega de criminosos políticos que se refugiassem no território do outro Estado contratante; d) o comércio entre as duas nações<sup>10</sup>. Não existe notícia de inobservância do pactuado<sup>11</sup>.

A inviolabilidade dos tratados teve suas raízes na Antigüidade Oriental. Os gregos, procurando estabelecer relacionamento com outros povos em virtude dos fatores comuns que os ligavam, tais como raça e religião, procuraram normatizar essas relações. Eles confeccionavam os tratados em grandes placas de bronze e os colocavam nos templos para que o povo se inteirasse de seu conteúdo<sup>12</sup>, que, além de prever sua própria revisão, previam, também, o consentimento do Conselho e da Assembléia do povo, antes de serem promulgados e haver a troca de ratificações, contudo somente entravam em vigor a partir do juramento dos embaixadores gregos. Esses tratados possuíam como sanções a opinião pública e a religiosa<sup>13</sup>.

Em Roma, as normas internacionais se desenvolveram no *jus gentium* e no *jus fetiale*. Os responsáveis pela feitura dos tratados e concessão da extradição eram os *feciais*, colégio de vinte membros das famílias tradicionais de Roma, que aplicavam o *jus fetiale*<sup>14</sup> normas aplicadas nas relações com nações estrangeiras.

O *jus gentium* continha dispositivos sobre tratados, declaração de guerra e embaixadores, embora de Direito Interno, estabeleciam as regras de relações entre os povos daquela época, mais precisamente entre romanos e alienígenas, geralmente de caráter comercial<sup>15</sup>.

Com o desaparecimento dos *feciais*<sup>16</sup>, pelo alargamento das fronteiras de Roma, suas atribuições passaram a ser do Senado.

<sup>10</sup> MELLO (op. cit., p. 144).

<sup>11</sup> REZEK, J. F. Direito Internacional Pùblico. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998., 1998, p. 12.

<sup>12</sup> ANDRADE (op. cit., p. 23).

<sup>13</sup> MELLO ( op. cit., p. 146).

<sup>14</sup> O *jus fetiale* tinha caráter nitidamente religioso, continha alguns preceitos relativos à declaração de guerra e à sua conclusão, de acordo com Accioly (1988, p. 7). Mello (op. cit., p. 147) atribui também ao *jus fetiale* as funções políticas e judiciais.

<sup>15</sup> MATTOS, Adherbal Meira. Direito Internacional Pùblico. São Paulo: Saraiva, 1980, pp.7 e 15.

<sup>16</sup> Os *feciais* já não existiam no final do século III da era cristã.

Os tratados em Roma foram classificados em “amicitia”, “hospitium” e “foedus”. O “amicitia” garantia a vida e os bens do estrangeiro com o compromisso do estrangeiro não auxiliar os inimigos de Roma. O “hospitium” estipulava a hospitalidade e a recíproca tutela jurídica nas relações de direito privado. O “foedus” consistia em pacto já ratificado e com força vinculante e estabelecia uma relação jurídica perpétua onde seus signatários criavam um estado de paz permanente. Existiam também promessas de tratados que somente se tornavam obrigatórias quando aprovadas pelo Senado<sup>17</sup>.

O instituto da ratificação dos tratados, por sua vez, teve suas raízes em Roma<sup>18</sup>, onde o povo, inicialmente, era o responsável pela ratificação. Mais tarde, os tratados passaram a ser submetidos ao Senado<sup>19</sup>.

A Idade Média representou uma era de grande avanço às relações internacionais marcada, sobretudo, pela participação decisiva da Igreja Católica mediante a atuação dos papas junto às nações, cabendo-lhe, inclusive, o poder de determinar ao príncipe o cumprimento ou anulação dos tratados celebrados. A “lei do mais forte” era condenada pela igreja que tinha como arma para justificar esse seu poderio a excomunhão.

Como instrumentos de controle das guerras, a igreja utilizou-se das instituições “Paz de Deus”, “Trégua de Deus” e sua sucessora a “Quarentena do Rei”, que impunham respeitos a seres humanos como camponeses e viajantes e proibiam, dentre outras coisas, as guerras privadas<sup>20, 21</sup>.

Também neste período surgem a imprensa e os primeiros tratados impressos. Os tratados, antes transcritos em pergaminhos e guardados nos arquivos e cujo conteúdo quando muito poderia ser proclamado pelos arautos, mas que os particulares não poderiam

<sup>17</sup> MELLO (op. cit., p. 147).

<sup>18</sup> Celso de Albuquerque Mello (op. cit., p. 207) noticia, no entanto, ser este instituto mais antigo, já que encontrado no tratado de Ramsés, II, do Egito, e Hittisuli, rei dos Hititas, no ano 1280 a. C. (Taube), ou 1291 a. C. (Nussbaum).

<sup>19</sup> ANDRADE (op. cit., p. 115).

<sup>20</sup> ANDRADE (Idem., p. 25).

manusear<sup>22</sup>, passaram a ser publicados, inclusive em compilações, algumas delas gigantescas, pondo fim aos pactos secretos celebrados entre monarcas, que comprometiam o Estado sem que os súditos tomassem conhecimento do compromisso firmado. Passaram a ser repudiados os tratados secretos.

No período moderno, a supremacia do papado foi destruída pela Reforma e houve o fortalecimento dos grandes Estados, consolidando o princípio da soberania absoluta, que emanou da formação do Estado Moderno.

O século XVII foi marcado pela realização do primeiro Congresso Internacional que foi denominado “Paz de Vestefália” (1648), quando onde inúmeros tratados foram celebrados e reunidos no Ato Geral de Vestefália – Tratado de Vestefália - pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, além de determinar a criação e reconhecimento de novos Estados como livres: a Suíça e a Holanda; incorporação da Alsácia à França; e criou a paz religiosa na Alemanha. Da realização do tratado de Westfália<sup>23</sup> emanou a noção de equilíbrio em virtude da obrigatoriedade dos acordos<sup>24</sup>.

O sistema internacional passa a ser o fiel da balança de poder que, objetivamente, consiste na tentativa de evitar que Estados hegemônicos se imponham sobre a Europa, já que os Estados passam a aceitar regras e instituições que limitam sua ação<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> ACCIOLY (op. cit. p. 7).

<sup>22</sup> RODAS, João Grandino. A publicidade dos tratados Internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 11.

<sup>23</sup> Realizados nas cidades de Münster e Osnabrück, na província de Westfália, a assinatura desses tratados instituiu uma trégua na Europa, provocando imensas mudanças, dentre as quais podemos citar: a investidura dos príncipes alemães de autoridade soberana, com liberdade de guerra, tratados e comércio; tentativa de partilha do Brasil; progresso no surgimento do pluralismo político. (ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. Novos Paradigmas. In: Direito Internacional Público. Porto Alegre: Ed Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 90-95).

<sup>24</sup> MATTOS (op. cit., p. 16).

<sup>25</sup> Rousseau ressalta que o sistema de equilíbrio de poder é, ao lado das condições sociológicas, a condição política para que se dê um passo adiante e se reconstitua “racionalmente” a ordem internacional. Reitera, também, a idéia de que as vantagens da guerra são efêmeras, já que sempre engendrariam reação dos que foram prejudicados; dos que ficaram em condições, reais ou virtuais, de serem ameaçados, segundo prefácio de Gelson Fonseca Junior, in Jean-Jacques Rousseau. Rousseau e as Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 2003, p. XXXIII..

O Tratado de Utrecht, celebrado em 1713, instituiu o princípio do equilíbrio de forças, fixando, assim, a idéia da organização da comunidade internacional onde nenhum Estado imporia sua vontade a outro.

Até meados do século XVIII, a conclusão dos tratados internacionais era prerrogativa exclusiva dos monarcas, que eram concluídos por estes ou em seu nome, já que exerciam poder ilimitado e exclusivo, passando a ser os próprios sujeitos de Direito Internacional. Não havia, portanto, qualquer tratado contrário à Constituição, ou regras constitucionais em contradição com o Direito Internacional Público, já que os reis determinavam a vigência dos atos internacionais concluídos com outros monarcas<sup>26</sup>.

O acontecimento histórico que demarca o início do período contemporâneo foi a Revolução Francesa, provocando a queda do absolutismo dos reis, instituindo o povo como titular do poder político e instituindo, em 26 de agosto de 1789, a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>27</sup>.

Este documento, que se tornou um clássico para as democracias do mundo contemporâneo, foi aprovado pela Assembléia Constituinte, no contexto inicial da Revolução Francesa, e seus princípios iluministas tinham como base a liberdade e igualdade perante a lei, a defesa inalienável à propriedade privada e o direito de resistência à opressão<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O poder legislativo e os tratados internacionais. Porto Alegre: L&PM, 1983, pp. 24/25.

<sup>27</sup> Ressalte-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não foi o primeiro instrumento formal de reconhecimento dos Direitos do homem na ordem internacional. Antecederam a essa Declaração, inclusive influenciando-a: a Magna Charta Libertatum, do rei João da Inglaterra, mais conhecido como João-sem-Terra, celebrada em 1215, outorgando liberdades à Igreja e ao rei inglês. (COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999); "Bill of Rights", promulgado em 1688, continha treze preceitos que inibia o abuso do poder real. (SOARES, Evanna. A Constitucionalização dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/trabevan4.htm>> Acesso em: 22 fev. 2005); Declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, seguida das várias outras declarações de direitos de cinco outras colônias que reconheceram os direitos de toda a pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo, além dos princípios da igualdade e da liberdade de todos perante a lei, rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos, que, além de proclamar sua independência, passaram a ser parte integrante do Texto Constitucional americano. (SCHILLING, Voltaire . A história da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/06/25/001.htm>> Acesso em: 22 fev. 2005).

<sup>28</sup>MELO, Diogo Barreto. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://editoraj.tripod.com.br/jornalhistoriando/id28.html>> Acesso em: 22 fev. 2005.

Ressalte-se que, apesar da precedência da Constituição norte-americana<sup>29</sup>, a Assembléia Constituinte, convocada pela Revolução Francesa, consagrou a obrigatoriedade de apreciação, pelo Poder Legislativo, dos tratados celebrados, verdadeira inovação constitucional pautada na democracia emergente dos ideais revolucionários, já que os tratados não só obrigam os Estados, mas também os cidadãos, impondo-lhes obrigações<sup>30</sup>.

Em 1815, ocorreu o segundo Congresso Internacional europeu consagrando a queda de Napoleão – Congresso de Viena – culminando com o compromisso que determinava, dentre outras coisas, a internacionalização dos grandes rios europeus e, portanto, liberdade de navegação nesses cursos, proibição do tráfico de negros, classificação dos agentes diplomáticos.

Nesse mesmo ano (1815), por meio do tratado entre Rússia, Prússia e Áustria, foi firmada a Santa Aliança, cujo objetivo era evitar a guerra e resolver os conflitos entre os signatários, recomendando aos chefes de Estado que submetessem a sua autoridade aos princípios cristãos. França e Inglaterra ingressaram posteriormente, transformando-o em Quádrupla e Quíntupla aliança. Pretendia, também, a submissão dos interesses dos demais países europeus à autoridade e poder dos dirigentes do grupo. Ante o temor americano, surgiu, em 1823, a conhecida Doutrina Monroe com o princípio da não-colonização da América, da não-intervenção e do isolacionismo norte-americano, influenciando as relações interamericanas.

A época foi pródiga em convenções, celebradas nos grandes congressos internacionais, dentre os quais se pode citar: Congresso de Paris, em 1856, pôs fim à Guerra da Criméia<sup>31</sup> e supriu o corso<sup>32</sup> ao estabelecer normas para o Direito Marítimo; a

<sup>29</sup>“O controle das relações internacionais foi introduzido, pela primeira vez, na Constituição dos EUA, por exemplo, ao estabelecer a aprovação pelo Senado dos tratados internacionais”. (Constituição norte-americana apud MELLO, Celso Albuquerque. Constituição e Relações Internacionais. In: DOLINGER, Jacob (coord.). A Nova Constituição e o Direito Internacional – Propostas e Sugestões. RJ: Freitas Bastos, 1987, p. 17.

<sup>30</sup> MEDEIROS (op. cit., p. 28-29).

<sup>31</sup> Ocorreu entre França, Inglaterra, Rússia e Turquia.

conferência de Genebra, em 1864, responsável pela criação da Cruz Vermelha Internacional<sup>33</sup>; o Congresso de Berlim, que regularizou a situação dos Estados balcânicos; Conferência Africana de Berlim, que criou novo requisito para a ocupação da bacia do Congo; a 1<sup>a</sup> Conferência de Haia, em 1889, que criou a Corte Permanente de Arbitragem, para a solução pacífica dos litígios internacionais.

O século XX notabilizou-se pelos inúmeros tratados celebrados que evidenciaram o maior desenvolvimento do Direito Internacional Público. Há de se ressaltar que a importância e obrigatoriedade dos tratados celebrados eram cada vez mais notórias e os Estados, agora também os da América do Sul, passaram a participar dos tratados celebrados e a realizar congressos internacionais para a discussão de assuntos internacionais<sup>34</sup>.

Também nesse século, em 1907, ocorreu a 2<sup>a</sup> Conferência de Paz de Haia, com participação de 44 países, inclusive da América do Sul, com resultados mais proveitosos do que a primeira<sup>35</sup>.

A primeira Guerra Mundial, de 1914-1918, provocou o surgimento de algumas organizações internacionais com reconhecida personalidade internacional, bem como a Sociedade das Nações e a Corte Permanente de Justiça Internacional<sup>36</sup>.

Pela primeira vez<sup>37</sup>, em 1928, na Cidade de Havana, celebrou-se uma Convenção sobre tratados até hoje em vigor<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> O corsário era um agente do governo de seu país, o que o distinguia do pirata, segundo Mattos (op. cit., p.17).

<sup>33</sup> Convenção assinada em 22 de agosto de 1864 em Genebra; ratificações depositadas em 22 de junho de 1865. (Convenção Da Cruz Vermelha Socorro Aos Feridos Nos Campos De Batalha. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.militar.com.br/legisl/direitoshumanos/cruzvermelha.htm>> Acesso em: 22 fev. 2005).

<sup>34</sup> Accioli (op. cit., p. 12) aponta vários Congressos internacionais realizados por países da América do Sul: Conferências Internacionais Americanas.

<sup>35</sup> Segundo Mello (op. cit., p. 154).

<sup>36</sup> O estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, em seu artigo 38, dispunha sobre tratado como fonte do Direito Internacional Público, o que foi mantido na íntegra e com a mesma numeração pelo art. 38 da Corte Internacional de Justiça, consoante Dallari (2003, p. 13).

<sup>37</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro apud SCHUELTER, Cibele Cristiane. Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

O advento da Segunda Guerra Mundial enfraqueceu as relações internacionais e foi, portanto, muito prejudicial ao desenvolvimento do Direito Internacional Público, pondo fim, em 1939, à Liga das Nações e à Corte Permanente de Justiça.

O que se pôde observar, após a Segunda Guerra Mundial, foi a necessidade, sobretudo, da manutenção da paz e a organização de novas estruturas nas relações internacionais, daí por que a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), em substituição à Sociedade das Nações, embora que com os mesmos norteamentos jurídicos, no que concerne à manutenção da paz e segurança internacional, com estrutura diversa e bem mais complexa.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a criação da ONU, a Assembléia Geral, órgão dessa organização, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmando a posição do homem como sujeito de Direito Internacional<sup>39,40</sup>.

Não foi tranquila a aceitação da declaração de direitos, sequer pelos Estados seus redatores<sup>41</sup>, que não se dispuseram a cumpri-la desde o primeiro momento, o que resta evidenciado pelas resistências à outorga de natureza obrigatória aos direitos nela definidos e pela demora de vinte anos para serem aprovados na ONU (em 1966) e trinta para entrar em vigor no âmbito internacional (em 1976, ano em que obtiveram o número de ratificações necessárias) dos dois principais tratados de direitos humanos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e

<sup>38</sup> A Convenção de Havana ainda está em vigor no Brasil e foi sancionada pelo Decreto nº 5.647, de 08.01.1929, ratificada em 30.07.1929, promulgada pelo Decreto nº 18.596 de 22. 10.1929, e publicada no DOU de 12.12. 1929. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador) Coletânea de direito internacional. 3<sup>a</sup> ed. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.258.

<sup>39</sup> Segundo Mello (op. cit., p.737). : “Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de DI”. Esse mesmo autor aponta a existência de vários autores que divergem sobre a inclusão ou não do homem como sujeito de Direito Internacional.

<sup>40</sup> Criticando o questionamento sobre a subjetividade internacional do homem, Agenor Pereira de Andrade (1975, p. 200) assim se manifesta: “Não é mais admissível negar-se a subjetividade internacional do homem. Possui ele direitos e obrigações que o enquadram e o responsabilizam diretamente no ordenamento jurídico externo, tornando-o inequívoco e legítimo sujeito de direito, com personalidade jurídica definida no âmbito internacional”.

<sup>41</sup> ALVES, J. A. Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-modernidade. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev3.htm>> Acesso em: 22 fev.2005.

Culturais – que eram de caráter compulsório para os respectivos Estados-partes; destacando-se que até hoje não receberam a adesão de todos os países.

Inegável, porém, é o reconhecimento da importância dessa declaração para o respeito aos direitos humanos na ordem internacional. Assim, bem situou esta importância o Secretário Geral da ONU:

Graças à Declaração Universal, os direitos humanos estabeleceram-se em todo o lugar como uma legítima preocupação política e moral e a comunidade internacional dá apoio aos direitos humanos para que o cidadão comum possa recorrer a instrumentos de contestação e inspiração e que leis reforçando os direitos humanos se desenvolvam em diferentes regiões do mundo<sup>42</sup>.

Já a partir de 1949 surgiu para a ONU a preocupação na elaboração de regras para regerem os tratados, a fim de que esses pudessem melhor regular as relações internacionais, o que veio a ocorrer anos mais tarde com a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, realizada em 1969, quando seu texto foi ultimado, entrando em vigor, contudo, somente em 1980<sup>43</sup>.

Nesta Convenção, em seu artigo 2º<sup>44</sup>, ficaram determinados o conceito, a forma e as partes de um tratado, de onde, consoante observou Celso D. de Albuquerque Mello, se conclui “que a convenção excluiu da sua regulamentação os tratados entre organizações internacionais ou outros sujeitos de Direito Internacional”<sup>45</sup>.

Nova Convenção, também realizada em Viena no ano de 1986, veio a disciplinar a participação das organizações internacionais nos tratados com a aprovação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações

<sup>42</sup> ANNAN, Kofi A. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948-1998: Conquistas e Desafios. Prefácio. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1998, pp.16/17.

<sup>43</sup> Somente em 27 de janeiro de 1980, quando atingiu o quorum de trinta e cinco Estados-partes, consoante estava previsto no artigo 84 da referida Convenção, segundo Rezek (1998, p. 13).

<sup>44</sup> Art. 2. Expressões empregadas. 1. Para fins da presente Convenção: a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (grifo nosso). (MAZZUOLI, 2005, p.259).

<sup>45</sup> MELLO (1987, p. 191).

Internacionais ou entre Organizações Internacionais<sup>46</sup>, embora os tratados anteriormente a ela celebrados não tenham se reputado inválidos, já que a doutrina majoritária reconhecia e se posicionava favorável à realização de tratados que tivessem como parte as organizações internacionais.

Com o desenvolvimento tecnológico, a evolução dos meios de transporte, o estreitamento das relações internacionais entre os Estados, os tratados ganharam nesse século bastante reconhecimento internacional hoje tendo primazia sobre todas as outras fontes de Direito<sup>47</sup>, sobretudo ao costume, que prevalecia até meados do século XX<sup>48</sup>.

Gonçalves Pereira e Fausto Quadros apresentam dados estatísticos, demonstrando a crescente importância dos tratados nas relações internacionais, já que: de 1500 a.C. a 1860, foram concluídos 8.000 tratados; de 1947 a 1984, foram firmados entre 30 e 40.000 tratados; e entre 1984 e 1992 foram celebrados 10.000 tratados<sup>49</sup>.

O Direito Constitucional pátrio mostra que o Brasil nunca teve uma preocupação em cuidar do tema, haja vista as omissões e contradições concernentes ao assunto “tratados e relações internacionais”.

Observa-se que, desde a Constituição do Império, o tema foi manifestado com superficialidade, gerando, muitas vezes, contradição, inclusive com a terminologia empregada para designar os pactos internacionais.

Cabe, ainda, noticiar que, entre os anos de 1826-1827, “surge no Parlamento brasileiro uma corrente antitratados reivindicando a aprovação dos tratados pela Assembléia.

<sup>46</sup> “Art 1. Âmbito da presente Convenção. A presente Convenção aplica-se: a) a tratados entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais, e b) a tratados entre organizações internacionais.” (MAZZUOLI, 2005, p.280).

<sup>47</sup> Por ser a mais democrática, tendo em vista a participação direta dos Estados na sua elaboração (cf. MELLO, op. cit., p. 191).

<sup>48</sup> DALLARI (2003, p. 14).

<sup>49</sup> Segundo Mello (op. cit., p. 190).

Quando, em 1831, a Assembléia passa a ter o poder de aprovar ou não todos os tratados; contudo, a Lei de 23 de novembro de 1841 põe termo ao sistema de tratados”<sup>50</sup>.

Outra discussão bastante prolongada no sistema constitucional brasileiro, acerca do tema “tratados”, foi sobre os poderes do Congresso Nacional e do Chefe do Executivo para decidir sobre tratados, o que variou sobremaneira ao longo dos anos, até hoje remanescendo as dúvidas sobre a limitação desses poderes.

## 2.2 Conceito e Terminologia

O conceito de tratado veio se modificando com o passar dos anos, quando deixou de ocorrer accidentalmente<sup>51</sup> e passou a resultar de convenções que passaram a disciplinar seu conteúdo e sentido.

Somente em 1969, quando foi ultimada a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que entrou em vigor em 1980<sup>52</sup>, surgiu o conceito jurídico de tratado: “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”<sup>53</sup>.

Nesta Convenção, em seu artigo 2º<sup>54</sup>, determinou-se o conceito, a forma<sup>55</sup> e as partes de um tratado<sup>56</sup>, donde se conclui que esta convenção excluiu como partes nos tratados as organizações internacionais<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas – O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 138.

<sup>51</sup> ANDRADE, (1975, p. 22).

<sup>52</sup> Somente em 27 de janeiro de 1980, quando atingiu o quorum de trinta e cinco Estados-partes, consoante estava previsto no artigo 84 da referida Convenção, segundo Rezek (op. cit., p. 13).

<sup>53</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). Coletânea de direito internacional. 3ª ed.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 259.

<sup>54</sup> Art. 2. Expressões empregadas. 1. Para fins da presente Convenção: a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (Grifo nosso). (MAZZUOLI, idem, ibidem).

<sup>55</sup> A forma escrita vem sendo estabelecida desde a Convenção de Havana, celebrada em 1928, e mantida como forma essencial aos tratados pelas duas outras convenções posteriores - Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que entrou em vigor em 1980; e Convenção de Viena sobre o direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais – a doutrina admite a realização e

Esse equívoco foi sanado com a outra Convenção disciplinadora dessa matéria, também realizada em Viena, determinando, a partir de então, que: tratado significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito; i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica<sup>58</sup>.

Apesar dessa determinação convencionada do real sentido da expressão “tratado”, várias são as denominações que decorrem dela, provocando um dissenso doutrinário quanto à propriedade das terminologias empregadas para esse acordo internacional.

Observa-se que, na realidade, o que ocorre é o uso indiscriminado das variantes de tratado, sem que se possa detectar possíveis diferenciações nos termos empregados, de onde já se pôde detectar cerca de vinte denominações diversas para esse verbete somente em língua portuguesa<sup>59</sup>.

Tratado é, portanto, a expressão genérica, cujas variações são significados que se modificam, dependendo da forma, conteúdo, objeto e finalidade<sup>60</sup>, embora o legislador

<sup>56</sup> obrigatoriedade dos acordos orais, com fulcro no que determina o art. 3º da última Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

<sup>57</sup> Essa convenção foi assinada pelo Brasil, mas ainda está em tramitação no Congresso Nacional para fins de aprovação parlamentar e posterior ratificação pelo Presidente da República. (SOARES, 2002, p. 58). J.M. Othon Sidou (2003, p. 489) informa que, “desde 1992, esse importante diploma se encontra na dependência da ‘resolução definitiva’ do Congresso Nacional, obstaculizada por dispositivos alegadamente conflitantes com o direito pátrio. Um deles de menor monta, o art. 25, relaciona-se com a aplicação provisória dos tratados, exatamente infenso ao preceito inexcetuado do art. 49 (I) constitucional; o outro, o art. 66, versa sobre o procedimento para a solução judiciária, arbitramento e conciliação, ou seja, a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça. O Brasil adota o princípio da arbitragem, mas impugna a arbitragem impositiva de Direito Constitucional Internacional”.

<sup>58</sup> MELLO (1987, p. 191).

<sup>59</sup> MAZZUOLI (2005, p.280).

<sup>60</sup> REZEK, J. F.(1998, p. 15).

<sup>60</sup> ACCIOLY (1988, p. 24).

pátrio, muitas vezes, empregue as expressões “Tratados e Convenções” como se fossem expressões diversas, afrontando, assim, a cultura jurídica pátria<sup>61</sup>.

A Constituição Federal de 1988 emprega várias expressões para designar os atos de vontade interestatais: tratado, tratados internacionais, acordos, convenções e atos internacionais<sup>62</sup>.

Há, contudo, quem pretenda estabelecer a distinção entre essas expressões sinônimas, designando ser o termo Convenção empregado para “designar os acordos entre Estados, objetivando assuntos de natureza econômica, comercial ou administrativa”<sup>63</sup>, ou ainda, “acordos de função limitada ou especializada”<sup>64</sup>.

Além de Convenção, podemos citar como variações do termo tratado as seguintes: Acordo, Declaração, Protocolo, Ato Geral, Concordatas, Modus vivendi, Troca de notas, Notas reversais, Acordos executivos, Compromisso, Acomodação, Convênio, Carta, Estatuto, Pacto; - que não têm o condão de designar acepções ou coisas diversas<sup>65</sup>.

Ressaltemos que a expressão “gentlemen’s agreements”<sup>66</sup> não está dentro da acepção jurídica do termo tratado, uma vez que se trata de um pacto político e pessoal entre estadistas, sem gerar qualquer obrigação aos Estados e fundado sobre a moral dos governantes. Os contratantes não são sujeitos de Direito Internacional aptos a celebrar o pacto<sup>67</sup>.

### 2.3 Classificação dos Tratados

Várias e possíveis são as formas de classificação de tratados pela doutrina

<sup>61</sup> ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. O Direito dos Tratados na Constituição. In: DOLINGER, Jacob. A Nova Constituição e o Direito Internacional – Propostas e Sugestões/coordenação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 40.

<sup>62</sup> Art. 5º, §2º; Art. 49, inciso I; Art. 84, inciso VIII; Art. 102, inciso III; Art. 105, inciso III; Art. 178, caput. (cf. SOARES, 2002, p. 60).

<sup>63</sup> ARAÚJO (Idem, *ibidem*).

<sup>64</sup> LITRENTO, Oliveiros. Curso de Direito Internacional Público. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 108.

<sup>65</sup> SCHUELTER (2003, p.70).

<sup>66</sup> Cibele Cristiane Schuelter (*op. cit.*, p.74) manifesta-se contrária a esse entendimento e colocando a expressão gentlemen’s agreements como sinônima de acordo em forma simplificada.

<sup>67</sup> REZEK, (1998, p. 20).

pátria, a partir das quais se pode concluir a que fases estarão esses instrumentos internacionais sujeitos para a sua conclusão.

Os tratados podem ser classificados:

1) quanto ao aspecto formal: a) pelo número de partes, o tratado pode ser bilateral, se realizado entre duas pessoas jurídicas internacionais, ou multilateral<sup>68</sup>, quando forem mais de duas as partes tratantes<sup>69</sup>; b) pela possibilidade da aceitação de cláusula de adesão, o tratado pode ser aberto ou fechado; c) escritos e verbais. Apesar da Convenção de Viena trazer a determinação de que o tratado será concluído por escrito<sup>70</sup>, é reconhecida a obrigatoriedade dos tratados celebrados sob a forma oral<sup>71</sup>;

2) quanto ao procedimento de conclusão adotado ou ao modo de entrada em vigor: a) tratado em forma simplificada<sup>72</sup> ou Executive Agreements, que se conclui sob a autoridade do chefe do Poder Executivo<sup>73</sup> e entra em vigor, no momento de sua assinatura, ou quando predeterminado no texto do tratado, sem a necessidade de ratificação ou qualquer ato posterior<sup>74</sup>. Ressaltemos que não será executivo se os governos estiverem agindo com apoio em aprovação parlamentar prévia; b) tratados em devida forma que necessitam de ato solene posterior à assinatura para obrigar os Estados signatários internacionalmente nos termos pactuados. Destaquemos o fato de que, apesar das críticas doutrinárias existentes e divergentes, os tratados em forma simplificada são adotados pelo Brasil;

3) quanto ao aspecto material: a) tratados-leis ou normativos verdadeiras

<sup>68</sup> Accioly (1988, p. 24) noticia que em 1968 a Delegação da França submeteu proposta visando à inclusão na Convenção do conceito de tratado multilateral restrito, que seria aquele cujo objetivo é a vinculação apenas dos Estados mencionados num tratado cuja entrada em vigor depende do consentimento de todos os Estados que o negociaram.

<sup>69</sup> Normalmente esses tratados são abertos, ou seja, admitem cláusula de adesão, segundo Mello (op. cit., p. 198).

<sup>70</sup> Art. 2. 1. a. da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, repetindo o disposto no mesmo artigo da Convenção de 1969.

<sup>71</sup> Art. 3 da Convenção de Viena celebrada em 1969 e 1986. Mello (idem., p. 245) ressalta que a Comissão de Direito Internacional da ONU adotou a orientação de que não é nulo o tratado oral.

<sup>72</sup> Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (1983, p. 145) aponta que, de 1946 a 1981, o Brasil teria realizado 317 acordos sem a autorização do Legislativo, sendo prática intensa naquele período.

<sup>73</sup> REZEK (1998, p. 27).

<sup>74</sup> SOARES (2002, p. 61).

fontes de Direito Internacional Público, uma vez que são configuradores de normas gerais de Direito Internacional, geralmente multilaterais e abertos, que unificam vontades estatais de conteúdo idêntico<sup>75</sup>; e b) tratados-contratos procuram regular interesses recíprocos entre os Estados, perfazendo-se, geralmente, de forma bilateral. Essa classificação vem padecendo de perda de prestígio<sup>76</sup>;

4) quanto ao critério de execução no tempo: a) estáticos ou executados, quando definem situação jurídica definitiva e objetiva; e b) dinâmicos, quando obrigam as partes por tempo definido ou indeterminado.

Existem outras classificações apontadas pela doutrina pátria dentre as quais podemos citar as destinadas a tipos de tratados multilaterais: o umbrella treaty, que significa um tratado de grande alcance normativo, sob cuja sombra outros tratados se encontram e que serviu de base normativa à elaboração de outros tratados, com objetivos por ele permitidos.

## 2.4 Fases de Conclusão dos Tratados

Sendo um acordo internacional, faz-se óbvio que existe um precedente caminho político para se chegar ao tratado.

As fases de conclusão dos tratados podem ser analisadas, no seu aspecto formal e quanto aos seus efeitos, tanto no âmbito internacional, como no âmbito interno.

Assim, as fases externas do tratado são:

a) Negociação. Fase em que os pactuantes (Estados e/ou Organizações Internacionais) discutem os termos fundamentais do tratado, até que cheguem à conclusão sobre sua redação. Destaquemos a idéia de que esta fase pode ocorrer, em caso de tratados bilaterais, tanto por meio de contatos entre a missão diplomática e a Chancelaria local, quanto por meio de comissões especiais que se reúnem em um dos Estados contratantes; no caso dos

<sup>75</sup> ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Estudos de Direito Internacional Público. v. II. RJ: Editora Alba Ltda, S/D, p. 177.

<sup>76</sup> REZEK (op.cit., p. 29).

tratados multilaterais, por meio de comissões ou grupos de trabalho constituídos pelos representantes dos Estados, com um pessoal diplomático e/ou técnico<sup>77</sup>, ou por meio da organização internacional que estiver participando do tratado. No Brasil, apesar de ser competência do Presidente da República (CF/88, art. 84, /VIII) a celebração dos tratados, por não se tratar de competência exclusiva, mas privativa, é, como a maioria dos atos internacionais, delegada ao Ministério das Relações Exteriores, organismo “auxiliar” do Presidente da República para condução da política externa<sup>78</sup>.

b) Assinatura. É a fase de conclusão dos tratados, quase sempre bilateral, que, antecedida pela negociação, põe termo a ela. Via de regra executada por agentes plenipotenciários, passou a ser objeto de delegação dos chefes do Executivo a fim de que estes pudessem, em momento posterior, analisar aquilo que teria sido objeto de discussão internacional e somente depois ratificar o pactuado. Destaquemos a noção de que, no período em que predominou a Teoria do Mandato, a assinatura vinculava o soberano que teria, obrigatoriamente, que ratificar o tratado o que não se verifica mais, haja vista a possibilidade de posterior ratificação.

Pode se tratar, dependendo do acordo, de uma simples autenticação<sup>79</sup>, ou de uma autenticação e uma expressão da vontade de dar continuidade ao procedimento; ou uma autenticação e vontade de se engajar definitivamente nos termos do tratado<sup>80</sup>. Nesta fase, os Estados firmam aquilo que foi amplamente discutido, externando o definitivo consentimento das pessoas jurídicas internacionais pactuantes<sup>81</sup>. É o primeiro momento para a aposição de

<sup>77</sup> SOARES (2002, pp. 66 e 67).

<sup>78</sup> MEDEIROS (1983, p.106).

<sup>79</sup> O art. 10 da Convenção de Viena entre Estados e Organizações Internacionais determina que uma das formas de autenticação do tratado dá-se pela assinatura ou rubrica dos representantes dos Estados e Organizações ao texto do tratado ou da Ata Final da conferência que incorpora o referido texto. (MAZZUOLI, 2005, p. 283).

<sup>80</sup> REUTER, Paul. *Introduction au droit des Traités*. Paris: Collection U, Serie Relations et institutions internationales. Librairie Armand Colin, 1972, p. 68

<sup>81</sup> Oliveira Litrento (1997, p.111) afirma que, com a ratificação, a assinatura perdeu a importância. . No mesmo sentido, Cibele Schuelter (2003, p.78) entende que a assinatura não vincula o governo do Estado, já que pode deixar de ratificar o tratado firmado. Antonio Cachapuz de Medeiros (1983, p. 109) corrobora este entendimento, destacando, contudo, a restauração da importância da assinatura, tendo em vista a celebração de elevado número

reservas<sup>82</sup>.

Aréchaga<sup>83</sup> situou dentre as diversas funções da assinatura algumas que merecem destaque. Podemos citar: que a assinatura autentica atestando que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado; a partir da assinatura, terão início os prazos para a troca ou depósitos dos instrumentos de ratificação e adesão; surge, a partir de então, o dever das partes pactuantes de se absterem de praticar qualquer ato que inviabilize a aplicação do tratado<sup>84</sup>, sob pena de responderem internacionalmente, devendo, para se desobrigar do firmado, avisar que não concordam com o que assinaram.

Celso D. de Albuquerque Mello<sup>85</sup> noticia que a assinatura é alvo de modificações citando, dentre elas a inexigibilidade de assinatura nas convenções internacionais do trabalho e a aposição de assinatura diferida<sup>86</sup>, que se confunde com a ratificação<sup>87</sup>, embora aquela possa sofrer limitações.

Os tratados em forma simplificada entram em vigor a partir da assinatura, quando se concluem sob a autoridade do Chefe do Executivo, salvo quando predeterminado de forma diversa no texto do tratado.

### c) Ratificação. Ato administrativo a partir do qual o chefe de Estado confirma

de acordos em forma simplificada. Contrário a este entendimento, o prof. Celso de Albuquerque Mello (1997, p. 206) afirma que, pela dinâmica da vida internacional e aumento de poder do Executivo, a assinatura tem adquirido maior importância.

<sup>82</sup> A Cláusula de Reserva é a declaração unilateral do Estado que consente com o que foi tratado, objetivando excluir ou modificar o efeito jurídico de disposições do tratado em relação a esse Estado. Tem que ser admitida no próprio texto do tratado. Os momentos para a apresentação de reserva em tratados que a admitem são unicamente: na assinatura, na ratificação e na adesão.

<sup>83</sup> In MELLO (op. cit., p. 205).

<sup>84</sup> Frederico do Valle Magalhães Marques destaca que “a preocupação de preservar o cumprimento de tratados já negociados e assinados antes de sua entrada em vigor pode também ser observada na Convenção de Viena de 1969.” (MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro – O caso do Mercosul. Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires: La Ley Síntese , ano 6, nº6, dezembro/2002, p. 67). Ver também art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe: Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: (...) (apud MAZZUOLI, 2005, P. 262).

<sup>85</sup> Op. cit., p.205.

<sup>86</sup> A assinatura diferida facilita aos Estados um prazo maior para a assinatura dos tratados. Serviu de justificativa dada pelos plenipotenciários sob a alegação de que não dispunham das instruções completas, apondo ao texto somente suas iniciais. LITRENTO (op. cit., p. 111).

<sup>87</sup> SCHUELTER (2003, p. 78).

um tratado, declarando aceito o que foi assinado<sup>88</sup>, no todo ou em parte. Podem ser, portanto, apostas reservas ao que foi firmado pelos agentes signatários. Este ato do Chefe do Executivo, no caso brasileiro, exige aprovação do Poder Legislativo (art. 84, VII e 49, I da CF/88), que tem de ser expressa e não tem efeito retroativo.

A ratificação é manifestação, também, de cunho discricionário, do chefe do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado. Tal propósito, confirmado e reiterado, é transmitido às contra-partes estrangeiras, por meio do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante elas, o compromisso político. Dá-se por troca dos instrumentos de ratificação, se tratado bilateral, ou mediante depósito dos instrumentos de ratificação<sup>89</sup>, se tratado multilateral<sup>90</sup>.

Destaquemos, ainda, que, somente a partir da ratificação, poderá contar o prazo de início da vigência do tratado no âmbito internacional. Se bilateral, a partir da troca dos instrumentos de ratificação; se multilateral, o tratado deve dispor qual o Estado ou Organização Internacional é responsável pelo depósito dos instrumentos de ratificação<sup>91</sup>, bem como o número mínimo de instrumentos a serem depositados para ter início a vigência do tratado no âmbito internacional.

Segundo alguns autores<sup>92</sup>, em consonância com o disposto na Convenção Pan-americana sobre tratados, o tratado passa a ser obrigatório somente após a ratificação<sup>93</sup>, no entanto é ato inerente à soberania do Estado e, por conseguinte, constitui o exercício normal de um direito; sua falta não transgride nenhum preceito internacional.

<sup>88</sup> Art.14 da Convenção de Viena entre Estados e Organizações Internacionais. (MAZZUOLI, 2005, p. 284).

<sup>89</sup> Geralmente no órgão burocrático das organizações internacionais ou junto ao governo de uma das partes contratantes, segundo Mattos (1980, p. 16).

<sup>90</sup> Art.16 da Convenção de Viena entre Estados e Organizações Internacionais. (MAZZUOLI, 2005, p. 285).

<sup>91</sup> RODAS afirma que “O Brasil realizou funções de depositário com relação a onze acordos internacionais, tendo sido os nove primeiros concluídos no Rio de Janeiro e os dois últimos em Brasília”. (RODAS, João Grandino. A publicidade dos tratados Internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 197)

<sup>92</sup> LITRENTO (1997, p.111)

<sup>93</sup> MELLO (1994, p. 208).

Há, entretanto, notícia na doutrina de tratados que dispensam ratificação, como os tratados para cumprimento ou interpretação de tratado já ratificado; nos acordos sobre assuntos puramente administrativos que prevêem eventuais modificações; no modus vivendi, que determina a permanência das coisas no estado em que se encontram ou estabelece bases para negociações futuras. Outro exemplo de tratados que dispensam a ratificação são os protocolos que servem de complemento aos chamados umbrella treaty, tratado de grande alcance normativo, sob cuja sombra outros tratados se encontram e que servem de base normativa à elaboração de outros tratados, com objetivos por ele permitidos. São os chamados tratados (acordos) executivos. Os tratados citados que dispensam ratificação admitem-se no Brasil.

d) Registro e Publicação. Com a hipertrofia do poder do soberano, que era ilimitado, os tratados eram considerados assuntos pessoais dos monarcas que quase nunca prestavam contas aos súditos. Não existiam, a esta época, registro e publicação dos tratados, que eram transcritos em pergaminhos e guardados nos arquivos. O conteúdo do tratado poderia ser proclamado pelos arautos, mas os particulares não os manuseavam<sup>94</sup>.

O registro dos tratados perante a sucedida Sociedade das Nações apenas teve início em 1920<sup>95</sup>, mediante a regulamentação do disposto no art. 18 do Pacto da Sociedade das Nações<sup>96</sup>, por meio de memorando do Secretário-Geral.

Somente com o surgimento da imprensa estes segredos invioláveis foram quebrados, com a publicação dos atos internacionais, passando a ser repudiados os tratados secretos, cuja prática passou a ser minorada, tanto pela publicação dos atos, quanto pela exigência de registro imediato dos tratados perante o Secretariado da ONU, que exige a

---

<sup>94</sup> RODAS (op. cit., p. 11).

<sup>95</sup> O primeiro tratado a ser apresentado a registro foi a Convenção monetária de 11.05.1920, celebrada entre Dinamarca, Noruega e Suécia, havendo sido registrada em 05.07.1920. (RODAS, idem, p. 62).

<sup>96</sup> Assim está disposto no artigo 18: “Todo tratado ou compromisso internacional concluído no futuro por um membro da Sociedade deverá ser imediatamente registrado pelo Secretariado e publicado por ele, logo que

realização quando da imediata conclusão.

Para que os pactuantes possam invocar o que foi avençado perante qualquer dos órgãos da ONU, é indispensável que o tratado seja registrado e publicado pelo Secretariado<sup>97</sup>. Ressalte-se que mesmo os Estados não-membros da ONU, podem registrar os tratados e tal registro será de responsabilidade do depositário dos instrumentos de ratificação.

Ocorre que, no Brasil, para que os tratados possam ser exigíveis, no âmbito interno, é mister que observem outras duas fases, a saber:

a) aprovação parlamentar. No Brasil, em observância aos princípios democráticos que passaram a nortear o mundo, para que um tratado possa viger no âmbito interno, é indispensável que seja submetido à aprovação do Congresso Nacional, que expedirá um decreto legislativo. Excetuamos situações particulares de aplicação do tratado no âmbito interno, constantes do art. 5º, §§2º e 3º da CF/88, que nesta dissertação terá capítulo específico.

b) promulgação e publicação. A promulgação é “o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal”<sup>98</sup>.

A razão da existência da promulgação é que o Brasil adota o sistema dualista, já que considera a existência de ordenamentos jurídicos distintos (o interno e o internacional). Por esse sistema, para que as disposições do tratado sejam aplicadas no âmbito interno, é indispensável que se faça a devida incorporação, que ocorre pela inclusão do tratado no Direito Interno, inicialmente pela aprovação parlamentar e conseqüente expedição do decreto

possível. Nenhum desses tratados ou compromissos internacionais será obrigatório antes de ter sido registrado”. (MAZZUOLI, 2005, p.32).

<sup>97</sup> Art. 102 da Carta das Nações Unidas e Art. 81 da Convenção de Viena entre Estados e Organizações Internacionais. (idem, p. 303).

<sup>98</sup> ACCIOLY. In: MELLO (1994, p. 219).

legislativo e, posteriormente, com a devida promulgação pelo Presidente da República por meio de um decreto, determinando a execução do que fora aprovado pelo Congresso Nacional.

Os efeitos da promulgação consistem em: a) tornar o tratado executório no plano interno, e b) constatar a regularidade do processo legislativo, isto é, o Executivo constata a existência de uma norma obrigatória para o Estado<sup>99</sup>.

Consoante será aprofundado em tópico vindouro, é na promulgação que reside um dos grandes problemas com relação à internalização dos tratados no Brasil.

O STF tem-se pronunciado no sentido de que somente com a promulgação, por decreto do Presidente da República, determinando a execução do tratado, é que este passa a ser obrigatório em todo o Território nacional.

A imprescindibilidade da promulgação para validade dos tratados no Brasil foi estabelecida de forma concreta em julgamento de carta rogatória proveniente da Argentina, na qual o protocolo em questão, apesar de ratificado, não havia sido promulgado, pelo que entendeu o STF não estar ainda em vigor no Território nacional, desconsiderando existir norma contida naquele documento internacional de que a entrada em vigor se daria 30 dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratificassem.

Entendeu, no entanto, o Ministro Presidente, em sua decisão, que o aludido protocolo não integrava, para efeitos domésticos, o ordenamento jurídico positivo vigente no País, pois, muito embora celebrado pelo Governo, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Poder Executivo com o depósito do correspondente instrumento - vinculando, perante seus parceiros do Mercosul o Estado brasileiro na esfera internacional -, não havia sido cumprida a etapa final, que consistia na promulgação, por decreto do Presidente da

---

<sup>99</sup> MELLO (op. cit., p. 219).

República, restando incompleto o iter procedural indispensável para a recepção do tratado no ordenamento jurídico pátrio, pois este ato seria indispensável para a plena integração do acordo internacional<sup>100</sup>.

Em suma, conforme doutrina e jurisprudência nacional, o momento em que os tratados internacionais passam a integrar o ordenamento jurídico nacional é após a sua aprovação pelo Poder Legislativo e promulgação pelo Poder Executivo.

É indispensável, também, a publicação dos atos internalizados para dar conhecimento no âmbito interno dos atos que passarão a obrigar os indivíduos. A publicidade do decreto presidencial, dos tratados, convenções e demais atos internacionais, bem como dos demais atos do governo obedecem ao disposto no Decreto nº 96.671/88.

A doutrina entende que os tratados de Direitos Humanos no Brasil sofrem processo diverso de incorporação, consoante o disposto no Texto Constitucional pátrio vigente (CF/88, art. 5º §§2º e 3º), que será objeto de estudo em capítulo próprio.

---

<sup>100</sup> Ver ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO

### 3 DA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS E OS CONFLITOS COM A LEGISLAÇÃO INTERNA - O Tratado no Direito brasileiro e os conflitos existentes na aplicação dos tratados e das leis internas

#### 3.1 Tratado e Norma interna. Conflitos

Há que se verificar, inicialmente, qual o âmbito de atuação dos tratados, a forma de aplicação, bem como a hierarquia entre os tratados e demais espécies normativas internas, para que seja possível entender a eficácia dos tratados no País.

A forma de aplicação e a hierarquia dos tratados no âmbito interno são determinadas pela Constituição de cada Estado, bem como pela interpretação jurisprudencial dada aos preceitos constitucionais vigentes<sup>101</sup>.

Apesar de Charles Rousseau “considerar a polêmica a respeito das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno simples “discussion d’école”, Luís Ivani de Amorim Araújo<sup>102</sup> entende que o tema das relações entre o Direito Interno e o internacional avantaja-se em importância. Não podemos, contudo, explicar as relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, a aplicação, ou não, dos tratados no âmbito interno e seus eventuais conflitos com a legislação indígena, sem invocar o debate entre monistas e dualistas<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Mello (1987, p. 22) critica o fato de a jurisprudência brasileira ser livre para regulamentar os conflitos entre a norma interna e a internacional, sobretudo por entender que está havendo uma involução nos julgamentos que têm determinado a prevalência da norma interna sobre o disposto em tratado.

<sup>102</sup> ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Curso de Direito dos Conflitos Interespaciais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 53.

<sup>103</sup> Outras poucas correntes tentaram explicar, propondo uma solução para esta problemática, dentre as quais cita-se a teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. (SCHUELTER, 2003, p. 94). Mello (1987, p.107) noticia, também, a existência das chamadas teorias conciliadoras, que partem das premissas das teorias monista e dualista, tentando conciliar as duas doutrinas. Destaque-se, por fim, que SOARES (1979) considera a incorporação como sendo teoria independente, que “baseia-se na transformação da norma internacional em

Gerson B. M. Boson<sup>104</sup> observa que o problema objeto do debate entre monistas e dualistas<sup>105</sup> tem dois sentidos:

O teórico, que consiste em tomar o bloco normativo interno, para o efeito de deduzir-se a unidade ou dualidade de tais sistemas jurídicos, com existência ou não de hierarquia, em tese, entre os dois conjuntos, e o prático, resultante da solução de conflitos atuais, especificados, entre regras particularizadas de Direito Internacional e disposições singulares de Direito Interno.

A teoria dualista<sup>106</sup> ou pluralista, encabeçada por Triepel<sup>107</sup>, o primeiro a desenvolver um estudo sistematizado acerca da existência de um conflito entre normas em sua obra *Volkerrecht und Landesrecht*, que, verificando as diferenças entre o Direito Interno e o internacional, concluiu existirem dois ordenamentos jurídicos igualmente válidos, mas diversos, independentes e autônomos, sendo impossível a existência de conflitos entre as normas dos dois ordenamentos, já que o Direito Interno rege as relações jurídicas intra-estatais e o Direito Internacional as relações interestatais<sup>108</sup>, tendo, inclusive, destinatários diversos<sup>109</sup>. Há, portanto, tantos sistemas jurídicos quantas são as ordens jurídicas nacionais, ou Estados soberanos.

Direito Interno, como resultado de decisão parlamentar, governamental, etc.” (SOARES, Orlando. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Científica, 1979, p.41). Ao contrário entende Celso de Albuquerque Mello (1987, p. 104) que a concepção dualista conduz à teoria da incorporação, já que existe a necessidade da incorporação.

<sup>104</sup> In: LITRENTO (1997, p. 98).

<sup>105</sup> Também chamadas de nacionalistas e internacionalistas. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Elementos básicos de Direito Internacional Privado*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p.18).

<sup>106</sup> Esta denominação foi dada por Alfred Verdross, embora mais tarde ele tenha reconhecido a impropriedade terminológica ante a existência de mais de um Direito Interno, daí por que mais correto denominá-la pluralista. (MELLO, 1987, p. 104).

<sup>107</sup> Filiaram-se a esta teoria Dionísio Anzilotti e Oppenheim. (ARAÚJO, 1998, p.70). Mariângela de F. Ariosi observa que Anzilotti apresenta um dualismo diferente do formulado por Triepel, considerando que, em alguns casos, o Direito Internacional pode ser aplicado pelo Direito Interno sem a devida transformação. Outros italianos, como Sereni e Perassi, também seguem o modelo do dualismo, fazendo da Escola Italiana de Direito Internacional um importante porta voz dessa teoria. (ARIOSI, Mariângela de F. *As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno*. Disponível em: <[http://www.smithedantas.com.br/texto/rela\\_int.doc](http://www.smithedantas.com.br/texto/rela_int.doc)>. Acesso em: 05 ago. 2005).

<sup>108</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 91.

<sup>109</sup> As diferenças entre as ordens jurídicas concernem, portanto, ao destinatário do Direito; às fontes e à estrutura, já que na ordem internacional a relação é de coordenação, enquanto que na ordem interna é de subordinação.

Para esta corrente doutrinária, o Direito Internacional somente seria aplicado no âmbito interno se fosse incorporado ao Direito do Estado nele se transformando<sup>110</sup>.

Já a Teoria Monista sustenta que o ordenamento jurídico é um só, formado por normas internas e por normas internacionais<sup>111</sup> que se colocam em campos diversos e, por isso, estas normas poderiam vir a conflitar, motivo pelo qual esta corrente se subdivide entre os monistas que afirmam, em caso de conflito, a primazia ao Direito Interno e aqueles que pugnavam pelo primado das normas de Direito Internacional. Dolinger noticia a existência de uma terceira escola que equipara as normas de Direito Interno e as de Direito Internacional, dependendo da prevalência de uma fonte sobre a outra da ordem cronológica de sua criação<sup>112</sup>.

Os monistas que defendem a primazia do Direito Internacional<sup>113</sup>, teoria desenvolvida principalmente pela escola de Viena, se subdividem em dois grupos — os extremados e os moderados.

Os primeiros, encabeçados por Kelsen, inadmitem conflito entre a norma interna e a de Direito Internacional, sob a alegação que a norma interna (Constituição do Estado) tiraria da internacional seu fundamento de validade, não podendo, logo, com ela colidir<sup>114</sup>.

Kelsen, ao expor seu pensamento monista, escalonava o sistema normativo<sup>115</sup> sob a forma de uma pirâmide cujas normas estavam dispostas pelo grau de abstração, da mais

<sup>110</sup> João Grandino Rodas (1980, p. 199) leciona que: “A adoção da teoria dualista, que espousa a separação absoluta entre a ordem interna e a internacional, acarreta como corolário a necessidade de promulgar os tratados para que estes, embora já existentes no plano internacional, tenham validade no território nacional”.

<sup>111</sup> José Souto Maior Borges inclui a ordem comunitária, afirmando que: “Com o advento do direito comunitário, são como três ordenamentos em um – 1º.) a ordem internacional, 2º.) a ordem comunitária e 3º.) a ordem internacional mundial”. (BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário – Instituições de Direito Comunitário Comparado: União Européia e MERCOSUL*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79).

<sup>112</sup> DOLINGER (op. cit., p. 92).

<sup>113</sup> Segundo Litrento (1997, p. 99), os monistas com primazia do Direito Internacional são antivoluntaristas: normativistas, sociologistas, jusnaturalistas.

<sup>114</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 5.ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1996., p. 239.

<sup>115</sup> Arnaldo Vasconcelos critica a teoria normativa de Kelsen e seu pensamento monista, afirmado que: “a teoria kelseniana da norma hipotética fundamental que, nada obstante sua engenhosidade, termina por deixar todo o

concreta (base) à mais abstrata (ápice), onde o fundamento de validade era encontrado na norma subsequente. Mariangela de F. Ariosi<sup>116</sup> aponta que

Essa concepção fora denominada, na sua primeira fase, de Teoria da Livre Escolha. Ulteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu indiferentismo e passa a considerar a Grundnorm como sendo uma norma de Direito Internacional, ou seja, a norma consuetudinária pacta sunt servanda.

Passou, portanto, Kelsen<sup>117</sup> a considerar a norma hipotética fundamental como sendo os preceitos internacionais (costumes).

O segundo grupo de monistas que davam primazia ao Direito Internacional, que tinham em Verdross seu principal expositor, pugnava pela coexistência das normas de Direito Interno e de Direito Internacional e, quando aquelas fossem contrárias a esta, teriam validez e obrigatoriedade perante os Estados, cabendo ao Direito Internacional impugná-las pelos meios ao seu alcance.

No Brasil, a teoria monista com primazia para o Direito Internacional tinha em Pontes de Miranda<sup>118</sup> um de seus principais defensores, ao enfatizar que, para que o Direito Interno pudesse primar, seria preciso que a legislação de um Estado, ou de alguns, ab-rogasse ou pudesse ab-rogar regras de Direito das Gentes.

Favorável à primazia do Direito Internacional sob o Direito Interno, por entender ser tendência mundial, Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>119</sup> entende que esta primazia

ordenamento jurídico suspenso no espaço”. (VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. 5.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 244).

<sup>116</sup> ARIOSI (2005).

<sup>117</sup>Leia-se: “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode serposta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada será aqui designada como norma fundamental (Grungnorm) [...] Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior”. (KELSEN, 1996, pp. 217 e 232).

<sup>118</sup> ARIOSI (2005).

<sup>119</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>> - Acesso em 05 ago. 2005.

decorre, inclusive, de regra pactuada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que a previu expressamente no seu art. 27, passando, a partir de então, a princípio básico de Direito Internacional.

Os monistas que defendem o primado do Direito Interno<sup>120</sup>, com raízes no hegelianismo, acreditam ser o Estado soberano, não estando sujeito a qualquer outro sistema jurídico que não tenha advindo de sua própria vontade, tendo em vista a soberania estatal<sup>121</sup>. Por esta corrente doutrinária, o Direito Internacional buscaria nas normas de Direito Interno seu fundamento de validade.

Litrento<sup>122</sup>, sobre esta teoria, destaca que

A soberania absoluta de um Estado é incompatível com a dos restantes, decorrendo daí que o monismo com primazia do Direito Interno sobre o Internacional resulta, tão-somente, do voluntarismo uniestatal, uma vez que admitida a soberania absoluta.

Nagib Slaibi Filho<sup>123</sup>, discorrendo sobre o tema, expressa que:

O primado do Direito Interno sobre o internacional é a idéia de que, na realidade, só existe o Direito Interno, o que pode ser visto de duas formas: 1) os que entendem que a vontade manifestada por um Estado através de um tratado é uma declaração não vinculativa de sua conduta no futuro e 2) outros consideram que tal declaração é uma limitação que o Estado faz a si mesmo, mas que não o obriga perante o outro.

Adherbal Meira Mattos<sup>124</sup> expõe a existência de três tipos de monismo: Jusnaturalista, Logicista e Histórico-Empírico.

O monismo Jusnaturalista entende que a unidade do Direito determinada pelo Direito Natural assume vários aspectos, a saber: o teológico, onde a unidade jurídica é fixada na noção de Deus; o racionalista, que advém da unidade da razão humana no tempo e no

<sup>120</sup> Celso D. de Albuquerque (1994, p. 105) Mello noticia que a tese ora proposta foi seguida pelos juristas nazistas e, mais recentemente, por Georges Burdeau, que considera o DIP “um direito nacional para uso externo”.

<sup>121</sup> José Souto Maior Borges (2005, p. 77), com muita propriedade, constata que “a soberania estatal absoluta e indivisível (ideológica) é incompatível com o direito internacional público. Se fundado na soberania estatal, o inter-relacionamento entre Estados não passaria de um direito estatal ‘externo’ ”. No mesmo sentido: AMORIM, Luís Ivani de. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Ed. Prociam, 1998, p.71.

<sup>122</sup> LITRENTO (1997, p. 101).

<sup>123</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988 - Aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989, p.326.

<sup>124</sup> MATTOS (1980, pp. 40 e 41).

espaço; o subjetivista, em que a unidade depende da consciência de massa dos indivíduos, tanto no âmbito interno, quanto no internacional; o axiológico, unidade com base no valor e, por fim, o sociológico, que advém da sociedade como fenômeno natural.

O monismo Logicista, por sua vez, é o monismo defendido por Kelsen, retro-demonstrado, onde a validade da norma fundamental somente seria total quando o homem atingisse a sociedade ideal (*civitas máxima*).

Por fim, o monismo Histórico-Empírico, a partir do qual o Direito Interno e internacional seria uno, produto do mesmo ambiente histórico, o que foi denominado de princípio da racionalização do poder.

Várias críticas<sup>125</sup> são apontadas para ambas as teorias e persistem as divergências doutrinárias sobre qual a melhor forma de aplicação e/ou resolução de conflitos entre a lei interna e a disposição de Direito Internacional.

Apesar das várias críticas a respeito do tema, os três posicionamentos retro-descritos podem ser valorizados em seu mérito<sup>126</sup>, haja vista que os dualistas vislumbram a validade das normas jurídicas, observando a aplicação das normas de Direito Internacional a partir de sua introdução, pelo próprio Estado, no âmbito doméstico; os monistas kelsenianos pugnam por uma ordem única, denunciando o erro da idéia de que o Estado soberano possa sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença ante o conjunto de princípios e normas que compõem o Direito das Gentes; os monistas nacionalistas, por sua vez, ressaltam a soberania estatal e a descentralização da sociedade internacional. A Constituição, por essa

<sup>125</sup> Dentre as críticas ao monismo, podemos apontar o fato de que os tratados firmados independem da situação jurídica interna. A exemplo disso a mudança da Constituição, que não altera a obrigatoriedade dos tratados celebrados, podendo o Estado inclusive responder internacionalmente pela inobservância do pactuado. Independe, pois, a validade dos atos internacionais da validade do Direito Interno. Já para o dualismo, as principais críticas que se podem elencar são o fato de os dualistas não considerarem o homem como sujeito de Direito Internacional, o que é irreal, pois os direitos e deveres que lhe são outorgados, bem como a aplicação dos tratados somente mediante incorporação, quando, na realidade, vários tratados são aplicados sem qualquer incorporação, até por procedimento analógico.

<sup>126</sup> REZEK (1998, pp. 5 e 6).

corrente doutrinária, sobrepõem-se a todos os demais textos normativos e nela deve haver determinado o prestígio a ser atribuído as normas internacionais.

Mattos<sup>127</sup>, porém, verificando as controvérsias e observando a prática mundial, destaca que, sob o aspecto doutrinário, existe o primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno<sup>128</sup>, embora que, sob o aspecto normativo, haja um equilíbrio entre Direito Interno e Direito Internacional, o que não poderia ser de forma diversa, já que todos os Estados devem respeito às suas constituições.

Luís Ivani de Amorim Araújo<sup>129</sup> traz à baila a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional para firmar a prioridade do Direito Internacional sobre o Direito Interno, cujos trechos das decisões estão a seguir referidos:

À luz do Direito Internacional e da Corte, que lhe é órgão, as leis nacionais são simples fatos, manifestações da vontade e da atividade do Estado, da mesma forma que decisões judiciais e as medidas administrativas<sup>130</sup>.

Um Estado que validamente contraiu obrigações internacionais é obrigado a introduzir, em sua legislação, as modificações necessárias para assegurar a execução dos compromissos assumidos<sup>131</sup>.

Conflitos inexistiriam, porém, entre Direito Interno e Internacional se, quando da celebração dos tratados, fosse observado o disposto na Constituição, assim como, se a ordem interna respeitasse os pactos internacionalmente celebrados anteriores a novas leis. A questão é de equilíbrio normativo, mais do que de primado ou supremacia.

A modernidade impõe o abandono do discurso sobre as dogmáticas, substituindo-as pela busca de soluções para os atuais problemas internacionais, conforme a realidade. É com esse espírito que se há de examinar as questões e propor a solução do problema entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno.

<sup>127</sup> MATTOS (1980, p.42).

<sup>128</sup> No mesmo sentido: ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1975, p. 38.

<sup>129</sup> ARAÚJO, (2002, p. 56).

<sup>130</sup> Caso referente a interesses alemães na Alta Silésia Polonesa (aresto de 25.05.1926).

<sup>131</sup> Parecer consultivo de 21.02.1925, referente à troca de populações gregas e turcas.

Consoante bem destaca José Souto Maior Borges, pugnando pelo fim destas filigranas doutrinárias:

O apriorismo e maniqueísmo das soluções epistemológicas pelo monismo ou pluralismo, nas relações entre direito nacional e internacional, deve ser abandonado – sobretudo em decorrência da eclosão do direito comunitário, pela procura de outros caminhos e soluções que serão encontrados a posteriori, no âmbito do próprio direito positivo. Monismo e dualismo já duelaram demais: doravante trata-se de avançar na busca de outra solução unificada<sup>132</sup>.

As constituições brasileiras também falham neste aspecto, uma vez que nenhuma disciplinou, de forma precisa, a posição das normas jurídicas internacionais perante a ordem jurídica interna<sup>133</sup> e sobre as relações internacionais de uma forma geral.

Havemos de destacar, porém, como marco da orientação jurisprudencial pátria, o Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, que veio a acirrar mais ainda a discussão doutrinária sobre qual seria o real posicionamento brasileiro no que concerne a conflito de normas.

A decisão foi no sentido de prevalência da última vontade do legislador, ou seja, a consagração do princípio *lex posteriori derogat lex priori*. Caso o tratado fosse posterior à lei, prevaleceria aquele; caso a lei fosse posterior, esta prevaleceria sobre aquele.

Não se chegou, contudo, a essa conclusão com facilidade, já que a apreciação desse recurso demorou cerca de dois anos<sup>134</sup> e o voto dos ministros teve fundamentação bastante diversificada, consoante bem sintetizou, esquematizando, Estêvão Ferreira Couto<sup>135</sup>:

---

O Recurso Extraordinário nº80.004-SE – Supremo Tribunal Federal  
( julgamento em 3.9.1975 e 1.6.1977)

Ministro Xavier de Albuquerque (único voto vencido)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoiou-se em Haroldo Valadão, Rubens Requião e antiga jurisprudência do STF;</li> <li>• A Convenção não pode ser alterada por lei interna sem que haja prévia denúncia;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma internacional sobre a interna.</li> </ul>
---	--

---

<sup>132</sup> BORGES (2005, p. 83).

<sup>133</sup> MELLO (1987, p. 22). No mesmo sentido se manifesta Frederico Marques (2002, pp. 65 e 67) que, apesar de reconhecer a melhoria no tratamento da matéria, o direito dos tratados pouco evoluiu, não existindo na Constituição capítulo específico sobre tratados sequer para defini-los. Destaca, também, a importância de empenho do três poderes a fim de evitar os entraves concernentes à entrada em vigor dos tratados e o conflito entre as fontes.

<sup>134</sup> ARIOSI (2000, p.181).

<sup>135</sup> COUTO, Estêvão Ferreira. A Relação entre o Interno e o Internacional – Concepções Cambiantes de Soberania, Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, pp. 68 e 69.

Ministro Cunha Peixoto (novo relator, voto vencedor)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoiou-se em Triepel, dualistas italianos e Amílcar de Castro;</li> <li>• A tese principal é que o Congresso somente aprovou a Convenção, mas não a transformou em Direito Interno;</li> <li>• Admitiu, somente para argumentar, que se foi transformada em lei interna pode ser revogada por lei brasileira;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional</li> </ul>
Ministro Cordeiro Guerra	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoiou-se em Triepel e Anzilotti e julgamentos da Suprema Corte Americana. Reconhece que a decisão pode responsabilizar o Estado internacionalmente, mas plica o princípio “lei posterior revoga lei anterior”;</li> <li>• Neste sentido a lei interna revogou a Convenção, embora o ministro admitisse a incorporação da Convenção sem as limitações da posição anterior de Cunha Peixoto;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional.</li> </ul>
Ministro Leitão de Abreu	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoiou-se em Kelsen e no direito norte-americano.</li> <li>• Admite a incorporação imediata da Convenção, mas não aplica o princípio lei posterior revoga lei anterior". As normas internacionais seriam infraconstitucionais, mas não equiparadas às outras leis. No caso, a lei não revoga a Convenção, mas somente afasta sua aplicação enquanto estiver vigente;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional</li> </ul>
Ministro Rodrigues de Alckmin	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Enfatiza o déficit constitucional brasileiro, contrapondo-o com as disposições constitucionais explícitas de França e Alemanha;</li> <li>• Segue a decisão do Ministro Cordeiro Guerra;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional.</li> </ul>
Ministro Antônio Neder	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Faz interpretação extensiva, afirmando que a Convenção, devidamente incorporada, permite que cada parte contratante estabeleça regras específicas, podendo, então, ser compatibilizada com a regra do Decreto-Lei que seria válida;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional</li> </ul>
Ministro Thompson Flores	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Somente se a Constituição autorizasse poderia a Convenção prevalecer. Apesar de regularmente incorporada, é revogada pelo Decreto-Lei que lhe é posterior e está no mesmo grau hierárquico;</li> <li>• Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional.</li> </ul>
Ministro Eloy Rocha	<p>À primeira vista parece que vai acompanhar o voto dissidente, pois, afirma que lei ordinária não pode revogar convenções. No entanto, conclui que não há incompatibilidade entre as duas normas, fundamentação parecida com a do Ministro Antônio Neder;</p> <p>Conclusão: prevalece a norma interna sobre a internacional.</p>

O julgamento da questão, cujos votos foram há pouco resumidos, resultou na seguinte ementa<sup>136</sup>:

Ementa: Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval apostado à Nota Promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22/1/1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobreponha a ela as leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Decreto-Lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambial inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Da exposição dos votos supra, não se pode precisar ao certo qual a corrente doutrinária a que os ministros do STF se filiaram, já que diversos e divergentes são os posicionamentos doutrinários sobre a adoção, neste caso específico, do monismo ou do dualismo, chegando-se a cogitar na saída de um monismo radical para um monismo moderado<sup>137</sup>.

O fato é que, na realidade, depende da matéria sobre que se trata, haja vista que o acórdão em comento versava sobre matéria objeto de tratado cuja divergência era entre lei e tratado, que dispunham de forma diversa sobre letras de câmbio e a necessidade de registro destes títulos como requisito de validade. Existe, portanto, diversidade de entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, variantes de acordo com a matéria, consoante retratado no diagrama apresentado por Estevão Ferreira Couto, a que acrescemos somente o posicionamento do STF concernente aos Direitos Humanos:

Jurisprudência do STF sobre a relação interno-internacional de acordo com a matéria tratada	
Tratados bilaterais sobre matéria tributária	Mesmo antes do advento do art. 98 do Código Tributário Nacional, <sup>132</sup> o STF entendia que o tratado se aplica em detrimento da legislação infraconstitucional porque ele trata

<sup>136</sup> RTJSTF 83/809-848. Data do julgto.: 10.06.77. Rel: Min. Cunha Peixoto.

<sup>137</sup> Estevão Ferreira Couto (idem, ibidem), sobre a diversidade de opiniões sobre o tema bem relata: “Exatamente a mudança que se processou nem sempre fica claro. Mello afirma que a maioria dos votos está fundamentada em autores dualistas, dando a entender que a mudança foi do monismo com primazia do direito internacional para o dualismo. Para Ariosi é de um monismo radical para um monismo moderado. Já Resek acha que foi para o monismo com primazia do Direito Interno”.

e tratados de extradição (MONISMO RADICAL)	de matéria específica (princípio da especialidade). Nestes casos, as normas internacionais devidamente incorporadas prevalecem sobre leis anteriores e posteriores. Aos casos relativos a extradição, aplica-se o mesmo entendimento adotado para a matéria tributária.
Tratados multilaterais tais como o GATT e a ALALC (MONISMO MODERADO)	O STF se apoia na distinção entre tratado-lei e tratado-contrato. O primeiro visa estabelecer normas gerais no interior dos Estados. O segundo somente regula interesses específicos entre os Estados e, sendo de natureza contratual, não podem ser revogados por lei posterior.
Letras de câmbio, notas promissórias e cheques (MONISMO MODERADO)	A Convenção de Genebra seria um tratado-lei e portanto pode ser revogada pela legislação infraconstitucional que lhe sobrevenha.
Direitos Humanos (DUALISMO RADICAL)	O STF entendeu que o tratado de Direitos Humanos, para viger no âmbito interno, necessita ser incorporado como os demais tratados, com aprovação do Legislativo (decreto legislativo) e decreto presidencial determinando o início da execução deste, não podendo, ainda, contrariar o disposto na Constituição Federal, sob a alegação da supremacia constitucional.

A mais recente manifestação a respeito do tema monismo e dualismo, e

envolvendo os tratados que versam sobre direitos humanos, foi do Ministro Celso de Mello, destacando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enfatiza que a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não ofende a Constituição<sup>138</sup>.

No seu voto, o Ministro Celso de Mello, mais uma vez volta ao tema do dualismo moderado, reiterando o posicionamento antes tomado na Adin 1480.

Vejamos alguns trechos da aludida decisão, que explicam a questão dos tratados sob o ponto de vista dominante no STF, até agora:

Inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. [...] Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não

<sup>138</sup> EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não ofende a Constituição da República. Precedentes. (STF. Informativo nº158, agosto de 1999: Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 de agosto de 2005).

possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Recentemente, o tema do conflito de fontes voltou ao centro do debate jurisprudencial com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3, na qual se contestava a compatibilidade de alguns artigos da Convenção n. 158 da OIT ante a atual Constituição Brasileira.

Pouco tempo depois, novamente, o STF se manifestou sobre o tópico, repetindo a orientação da ADIN 1480, no julgamento da Carta Rogatória 8279.

Retornou o assunto à tona com o RE 249.970-RS, publicado no informativo 158, em que o Ministro Celso de Mello novamente afirma a superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais.

Assim, discutir a incorporação dos tratados ao Direito brasileiro é tema que se revela atual e pertinente, especialmente quando se tem o advento de uma norma constitucional especificando a operacionalidade da internalização dos tratados quando versem sobre direitos humanos, que já se dizia resolvido pela regra geral estabelecida no §2º do mesmo art.5º da CF/88.

Constata-se, como fez Yamamoto<sup>139</sup>, que a relação Direito Interno-internacional está dualista ou monista de acordo com o caso concreto. Já que a Constituição não versa sobre a matéria de conflitos, dispendo de forma a resolvê-los com primazia ou do Direito Interno ou do Direito Internacional, a dúvida permanece sobre a prevalência de um ou de outro direito e, ainda, a falta de previsão constitucional sobre a matéria pode causar sérios riscos ao Brasil na ordem internacional, já que deixará de observar as disposições oriundas de tratados em nome da supremacia constitucional.

---

<sup>139</sup> YAMAMOTO. In: COUTO (op. cit. p. 81).

Schuelter, em crítica a atual Constituição Brasileira, no que concerne às relações internacionais, classifica o Texto Constitucional como ambíguo, singelo e tímido<sup>140</sup>.

Daí por que as dúvidas e divergências quanto a aplicação dos tratados e a norma interna ordinária ou constitucional, produz, por vezes, dentro do mesmo tribunal, ou entre tribunais, decisões divergentes:

Ementa: Lei –Tratado.

O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao posto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes a sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.

Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.<sup>141</sup>

Ementa: TRANSPORTE AÉREO. Atraso. Viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor.

O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC.

Demais questões não conhecidas.

Recurso dos autores conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido<sup>142</sup>.

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.<sup>143</sup>

Ainda deve ser considerado o fato de que a problemática dos instrumentos internacionais na incorporação ao ordenamento nacional não se esgota, porém, com o procedimento de recepção, podendo sobrevir outras questões, onde e quando a norma de

<sup>140</sup> SCHUELTER (2003, p. 110).

<sup>141</sup> STJ- REsp nº 58.736/MG (95.00006706-7). Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Data do Julgto.: 13.12.1995. Publicado no DJU de 29.04.1996. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 11 ago. 2005.

<sup>142</sup> STJ- REsp nº 235.678/SP (1999/0096670-8). Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgto.: 02.12.1999. Publicado no DJU de 14.02.2000. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 11 ago. 2005.

<sup>143</sup> STF -RE 172720/RJ. Rel.: Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 06.02.1996. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DJ DATA-21-02-1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093). Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 12 ago. 2005.

integração dos tratados internacionais configurada no art.5º, §2º, da CF/88, por ser geral, possa ser alvo de tensão com outros dispositivos expressos da própria Constituição<sup>144</sup>.

Sendo geral a norma do art.5º; §2º da CF/88 e existindo entendimentos diversos quanto ao seu sentido e alcance, a estabilidade dos tratados, depois de sua vigência interna, fica ameaçada, por ser possível considerar a contraposição de outros valores expressamente proclamados na Constituição, sem prejuízo da tendência doutrinária de reconhecer a primazia aos tratados internacionais diante do ordenamento infraconstitucional.

Esse entendimento doutrinário ampara-se no artigo 27 da Convenção de Viena de 1969, sobre o Direito dos Tratados Internacionais, que confirmou a prática da jurisprudência internacional e nacional, de que "uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito Interno para justificar a não-execução de um tratado".<sup>145</sup>

Há quem defenda, inclusive, a idéia de que, devido às inúmeras ratificações, já se consagrou como norma imperativa de Direito Internacional Público essa convenção, obrigando a todos, mesmo aos Estados que ainda não a ratificaram.

Embora exista a opinião divergente dos tribunais pátrios inviabilizando, muitas vezes, a aplicação dos tratados internacionais no âmbito interno, estes não podem deixar de ser cumpridos internacionalmente, uma vez ratificados, podendo a sua inaplicabilidade gerar a responsabilidade internacional do Estado. Consoante bem destaca Norberto Bobbio<sup>146</sup>, “se

---

<sup>144</sup> Ver: BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 345.

<sup>145</sup> A Convenção, concluída em 23 de maio de 1969, foi assinada e encaminhada ao Congresso Nacional brasileiro, pela Mensagem nº 116, em 22 de abril de 1992, encontrando-se aprovada na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e transformada no Projeto de DL 214/92. Destaquemos que a última ação constante do site é de 08/11/1995 constando a seguinte informação: Plenário (PLEN) - leitura e publicação dos pareceres da CCJR e CRE, ao projeto e a emenda de plenário. Pronto para a ordem do dia. PDC 214-C/92. DCN1 28 10 95 PAG 3386 COL 01. REP: COL 01. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 13 out. 2005. Foi publicada no Diário da Câmara dos Deputados de Dezembro de 1995 a aprovação do texto da Convenção ressalvados os arts. 25 e 66. (Idem, acesso em 27/10/2005).

<sup>146</sup> ARIOSI (2005).

uma norma jurídica é válida, ou não, não é uma questão ociosa. Se uma norma jurídica é válida significa que é obrigatório conformar-se a ela”<sup>147</sup>.

Daí a razão pela qual, embora se possa obstar a aplicação interna do tratado por alegar que há incompatibilidade, não está o Estado eximido internacionalmente de cumprir o que foi pactuado, e que o não-acatamento do pactuado poderá produzir uma responsabilidade internacional ao Estado; se esses pactos versarem sobre direitos humanos, pode-se, inclusive, recorrer aos órgãos de proteção previstos nesses tratados<sup>148</sup>.

Esta divergência doutrinária quanto à prevalência da norma interna ou da norma internacional quando da existência de conflitos — realidade brasileira — cujo tema foi entregue a alvedrio dos tribunais pátrios, com decisões, muitas vezes diversas e contraditórias, sobre assuntos correlatos, seria facilmente resolvido, caso, a exemplo de outras constituições, a Constituição brasileira tratasse sobre o tema, definindo qual o posicionamento a ser adotado.

### 3.2 Tratado no Direito Brasileiro

Consoante já apontado, inúmeras são as críticas doutrinárias<sup>149</sup> acerca do tema “tratados” no Direito brasileiro. Inegável, contudo, é a evolução constitucional brasileira, no que concerne ao tema, rumo à democratização do instituto, no entanto, a Constituição pecou e peca por não haver disposto sobre conteúdo e forma dos tratados de maneira a oferecer uma

<sup>147</sup> Mantém também este entendimento H. Gross Espiell, citado por Christophe Swinarski: “Uma lei incompatível com um tratado internacional [...] poderá obstar a aplicação interna desse tratado, que não poderá, possivelmente, ser invocado perante um tribunal nacional. Mas essa circunstância não eximirá internacionalmente o Estado de cumprir o tratado, cujo não acatamento poderá gerar uma responsabilidade internacional. Mais ainda, a subsistência integral, nesses casos, da vigência internacional do tratado torna possível que, no caso das convenções sobre direitos humanos, se possa recorrer aos órgãos de proteção previstos nesses tratados”. (SWINARSKI, Christophe. O Direito Internacional Humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos – IBDH, Organizadores: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal. Fortaleza: Ed. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Vol. 4, nº 4, 2003, pp. 38 e 39).

<sup>148</sup> SWINARSKI (Idem, ibidem).

<sup>149</sup> Dallari (2003, p. 80) destaca que “o Brasil vive o paradoxo de estar intensificando seus vínculos com a estrutura normativa do Direito Internacional Público sem, no entanto, assumir claramente o compromisso com a plena incorporação das regras desse sistema supranacional ao ordenamento jurídico interno”. Celso D. de Albuquerque Mello (1994, p. 112) afirma que “o Brasil é um país muito atrasado em DIP. É preciso que o Poder Judiciário brasileiro se “submeta” aos reais interesses da política externa do Brasil”. Soares (2002, p. 225)

orientação segura para os vários conflitos que potencialmente podem emergir, sobretudo os conflitos de normas.

O legislador constituinte, em suas formulações com relação não apenas aos tratados, mas no que se refere aos princípios de relações internacionais, de forma geral<sup>150</sup>, poderia, certamente, ter ido mais longe.

Apesar do extenso Texto Constitucional, somente existem disposições esparsas sobre tratados<sup>151</sup>; nenhuma informa sobre seu processo de conclusão, sua aplicação no âmbito interno, ou, como já expresso, a respeito da forma de resolução de conflitos entre as disposições de tratado e a lei interna infraconstitucional e constitucional.

Não se pode, no entanto, atribuir à má aplicação dos tratados somente à falta de previsão constitucional, uma vez que a omissão constitucional somente levaria à cobrança de um posicionamento jurisprudencial mais efetivo, desempenhando relevante papel na interpretação dos preceitos constitucionais e não, como faz o STF, adotar um conceito estreito e rígido de soberania há muito desaparecido entre os juristas<sup>152</sup>.

De fato, impõe-se o exame da Constituição Federal, sob a óptica da integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que, como ensina, o Direito Constitucional Internacional estuda as regras constitucionais em conjunto com as normas de Direito Interno que têm alcance internacional<sup>153</sup>.

Na realidade, ao consagrar o legislador constituinte o princípio da cooperação entre os povos (CF/88, art. 4º, IX) pretendeu flexibilizar o conceito de soberania, fazendo com que o Brasil pudesse estar formalmente inserido em um contexto internacional que há muito pretende se encontrar. Essa não é, todavia, a interpretação dada pelos tribunais pátrios,

aponta que, desde a primeira Constituição do Brasil, existe a omissão sobre o posicionamento hierárquico entre as normas internas e internacionais, o que causa um caos na doutrina. .

<sup>150</sup> ARIOSI (2000, pp. 147, 148 e 151).

<sup>151</sup> Art. 5º, §2º; Art. 49, inciso I; Art. 84, inciso VIII; Art. 102, inciso III; Art. 105, inciso III; Art. 178, caput. Cf. SOARES, op. cit., p. 60.

<sup>152</sup> MELLO (1994, p. 112).

dificultando sobremaneira a aplicação interna do disposto nos tratados celebrados, valendo-se, para tanto, da escusa da incompatibilidade entre a legislação interna e a internacional, produzindo conflito entre estas a ser resolvido pelos tribunais pátrios.

As batalhas jurídicas somente começarão a ser resolvidas a partir da observância do processo legislativo pátrio para a aplicação dos tratados no âmbito interno e da análise das impropriedades técnicas ocasionadas, muitas vezes, por um continuísmo embasado na tradição colonial e por uma visão equivocada dos tribunais, que decidem de forma diversificada sobre a mesma matéria, muitas vezes mantendo posicionamento retrógrado ante o contexto internacional vivido pelo Brasil, persistindo os conflitos entre a lei interna e as disposições de Direito Internacional.

A orientação brasileira, no que concerne à resolução dos conflitos, com base em que o sistema jurídico - considerados os valores que alberga- é necessariamente coerente, preleciona que suas eventuais antinomias devem ser eliminadas, e, quando em conflito, se encontram normas de varia hierarquia, a eliminação se faz sem qualquer dificuldade, porque o julgador, diante de um conflito entre uma norma superior e uma norma inferior, deverá aplicar a norma superior, consoante lição de Norberto Bobbio<sup>154</sup>.

Carmen Tiburcio<sup>155</sup>, sobre os tipos de conflitos possíveis, entende haver três tipos: “a) conflito entre a Constituição federal e o tratado, b) conflito entre leis ordinárias e tratado e c) conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos”.

Vêem-se na seqüência os posicionamentos jurisprudenciais que corroboram as espécies de conflito e o entendimento firmado sobre cada um deles:

Ementa: Tratado internacional – Lei ordinária – Hierarquia.  
O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo.

<sup>153</sup> MELLO (Idem, p. 4).

<sup>154</sup> BOBBIO Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995, p.111.

<sup>155</sup> TIBURCIO, Carmen. A EC N. 45 e temas de Direito Internacional In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 122.

Direito de autor.

A obrigação assumida pelo Brasil de proteção do direito autoral, no campo internacional, não significa deva ser outorgada aquela que tem o autor em seu país, mas que será dispensado o mesmo tratamento concedido aos sob sua jurisdição.<sup>156</sup>

Ementa: Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal, impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec. Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>157</sup>

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. [...] Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. [...] Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de Direito Interno. [...] Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. [...] Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>158</sup>

Evidenciado está, portanto, que a postura do Supremo Tribunal Federal é a de resolver os conflitos entre os tratados e as leis internas pelos critérios cronológico e da especialidade<sup>159</sup>, sempre respeitando a supremacia constitucional que, pela realidade internacional existente, deveria ser flexibilizada, sobretudo quando o Brasil, em parágrafo (4º) acrescido pela EC/45, submete o País às decisões de Corte Internacional - Tribunal Penal Internacional.

Seria, como é, uma incongruência jurídica a prevalência da tão propalada supremacia constitucional, quando o Brasil, sob a pretensão de demonstrar estrita observância às disposições de direitos humanos, além de consagrar o princípio da cooperação entre os

---

<sup>156</sup>STJ- REsp nº74.376/RJ (95.0046406-3). Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Data do Julgto.: 09.10.1995. Publicado no DJU de 27.11.1995. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 11 ago. 2005.

<sup>157</sup>STF-RE 80004/SE, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Julgamento: 01.06.1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ Data-29-12-77 PG-09433 DJ Data-19-05-78 PG-03468 EMENT VOL-01083-02 PG-00915 RTJ VOL-00083-03 PG-00809.

<sup>158</sup>Trechos da decisão do STF na ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01.

<sup>159</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6ªedição ver., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p.413.

povos para o progresso da humanidade (Art. 4º, IX), “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (Art. 5º, §4º)<sup>160</sup>.

Decidindo o STF pela supremacia constitucional, mostra a inércia em que se encontra ante todos os avanços por que passa o mundo moderno. As várias constituições dos Estados buscam adequar-se a essa nova realidade internacional, modificando seus textos. Prova disto é a aplicação das disposições de tratados entre os Estados que se organizam em blocos, existindo uma flexibilização do disposto constitucionalmente, a fim de obter uma maior integração fruto do Direito Comunitário cada vez mais emergente.

Orlando Celso da Silva Neto, entendendo ter o Supremo Tribunal Federal chegado a um consenso sobre a igualdade hierárquica entre tratado internacional e lei, sem considerar em sua análise, contudo, a Constituição Federal, entende que a questão perdeu interesse prático. Ao observar as disposições de acordo com os critérios temporal e da especialidade, pelo fato de reconhecer a fragilidade de ambos os critérios, entende ser dever do juiz “analisar o caso concreto para optar pela interpretação e aplicação mais razoável, adequada aos fatos e ao contexto histórico das normas conflitantes”<sup>161</sup>.

### 3.2.1 Processo de incorporação

Consoante se pode depreender, o processo de aplicação dos tratados no Brasil, em regra, consagra a teoria dualista<sup>162</sup> haja vista que, para haver a aplicação de um tratado no âmbito interno, é necessário que este passe por um processo de incorporação.

---

<sup>160</sup> Campanini, sobre a rigidez do conceito de soberania, afirma que: “As atuais relações entre nações consagraram o fato de que o conceito de soberania deve sofrer flexibilização para que possa existir o multilateralismo entre Estados, capaz de propiciar o desenvolvimento sustentável do planeta [...] A soberania é qualidade do poder do estado [...] o poder absoluto dos Estados, desprovido de qualquer preocupação com o cenário internacional, é figura que se esvai com a globalização e com a busca da segurança global”. (CAMPANINI, Pedro Reinaldo. Constituição e Construção da Cidadania. Organização de A. Dinalli, Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio Leme. Leme/SP: Ed. JH Mizuno, 2005, pp. 75 e 76).

<sup>161</sup> SILVA NETO, Orlando Celso da. Direito Processual Civil Internacional Brasileiro. São Paulo: Editora LTR, 2003, pp. 81 a 85.

<sup>162</sup> Há quem considere que, no tocante a direitos humanos, o Brasil adota o sistema monista.

Não há regra expressa, constitucional ou infraconstitucional, sobre a forma de internalização dos tratados ao Direito pátrio, no entanto, a prática consagrada é existente desde o Brasil Colonial, havendo a necessidade de ato final do Executivo para aplicação do que foi pactuado.

Os tratados, para serem observados no âmbito interno, precisam, após negociação e assinatura, ser submetidos a aprovação parlamentar<sup>163</sup>.

O artigo 49, inciso I, da Constituição Federal de 1988 determina o papel do Congresso Nacional no tocante à aprovação dos tratados internacionais, que trazem gravames ao patrimônio nacional.

Nagib Slaibi Filho<sup>164</sup> destaca a importância dada ao Congresso pelo Texto Constitucional vigente, já que a responsabilidade congressual foi ampliada para a apreciação dos tratados que trazem encargo ao patrimônio nacional:

Observe-se que tal poder é bem mais abrangente que aqueles dos textos constitucionais anteriores, pois agora se comprehende que ao Congresso Nacional cabe resolver, em definitivo, sobre qualquer ato internacional que de alguma forma possa causar gravame não só ao patrimônio público, mas também ao patrimônio privado, pois ambos, patrimônio público ou privado, é que formam o patrimônio nacional.<sup>165</sup>

Ressaltamos que o poder de celebrar tratados (treaty-making power) é do Presidente da República<sup>166</sup> ou de seus representantes, sendo certo que ele não se ocupa diretamente dessas relações internacionais, encargo que o Decreto n. 99.578/90 atribui ao Itamaraty, na qualidade de órgão auxiliar da Presidência da República, no entanto o tratado

<sup>163</sup> Bry, citado por J. M. Othon Sidou, previne que “se o chefe de Estado ratifica o tratado antes que o Poder legislativo o sancione, nos casos em que a lei do país lhe reserva essa competência, diz-se que a ratificação é incompleta; o tratado, portanto, não é ainda executável e o soberano deve, em respeito ao Estado co-contratante e à lei orgânica do seu país, abster-se de ratificar um ato antes de ter obtido a aprovação do mencionado poder”. (SIDOU, J. M. Othon. O Controle dos Atos internacionais pelo Poder Legislativo - Apontamentos de Direito Constitucional Internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nºI, jan./jun. 2003, p.480).

<sup>164</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988 - Aspectos fundamentais. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p.328.

<sup>165</sup> Cf., no art. 225, §4º, referência à expressão “patrimônio nacional”.

<sup>166</sup> É a Constituição que determina esta competência que, no caso brasileiro, é conferida, no art. 84, VIII, ao Presidente da República.

assinado precisa passar pela aprovação do Congresso Nacional para ser aplicado no âmbito interno.

Criou-se, contudo, uma celeuma na interpretação do disposto no art. 49, I, sobre a necessidade de aprovação de alguns ou de todos os tratados pelo Congresso Nacional.

Mais coerente e democrático, por ser o Congresso Nacional representante da vontade popular, seria que todos os tratados passassem pelo crivo do Poder Legislativo, sobretudo pelo fato de que, ao se obrigar internacionalmente, sempre haverá encargos ocasionados à população, sejam eles de que natureza forem<sup>167</sup>.

O processo de incorporação, consoante Marques<sup>168</sup>, citando julgado do STF, dá-se de um ato subjetivamente complexo, a saber: o Presidente da República, que pode ou não dar curso ao processo do consentimento<sup>169</sup>, sem qualquer prazo, dependendo de sua conveniência<sup>170</sup>, encaminha mensagem<sup>171</sup>, acompanhada do inteiro teor do compromisso, e da exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores<sup>172</sup>, à Câmara dos Deputados que a envia a duas comissões - de Relações Exteriores e Constituição e Justiça<sup>173</sup> - para análise e parecer, o que poderá envolver outras comissões; após, é encaminhada para votação em separado, primeiro na Câmara dos Deputados, depois no Senado, devendo ser aprovada em ambas as casas por maioria absoluta do número de presentes. Embora não exista prazo para a

<sup>167</sup> Corroborando esse entendimento, Duarte, ao interpretar sistematicamente os dispositivos da Constituição concernentes à celebração dos tratados, entende que: “em razão da necessária conjugação entre os arts. 84, VIII, e 49,I, da Carta Maior, que todos os tratados internacionais devem ser objeto de aprovação pelo Congresso Nacional, e não somente aqueles que acarretem ‘encargos ou compromissos gravosos’ ao patrimônio nacional. Também assim melhor se atenderá à necessária interpretação sistemática que devemos ter do texto constitucional”. (DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam os tratados. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 10, n°41, outubro-dezembro/2002, p. 75).

<sup>168</sup> MARQUES (2002, p. 73).

<sup>169</sup> REZEK (1998, p. 68) destaca que “tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e, submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso”.

<sup>170</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación Constitucional para la integración comunitaria. Estudios sobre los Estados del Mercosur*. Tomo I: Brasil y Paraguay. Montevideo: Ed. Konrad - Adenauer - Stiftung E.V., 2004, p. 58.

<sup>171</sup> Ver modelo de mensagem no anexo III desta dissertação, localizado ao final.

<sup>172</sup> Ver modelo da exposição de motivos no anexo III desta dissertação, localizado ao final.

<sup>173</sup> Regimento da Câmara dos Deputados, art. 32, III.

apreciação, pelo Legislativo, o Poder Executivo pode pedir apreciação do texto com prioridade ou urgência.

Destacamos que, uma vez aprovados, por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais voltam ao Executivo, para a ratificação internacional — momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito do instrumento de ratificação no local designado, nos casos de tratados multilaterais.

A ratificação é manifestação, também de cunho discricionário, do Chefe do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado. Tal propósito, confirmado e reiterado, é transmitido às contra-partes estrangeiras, mediante o depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante elas, o compromisso político. Por derradeiro, para aperfeiçoar-se o ato e ter vigência no Território nacional, o Presidente da República expede um decreto de promulgação, que é publicado, e a partir do qual se inicia a sua vigência no Território nacional, distinguindo-se, pois, três fases na internalização dos tratados.<sup>174</sup>

Estas fases datam dos primórdios da República e não foram modificadas ao longo dos anos, estando assentadas suas regras na prática brasileira do Direito Internacional Público.

Dúvidas existem sobre caso a Câmara rejeite o processo, se ele, ainda assim, será submetido ao Senado. Uns afirmam que, em caso rejeição, o processo sequer vai para o Senado havendo, portanto, sido rejeitado o texto do tratado<sup>175</sup>; há, no entanto, quem afirme que, ainda que rejeitado pela Câmara dos Deputados, o texto é encaminhado ao Senado, o qual se o aprova, o devolve para a apreciação definitiva pelos deputados<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Ver: MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. S.P.: Atlas, 2005, p.457.

<sup>175</sup> SCHUELTER (2003, p.117); e REZEK (1998, p. 69).

<sup>176</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988, Aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989, p.349.

Vale a ressalva, contudo, de que, independentemente de um ou de outro ser o procedimento adotado, o texto do tratado somente será promulgado por meio do decreto legislativo<sup>177</sup> (CF/88, art. 59, VI), promulgado pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial, se aprovado em ambas as casas, uma vez que só assim traduziria a vontade do Congresso Nacional.

Celso D. de Albuquerque Mello<sup>178</sup> destaca que, em caso de não-aprovação de um tratado pelo Congresso Nacional, pode ser novamente submetido à sua apreciação na mesma legislatura<sup>179</sup>, embora não possa ser submetido na mesma sessão legislativa<sup>180</sup>.

Implica, pois, a aprovação parlamentar, consumada com a publicação de um decreto legislativo, uma autorização para que o Poder executivo proceda à ratificação do tratado no âmbito internacional, embora não o obrigue a efetivá-la.

Após a promulgação e publicação, o Presidente da República, para o início da vigência no âmbito interno, dará uma ordem de execução, mediante decreto presidencial.

Realçamos, ainda, fato de que o projeto de decreto legislativo, assim como o projeto de lei ordinária, necessitam, para aprovação, maioria simples de votos em cada casa do Congresso (art. 47 da CRFB/88).

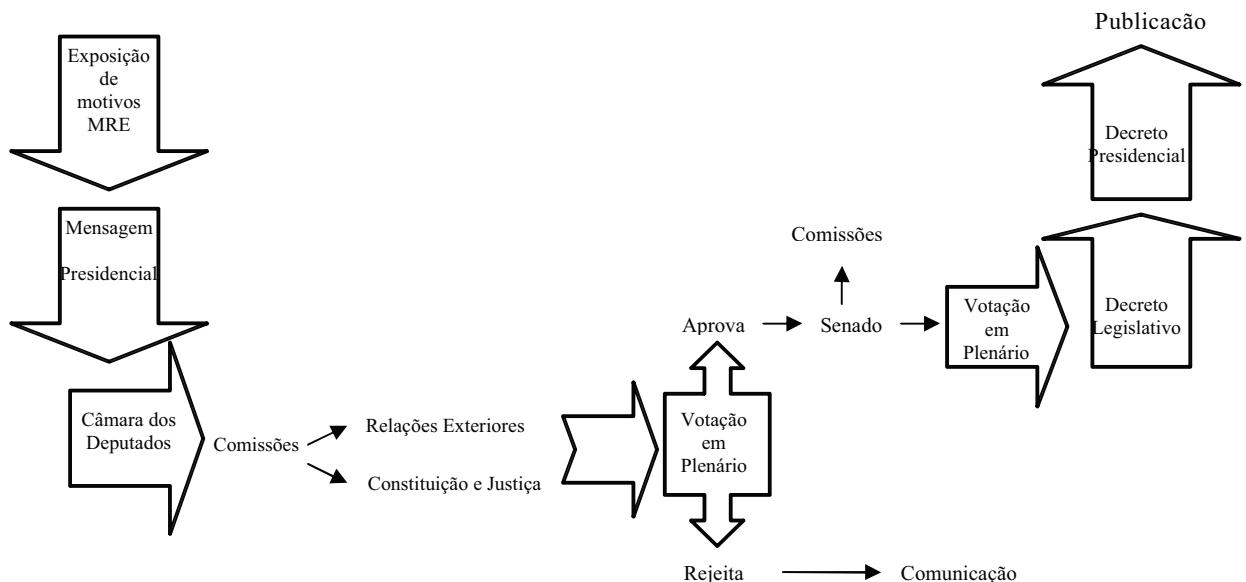
<sup>177</sup> Pontes de Miranda conceitua os decretos legislativos como sendo “as leis que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção promulgação ou voto”. (In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica Legislativa. Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1993, p. 112).

<sup>178</sup> MELLO (1997, p.347).

<sup>179</sup> A legislatura é o período de quatro anos e corresponde ao período de mandato dos membros da Câmara dos Deputados (CF/88, Art. 44, parágrafo único).

<sup>180</sup> As sessões legislativas podem ser ordinárias e extraordinárias. A sessão legislativa ordinária é o período anual que se reúne o Congresso para os trabalhos legislativos e divide-se em dois períodos — de 02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro (CF/88, Art. 57 – Alterado pela EC nº 50). A sessão legislativa extraordinária é realizada no período de recesso e ocorrerá por convocação.

O processo de tramitação do tratado a ser incorporado está sintetizado no diagrama abaixo:



Fonte: Autoria própria.

Destaque-se, ainda, o fato que há uma diversidade na aplicação dos tratados no Direito brasileiro, que propugna o sistema misto<sup>181</sup>, já que nem todos os tratados observam este processo de incorporação, havendo uma diferenciação entre algumas espécies de tratados, dentre as quais podemos citar os tratados que versam sobre direitos humanos, que terão abordagem específica, enquanto que, para os demais tratados, é empregada a "teoria da incorporação" em que, para tornar obrigatório o tratado, é necessário um ato (ou procedimento) legislativo.

Várias controvérsias surgem no processo legislativo de incorporação dos tratados, no entanto duas merecem destaque: a primeira é em torno de poder ou não a aprovação congressual ocorrer de forma total ou parcial, modificando o texto assinado internacionalmente; a segunda diz respeito ao início da aplicação do tratado no âmbito

<sup>181</sup> O sistema misto utiliza cumulativamente preceitos das concepções monistas e dualistas.

interno, se após a promulgação e publicação pelo Senado Federal, ou somente após a ordem de execução dada pelo Presidente da República.

### 3.2.2 Possibilidade de restrições/emendas impostas pelo Congresso ao texto pactuado

Outra discussão sobre a internalização dos tratados concerne à possibilidade de modificação ou aprovação parcial do texto do tratado imposta pelo Congresso Nacional.

Há os que defendem a possibilidade de emenda dos textos dos tratados pelo Congresso Nacional de forma ampla e ilimitada e os que a negam por entender que a aprovação parcial, bem como a apresentação de reservas, não constituem atribuições de sua competência; caso contrário teria a capacidade de negociador<sup>182</sup>.

Forte discussão é travada em razão do disposto no artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal que confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Cachapuz de Medeiros<sup>183</sup> é favorável à apresentação de reservas, devendo o projeto emendado retornar à Câmara dos Deputados para que delibere, definitivamente, sobre o texto emendado.

Segundo Celso D. de Albuquerque Mello<sup>184</sup>, a posição de Pontes de Miranda é a melhor, já que nega a possibilidade de emendas e aceita a apresentação de reservas.

A Sociedade Brasileira de Direito Internacional concluiu que não cabe ao Congresso Nacional a modificação do conteúdo do que foi pactuado, mas tão-somente resolver sobre sua aprovação ou rejeição em caráter definitivo, sem qualquer ingerência do Judiciário e do Executivo, assim como não assiste, na matéria, o direito de voto do Presidente da República<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> ARIOSI (2000, p. 146).

<sup>183</sup> MEDEIROS (1983, p.113).

<sup>184</sup> MELLO (1997, p. 216).

<sup>185</sup> SIDOU (2003, pp. 487 e 488).

O Senador e jurista Waldemar Pedrosa, sobre o direito do Legislativo de não somente afirmar ou negar os termos do tratado, mas também de colaborar manifestando-se sobre o teor do texto, declara que

Ao Poder Legislativo cabe o direito de rejeitar o acordo ou de lhe sustar o processo de andamento, informando, se assim o julgar oportuno, o Poder Executivo dos motivos que o levaram a adotar qualquer dessas atitudes. O Poder Legislativo teria, assim, a oportunidade de expor ao Executivo as razões e os fundamentos que julgar procedentes para a defesa ou sustentação dos dispositivos impugnados<sup>186</sup>.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seus artigos 17 e 19, admite a aceitação parcial do texto do tratado (art. 17), bem como a aposição de reservas, desde que a reserva seja admitida no tratado (art. 19, a) e não seja incompatível com o seu objeto (art. 19, c).

Evidenciamos que tais reservas somente são admitidas em tratados multilaterais, já que nos tratados bilaterais o pactuado foi consenso de ambas as partes e sua modificação implica a necessidade de uma nova negociação<sup>187</sup>. Nestes casos, a emenda pelo Congresso Nacional implica desaprovação ao pactuado.

É sabido que, na prática, o Congresso apresenta emendas aos textos dos tratados com cujo teor não concorda<sup>188</sup>, conduta correta se levarmos em consideração a possibilidade de aprovação do tratado e a posterior denúncia decorrente da impossibilidade de cumprimento do pactuado.

Criticando o processo legislativo brasileiro e a inobservância das regras pactuadas, Amélia Regina Mussi Gabriel<sup>189</sup> mostra a impropriedade da conduta brasileira adotada:

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, e o poder legislativo, ao aprovar o compromisso internacional,

<sup>186</sup> SIDOU (Idem, *ibidem*).

<sup>187</sup> REZEK (1998, p. 71).

<sup>188</sup> MELLO (*op. cit.* 217).

<sup>189</sup> GABRIEL, Amélia Regina Mussi. O conflito entre tratado e Direito Interno face ao ordenamento jurídico brasileiro e outras questões conexas. Disponível em: <<http://www.smithedantas.com.br/texto/conflieto.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflita. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional – ‘teoria do ato próprio’ (*venire contra factum proprium non valet*), que impede que o Congresso Nacional edite leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado. [...] Além do mais, há de ser realizado um ‘controle preventivo’ da constitucionalidade e da legalidade do tratado face ao ordenamento interno e aos interesses do Brasil.

Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, é realizado e dar-se-á pelo STF (via recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea "b" da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de Tratado, ou pelo STJ (via recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea "a" da CF, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhe vigência.

### 3.2.3 Início da vigência interna do tratado

Outro questionamento é sobre o início da vigência do que foi pactuado, tanto no âmbito interno, quanto no internacional. O início da vigência internacional pode estar previsto no próprio texto, ou seguir o que determina a Convenção de Viena, que regula o direito dos tratados.

Diversos são, portanto, os momentos de início da vigência no âmbito internacional e no âmbito interno, e, segundo Alejandro Perotti<sup>190</sup>, a vigência interna nunca pode preceder a vigência internacional.

Controvérsia existe, contudo, sobre o momento do início da vigência, no âmbito interno, dos tratados celebrados.

Amílcar de Castro<sup>191</sup>, em posicionamento dualista exacerbado, e reconhecendo a predominância desta teoria, que exige a incorporação dos tratados à legislação interna para aplicação em Território nacional, expressa que, para que os tratados tenham efeito no âmbito

<sup>190</sup> PEROTTI (2004, p. 65).

<sup>191</sup> CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5.ed.. Revisão e Atualização Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 123.

interno dos Estados, duas teorias se formaram: uma de que o tratado, desde o instante em que entre regularmente em vigor, e tenha sido publicado, é fonte formal de Direito nacional, obrigando diretamente particulares e tribunais a obedecê-lo, sem a necessidade de qualquer ato legislativo para torná-lo exigível; outra, a dizer que, ratificado e publicado, obriga o Governo na ordem internacional, mas ainda não converte o que foi convencionado em direito positivo nacional, havendo necessidade de procedimento especial de adaptação do Direito nacional ao internacional, denominado ordem de execução<sup>192</sup>.

Ocorre que, em virtude da inexistência de previsão legal, ou constitucional, sobre o início da vigência do tratado incorporado sob a forma de decreto legislativo, a rigor, dever-se-ia aplicar o disposto no art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Civil que determina que a vigência da lei, salvo disposição em contrário, entrará em vigor quarenta e cinco dias após a sua publicação.

Entenda-se aí lei, na acepção estrita do vocábulo, como bem explicitou Maria Helena Diniz<sup>193</sup>, como “a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado”.

Na realidade, por uma tradição portuguesa<sup>194</sup>, o Brasil, sem qualquer justificativa que o valha, exige para a efetivação do processo de internalização do tratado a promulgação por meio de um decreto do Executivo.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>195</sup>, inclusive, negou vigência a tratado interno haja vista a inexistência de decreto do Presidente da República para determinar o início da vigência do decreto incorporado.

<sup>192</sup> Rodas (1980, p. 200) manifesta-se no mesmo sentido, trazendo à baila os dois sistemas: “O primeiro exige um ato de promulgação que torna o tratado obrigatório e o incorpora na legislação interna. O segundo considera necessária apenas a sua publicação, como medida de pura publicidade”.

<sup>193</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 11.ed.. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 44.

<sup>194</sup> RODAS (op. cit., ibidem)

<sup>195</sup> STJ - REsp nº157.561/SP (97.87055-3). Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgto.: 17.12.1998. Publicado no DJU de 08.03.1999. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 11ago. 05.

Esta tradição portuguesa da ordem de execução mediante decreto presidencial é também respaldada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>196</sup> que, sem qualquer fundamentação<sup>197</sup> jurídica que o valha, manifesta-se favorável à necessidade do decreto presidencial:

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF artigo 49,I), e a do Presidente da República, que além, de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto<sup>198</sup>.

MERCOSUL: Protocolo de Medidas Cautelares, Carta Rogatória nº 8.279 – República Argentina, Ministro Celso de Mello (presidente): MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao Direito Interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/03/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.<sup>199</sup>

No mesmo sentido tem se manifestado em parecer a Advocacia Geral da União<sup>200</sup>, corroborando este entendimento da indispensabilidade do decreto presidencial para passar a viger no âmbito interno, de onde se conclui, portanto, que, apesar de se poder utilizar

<sup>196</sup> Ambas as jurisprudências foram extraídas de artigo publicado por Frederico do Valle Magalhães Marques (2002, p. 73).

<sup>197</sup> José de Albuquerque Rocha aponta que a fundamentação “implica a obrigação do julgador de ancorar a decisão na lei, quer dizer, tomar a lei como medida, critério ou paradigma de suas decisões. Atende, pois ao valor certeza do direito , impedindo o subjetismo judicial, que é o poder de decidir com base nos critérios pessoais do julgador e não nos critérios objetivos da lei, o que não quer dizer que o juiz seja um aplicador ‘mecânico’ da lei”. (ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 68).

<sup>198</sup> STF, DJU 2.8.96, p. 25792, ADIn 1.480, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello.

<sup>199</sup> Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do Direito Interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro – ADI N° 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>200</sup> Disponível em: <[www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)>. No link: <[http://200.181.70.163/pareceres/index\\_default.htm](http://200.181.70.163/pareceres/index_default.htm)> Acesso em: 20 ago. 2005. Parecer do qual extraímos os seguintes trechos: “De forma alguma, pode o Decreto Legislativo ser tido como marco do início da vigência e da eficácia interna do ato internacional, pois após autorizado pelo Poder Legislativo, pode o Presidente da República desistir ou se negar a ratificar o acordo internacional, de modo que, nesse caso, este nunca teria aplicabilidade nem interna, nem internacionalmente [...] portanto, o momento exato do início da vigência mesmo internacional do Regulamento de Melbourne não é a data do depósito, pela República do Brasil, da Carta de Ratificação do Tratado de Nairobi em 31 de janeiro de 1990, como defende um dos Pareceres apresentado pelas Recorrentes, nem tão pouco a data de publicação do Decreto Legislativo nº 55, que aprovou o mesmo Tratado em 5 de outubro de 1989, como imaginam outros Pareceres contratados pelas interessadas, mas a partir de 1º de julho de 1990”.

do disposto em Lei (art.1º. da LICC) para determinar o início da vigência dos tratados, o entendimento que se solidificou na doutrina foi o consagrado pela tradição: o da vigência a partir da publicação do decreto presidencial, por Amílcar de Castro chamado de ordem de execução<sup>201</sup>.

A expedição, pelo Presidente da República, de decreto acarreta três efeitos<sup>202</sup>:

- a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

O decreto presidencial integra o ordenamento jurídico interno com caráter de norma infraconstitucional, situando-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, guardando com elas paridade normativa, podendo, por conseguinte, ser revogado (ab-rogação ou derrogação) por norma posterior, bem como ser alvo de controle de constitucionalidade.

Pelo entendimento firmado pelo Supremo, embora sem qualquer dispositivo legal que justifique, fez-se indispensável a publicação do decreto presidencial para que seja exigível o dispositivo de tratado incorporado. Destacamos o fato de que o mesmo entendimento não deveria ser dado aos tratados que versam sobre direitos humanos, em decorrência da matéria, no entanto, tem-se confirmado esta equiparação no tratamento até a inclusão, no Texto Constitucional, da emenda nº45, que pode trazer alteração no tratamento desses pactos.

---

<sup>201</sup> CASTRO (1996, p. 123).

<sup>202</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado – de acordo com a reforma do judiciário. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005a, p.277.

## 4 DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS - Tratados sobre Direitos Humanos. Aplicabilidade no Brasil decorrente do acréscimo do § 3º ao art. 5º pela EC 45 e a inconstitucionalidade da referida emenda

### 4.1 Diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Pelo fato de tratar a Constituição de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, em um mesmo Título e Capítulo de seu texto, no que concerne à proteção dos direitos lá assegurados, e para que se possa provocar a efetivação da exigibilidade desses direitos, sobretudo os que são objeto de tratados internacionais, é necessário que se proceda a uma diferenciação entre direitos humanos<sup>203</sup> e direitos fundamentais.

Norberto Bobbio<sup>204</sup> aponta a dificuldade em definir Direitos humanos, colocando-os como sendo os direitos dos quais nenhum homem pode ser despojado.

Christophe Swinarski<sup>205</sup> desdobra o conceito de Direitos humanos analisando-o sobre três acepções distintas:

Na primeira, trata-se de uma proposta dos direitos individuais, parte da reflexão geral sobre as relações entre o indivíduo, a sociedade e o poder, de origem ideológica, integrando a doutrina de uma filosofia política de qualquer inspiração (cristã, marxista, liberal etc.). Obviamente, o conteúdo dos Direitos Humanos,

<sup>203</sup> José Afonso da Silva critica a expressão consagrada: "Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando- se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais". (AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 176).

<sup>204</sup> Afirma: em sua maioria as definições são tautológicas: "Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem." Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: "Direitos do Homem são aqueles que pertencem, ou deviam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado". Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc." (BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, Ed. Campus, 2004, pp.37 e 38).

<sup>205</sup> SWINARSKI (2003, pp. 36 e 37).

contemplados nesta acepção, deve variar segundo a perspectiva filosófica adotada, e a tal ponto que se chega invariavelmente a muitos conteúdos diferentes, senão contraditórios, o que gera intermináveis discussões doutrinárias e ferozes logomaquias.

Na segunda, o conceito se refere às garantias legais da pessoa humana no próprio Direito Interno, ou seja, as normas de origem constitucional, legislativa ou regulamentar que regem as relações entre a pessoa e o aparato do poder, com a suposição de que ambas as partes estejam igualmente regidas por elas, de modo a servirem de eficaz amparo contra a arbitrariedade do Estado – o que, por sua vez, representa a condição fundamental de existência do “estado de direito”.

Finalmente, em sua terceira acepção, os Direitos Humanos são um conjunto genérico de normas de origem internacional visando a limitar a onipotência do Estado em sua relação com seus súditos e, por conseguinte, limitar o exercício de sua sacrossanta soberania pessoal.

O conceito de direitos humanos, qualquer que seja o proferido pela doutrina pátria, ou internacional, é oriundo do momento histórico vivido, e concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional<sup>206</sup>. Daí por que a Constituição de 1988 praticou verdadeiro avanço, uma vez que incluiu dentre os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Difícil estabelecer a diferença entre os direitos humanos e os fundamentais, já que os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos<sup>207</sup>. Podemos dizer, ainda, que a diferença é praticamente inexistente, uma vez que os direitos humanos se concretizam pelas garantias de sua execução insertas na Carta Maior, quando, então, passam a ser chamados de direitos fundamentais<sup>208</sup>.

Os direitos fundamentais existem, portanto, em virtude da norma de direito fundamental que lhe outorga esse direito, inexistindo direito fundamental sem norma que o

---

<sup>206</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996, p. 29.

<sup>207</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: RCS editora, 2005, p.43.

<sup>208</sup> Suzana de Toledo Barros, conceituando os direitos fundamentais, os situa como “dimensões indispensáveis do Estado Brasileiro” que tenha como função e fim a proteção dos direitos dos seus cidadãos, implementado sob as bases do direito. (BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000, p. 97).

assegure. Indispensável é que se afirme que as normas de direito fundamental são expressas exclusivamente em enunciados contidos na norma constitucional<sup>209</sup>.

A doutrina assinala a confusão feita no emprego dessas expressões. Pode-se afirmar, de forma sintética, como sustentado por alguns autores<sup>210</sup>, que a expressão direitos humanos é utilizada em países de língua inglesa, enquanto direitos fundamentais é fruto da tradição germânica; ou, ainda, que, quanto à aplicação do conceito, os direitos fundamentais se restringem ao âmbito constitucional, enquanto os direitos humanos ao contexto internacional.

Sobre o tema em comento, bem sintetiza o mestre português J. J. Gomes Canotilho<sup>211</sup>, estabelecendo a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalemente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Villiers, por sua vez, define direitos fundamentais como sendo

centrais aos direitos e liberdades individuais e formam a base de um Estado democrático. Os direitos fundamentais são considerados como essenciais ao processo democrático<sup>212</sup>.

O conceito e o reconhecimento dos direitos fundamentais estão aliados ao de democracia, portanto o avanço do respeito destes implica observância às instituições democráticas que, inexistindo, inviabilizam a existência daqueles.

É pertinente tal afirmação, daí por que a doutrina costuma classificar os direitos segundo o período histórico em que se desenvolveram em gerações, conferindo

<sup>209</sup> ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp-Verlag. 1986. Versão em castelhano: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 47.

<sup>210</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560.

<sup>211</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed.. Coimbra: Almedina, 1991, p. 529.

<sup>212</sup> VILLIERS apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996, p.29.

verdadeiras dimensões aos direitos fundamentais, consoante o momento histórico e a evolução democrática das instituições, podendo, assim, ser resumidos:

Os direitos de primeira geração foram inspirados nos direitos pregados pelo lema revolucionário Liberdade, Igualdade, Fraternidade. São, portanto, formados pelos direitos civis e políticos.

A segunda geração é composta pelos ‘direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades’, que são direitos que, pela sua natureza, demandam do “Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, dando-lhes conotação de direitos meramente programáticos. Nessa segunda geração, portanto, os direitos fundamentais deixam de ser apenas liberdades de ação e se convertem em prestações positivas e liberdades de participação<sup>213</sup>.

Os direitos de terceira geração não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, ou de uma coletividade, mas ao homem como gênero humano. Emergiram de temas como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade<sup>214</sup>.

Já a globalização, a evolução tecnológica e os avanços científicos deram ensejo aos chamados direitos fundamentais de quarta geração, que são resumidamente: a democracia, o direito à informação e ao pluralismo. No dizer de Paulo Bonavides, “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”,<sup>215</sup>

O surgimento de uma nova geração não exclui outra já formada e, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração posterior, assumem uma nova dimensão<sup>216</sup>, pois se trata de um processo qualitativo e cumulativo, ao contrário, todos os direitos, independentemente da geração em que possam estar classificados, pois intimamente relacionados. São decorrentes da necessidade histórica de serem satisfeitas as necessidades do

---

<sup>213</sup> SOARES, Evanna (2005).

<sup>214</sup> BONAVIDES (2005, p.569).

<sup>215</sup> BONAVIDES (Idem, pp. 571 e 572).

<sup>216</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: RCS 2005, p.47.

homem diante do progresso técnico ou de novas ameaças à sua liberdade. Os direitos humanos estão, portanto, interligados independentemente de sua geração.

Uma vez estabelecida a diferenciação e interligação entre direitos humanos e fundamentais, é indispensável que se observe a inserção dos direitos humanos respaldados em tratados, na ordem jurídica interna, para que se verifique a exigibilidade constitucional dos mesmos.

#### 4.2 Constitucionalização das disposições de direito internacional sobre direitos humanos

É uma tendência observada, hodierna mas não recentemente, a constitucionalização de pactos celebrados internacionalmente, até mesmo pelo atual fenômeno da globalização em que se tende a observar o interesse coletivo em detrimento ao interesse individual, e que, portanto, "manifesta-se através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas, abraçados, com fervor, à idéia de implantação de uma comunidade universal de Estados, devidamente institucionalizada".<sup>217</sup>

Sobre o processo de internalização dos tratados, sobretudo os de direitos humanos, e a problemática de inserção no Direito Interno pela falta de compromisso dos Estados quando da assinatura de tratados internacionais, Oona A. Hathaway<sup>218</sup> expõe:

The transnational legal process framework presents a coherent explanation for

---

<sup>217</sup> BONAVIDES (2005, pp.47 e 48).

<sup>218</sup> O ambiente de processo legal transnacional apresenta uma explicação coerente em concordância com o regime de direitos humanos. Notando isso na área de direitos humanos, os governos nacionais estão freqüentemente pouco dispostos a se obrigarem por tratados, Koh discute que a abordagem do processo legal transnacional oferece, para uns, meios de atacar esta apatia. Para encorajar essa interação, mais agentes, inclusive inter-governamentais, organizações não governamentais e o setor privado devem ser encorajados a participar do processo e, para interpretar normas de direitos humanos, deveriam ser criados e dedicados a este propósito ou adaptados a instituições já existentes. Finalmente, a internalização das normas pode acontecer por uma variedade de meios, inclusive a incorporação no sistema legal por interpretação judicial, aceitação pelas elites políticas e seus pares. De fato, Koh exorta essa busca encorajando que países cumpram as normas internacionais de direitos humanos para usar todas as ferramentas disponíveis, não simplesmente pelo poder externo e coerção, nem pelo egoísmo de Estados, tampouco pelo encorajamento de identidade legal liberal, muito menos promoção de valores compartilhados, e facilitação de processo legal, mas todos estes fatores conjuntamente. (Tradução nossa.) (HATHAWAY, Oona A. Do Human rights treaties make a difference? The Yale Law Journal. Jun 2002. 111, 8; Academic Research Library, p. 1961. Disponível em:<[www.proquest.com](http://www.proquest.com)> Acesso em: 09 ago. 2005).

compliance with human rights regimes. Noting that in the area of human rights, national governments are often unwilling to enforce treaties against one another, Koh argues that the transnational legal process approach offers a means of combating this apathy. To encourage interaction, more actors, including intergovernmental and nongovernmental organizations and private parties, ought to be encouraged to participate in the process. And to produce interpretations of human rights norms, for a dedicated to this purpose should be created or adapted from existing institutions. Finally, domestic internalization of the norms can occur through a variety of means, including incorporation into the legal system through judicial interpretation, acceptance by political elites, and the like. Indeed, Koh exhorts those seeking to encourage countries to abide by international human rights law to use all the tools at their disposal-not simply external power and coercion, not simply self-interest of states, not simply encouragement of liberal legal identity, not simply promotion of shared values, and not simply facilitation of legal process, but all of these at once.

O que se verifica, realmente, é esta constante inserção de normas do Direito Internacional no Direito Interno<sup>219</sup>, primordialmente no tocante aos direitos humanos. Houve evidente desenvolvimento conjunto das normas internacionais mediante a sua concomitante aplicação constitucional<sup>220</sup>.

No que concerne aos direitos humanos, e a importância de que sejam constitucionalmente albergados para sua efetiva proteção, destaca Cervantes G.<sup>221</sup>:

[...] cuando las constituciones muestran exactas definiciones o bien referencias a los derechos fundamentales, debe resultar claro que, en tratándose de la protección de tales derechos, el ejercicio nacional, es decir, la protección nacional es particularmente relevante de cara al ejercicio de la jurisdicción internacional. Este es el punto de partida de este comentario, la relación “simbiótica”, el contacto

---

<sup>219</sup> Alejandro Perotti (2004, p. 50) destaca que, das constituições republicanas brasileiras, esta foi a única que inseriu em seu preâmbulo disposições sobre Direito Internacional. Assim expressa: “Esta relevancia resalta aún más al observarse que de los textos constitucionales históricos, de 1891, 1934, 1937, 1946 y 1967/69, el texto actualmente en vigor es el único que realiza en su Preámbulo declaración alguna respecto al derecho internacional. El compromiso del que da cuenta el enunciado preambular traduce sin dudas una perspectiva de respeto, de observancia, de aceptación del ordenamiento internacional”.

<sup>220</sup> “O desenvolvimento normativo internacional dos últimos sesenta anos igualmente se acompanhou nos âmbitos nacionais de profusos processos de vigorização da normativa constitucional nacional, processos através dos quais se avançava das meras definições políticas a efetiva consagração de normas jurídicas, presenciando assim o trânsito das cartas políticas as hoje constituições normativas”. (CERVANTES G., Luis Fco. El Fortalecimiento de la Jurisdicción Nacional como Desafío de la Jurisdicción Internacional sobre Derechos Humanos. Las Enseñanzas del Ámbito Interamericano. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos – IBDH, Organizadores: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal, Fortaleza, Ed. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Vol. 4, nº 4, 2003, p. 67 e 68. Tradução nossa).

<sup>221</sup> Quando as constituições mostram exatas definições ou referências aos direitos fundamentais, deve ficar claro que, em se tratando da proteção de tais direitos, o exercício nacional, é determinar que a proteção nacional é particularmente relevante ao exercício da jurisdição internacional. Este é o ponto de partida deste comentário, a relação “simbiótica”, o contato de duas vias, o diálogo que deve se estabelecer entre os órgãos internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos, como opção válida e especial para sua efetiva proteção [...] na atualidade este fortalecimento da proteção nacional é em si mesmo um desafio impostergável e por sua vez consequente e necessário, para o desenvolvimento da jurisdição internacional, neste caso, dos direitos humanos. Em outras palavras, como um dos importantes desafios da jurisdição internacional se encontra na sua relação e na recíproca retroalimentação com a jurisdição nacional. CERVANTES (Idem, ibidem).

de doble vía, el diálogo que debe establecerse entre los órganos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, como opción válida y especial para su efectiva protección. [...] en la actualidad este fortalecimiento de la protección nacional es en sí mismo un desafío impostergable y a la vez consecuente y necesario, para el desarrollo de la jurisdicción internacional, en este caso, de los derechos humanos. En otras palabras, como uno de los importantes desafíos de la jurisdicción internacional se encuentra en su relación y en su recíproca retroalimentación con la jurisdicción nacional.

Vários dispositivos constitucionais de Direitos Humanos, no Brasil, copiaram dispositivos das convenções internacionais, pode-se mencionar a título de exemplo: art. 5º. caput (Art. VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art 24 da Convenção Americana); art.5º., inciso III (Art. V da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 7º. Do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 5º. (2) da Convenção Americana); art. 5º., LVII (art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art.14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º. (2) da Convenção Americana). Podemos citar, ainda, a forte influência da Constituição espanhola de 1978 para a inserção dos direitos humanos nos textos constitucionais latino-americanos.

A aplicação dessas e outras disposições dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, nos moldes determinados pelo §2º do art. 5º, reflete tanto o fato de o legislador nacional estar buscando orientação nas perspectivas internacionais, quanto em equacionar o Direito Interno, de modo a ajustá-lo com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Palestra proferida em seminário do TRF da 3ª Região sobre a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.actadiurna.com.br/biblioteca/doutrina/dh/progdh2.htm>> Acesso em: 05 ago. 2005.

Observa-se o fenômeno da constitucionalização destes direitos a partir do século XIX em que os Estados passam a inserir em suas constituições as declarações de direitos<sup>223</sup>.

Este movimento foi impulsionado no pós-guerra, quando, em razão das violações cometidas pelo nazismo, as nações do mundo atentaram para o fato da necessidade de respeito aos direitos e liberdades humanas, passando, pois, este a ser um dos principais objetivos da Organização das Nações Unidas (ONU), fundada em 1945<sup>224</sup>.

Formou-se esta consciência internacional, para todos os propósitos práticos, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas e expandiu-se por meio dos instrumentos internacionais aplicados pelas agências da ONU, gerando como resultado legiferante uma codificação internacional dos direitos humanos e "Este código tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos a reconhecer que os seres humanos têm direitos sob o direito internacional e que denegação destes direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estado independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações"<sup>225</sup>.

A partir da visão introduzida pela Declaração de Direitos de 1948, ratificada pela Declaração de Viena de 1993, o indivíduo deixa de ser mero elemento de composição estatal e ganha o "status" de sujeito de direito internacional, passível de exercer direitos e obrigações, gerando, inclusive, responsabilização internacional aos Estados que os desrespeitarem<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Apesar de haver quem entenda, consoante notícia Paulo Borba Casella, ser “este documento destituído de valor legal: mera declaração de princípios, sem ter o caráter de direito positivo”. CASELLA, Paulo Borba. Declaração Universal dos Direitos do Homem: 50 anos. In: Direito Internacional: vertente jurídica da globalização. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 289.

<sup>224</sup> O Tribunal de Nuremberg de 1945-1946 teve participação significativa no movimento de internacionalização dos direitos humanos, uma vez que consolidou a idéia da limitação da soberania estatal e reconheceu o indivíduo como sujeito do direito.

<sup>225</sup> BUERGENTHAL, Thomas. In: Antônio Augusto Cançado Trindade – Prólogo – A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo: Saraiva. 1991, p.XXXI.

<sup>226</sup> LAUTERPACHT, Hersch apud PIOVESAN, Flávia – Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Editora Max Limonad 1996, p.34.

Desde então, os direitos do indivíduo na ordem interna deixaram de ser questão de soberania estatal — em sua conceituação tradicional — e passaram a ter exigibilidade na ordem internacional, sempre que as instituições nacionais se mostraram deficientes na tarefa de proteger estes direitos, podendo, inclusive, no caso de descumprimento destes, acarretar a responsabilização internacional do Estado<sup>227</sup>.

O então Secretário Geral da ONU, B. Boutros-Ghali, corrobora este entendimento, consoante se infere de sua afirmação em 1992:

Ainda que o respeito à soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...] Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da 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. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional<sup>228</sup>.

Há, realmente, um diferencial na aplicação dos tratados versando sobre matérias diversas e os tratados sobre direitos humanos, consoante explicitou Flávia Piovesan em comentários à Emenda Constitucional nº45<sup>229</sup>:

Esse tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos se justifica, na medida em que apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

Destaca, ainda, a mesma autora<sup>230</sup>, em outra obra:

Os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Se no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos,

<sup>227</sup> “A responsabilidade internacional do Estado é considerada o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido” Rousseau, Basdevant. In: SOARES, Orlando. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: EDITORA Científica Ltda, 1979, p.104.

<sup>228</sup> In: MAZZUOLI (2000).

<sup>229</sup> PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.). Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 71.

<sup>230</sup> PIOVESAN (1996, p.36).

passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território.

Analisando os tratados internacionais sob a perspectiva sistemática da Constituição pátria se manifesta Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>231</sup>:

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais, que não versem sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional (mas supra legal, não podendo, contudo, serem revogados por lei posterior), extraída justamente do citado art. 102, III, "b", da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a constitucionalidade de tratado ou lei federal" [...] Neste caso, como se percebe com facilidade, é perfeitamente válida a declaração de constitucionalidade dos instrumentos internacionais tradicionais ou comuns pelo Pretório Excelso.

À primeira vista, a conclusão que se extrai do dispositivo é a de que os tratados internacionais (tradicionais ou comuns, tão-somente) apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável, no caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*. Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF passou a adotar a famosa teoria da paridade, equiparando o tratado às leis federais. Mas, segundo já assentamos, os tratados internacionais (comuns) incorporados ao ordenamento brasileiro estão, na escala hierárquica das normas, numa posição intermediária, situando-se abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior.

Versando, portanto, os tratados sobre direitos humanos, uma vez assinados e ratificados, os tratados obrigam os governos a cumpri-los, sem poder invocar o princípio da soberania estatal<sup>232</sup>, uma vez que tal princípio se manifestou no ato da assinatura e confirmou-se pela ratificação do ato convencional. Aqui há de ser preservado o princípio e fundamento dos tratados - *pacta sunt servanda* - e flexibilizar o conceito de soberania para que existam direitos humanos globais, internacionais e universais<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>> Acesso em: 05 ago. 2005.

<sup>232</sup> Cibele Schuelter (2003, p. 39) aponta que o conceito de soberania hoje foi modificado “em benefício da integração global”.

<sup>233</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: Dois fundamentos irreconciliáveis. Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires: La Ley Síntese editora. Ano 7, nº1, fevereiro/2003, p. 45.

#### 4.3 Internalização de tratados sobre Direitos Humanos. Aplicabilidade no Brasil

No Brasil, a incorporação do Direito Internacional dos Direitos humanos deu-se com o início da redemocratização do País, que iniciou em 1985<sup>234</sup>, com a proposta de eleições diretas para Presidente da República e pela impossibilidade dos ditadores em resolver os problemas internos, após vinte anos de regime autoritário militar, quando prevalecia o interesse dos governantes — hipertrofia do Executivo — em detrimento de todo e qualquer direito existente à época<sup>235</sup>.

O ápice da consagração dos direitos humanos e fundamentais foi, portanto, a promulgação da Constituição de 1988, que introduziu indiscutível avanço na consolidação das garantias e direitos fundamentais. Foi mediante esta Constituição que os direitos fundamentais ganharam relevo por ser a Carta o documento mais pormenorizado da história brasileira, inclusive ampliando os direitos e garantias, de forma que a enumeração dos direitos passou a ser *numerus apertus*, pela impossibilidade de abrangência de todos os direitos que pretendia albergar<sup>236</sup>.

René Ariel Dotti<sup>237</sup>, enaltecendo esse momento, destaca que:

O reconhecimento formal da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que caracteriza a República e a prevalência dos

<sup>234</sup> José Afonso da Silva, sobre este importante momento histórico de redemocratização, se manifestou: “A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança”. (AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p.88).

<sup>235</sup> Constatou-se tal assertiva pela violação do direito primordial do ser humano que é o direito à vida, uma vez que depois deste período foram descobertas várias ossadas de indivíduos que sumiram na época da “revolução” militar de 1964.

<sup>236</sup> COSTA, Célio Silva. A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988. Princípios de interpretação jurídica em geral e princípios de interpretação constitucional em especial. Rio de Janeiro: Ed. Líber Júris, 1992, pp.105/106.

<sup>237</sup> DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda N.45. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et ali. Reforma do Judiciário- Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.635.

direitos humanos entre os princípios reitores das relações internacionais da Federação, mostram a notável evolução dos regimes políticos de governo.

Não bastasse tal conduta, o legislador constituinte originário, ineditamente, adotou "a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual eles são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam"<sup>238</sup>, sejam eles fruto de legislação interna ou internacional.

Transforma-se a política brasileira dos direitos humanos, possibilitando, inclusive, maior exigibilidade no adimplemento dos pactos internacionais sobre a matéria.

A Carta brasileira de 1988 teve como preocupação não só proteger tais direitos como também assegurar sua observância, consoante se verifica no disposto no parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição, conferindo-lhe, pois, auto-aplicabilidade e criando mecanismos que possibilitem a exigibilidade de direitos constitucionalmente assegurados ao indivíduo e nem sempre respeitados. O intuito é de reforçar a imperatividade existente nestas normas ante os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Outro preceito constitucional que comprova a prevalência dos direitos humanos que regem o Brasil no cenário internacional é a previsão constante do art. 5º § 2º. da Carta de 1988 que determina: "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".

Sobre esta inovação Constitucional, enaltece Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>239</sup>:

[...] a novidade do artigo 5º. §2º. da Constituição de 1988 (supra) consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano

<sup>238</sup> PIOVESAN (1996, p.41).

<sup>239</sup> TRINDADE (1991, p.631).

venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Ao trazer esta determinação em seu texto, inclui todo e qualquer direito humano, contido em tratado internacional do qual o Brasil seja signatário, no "hall" dos direitos constitucionalmente protegidos, o que foi amplamente elogiado pela doutrina pátria<sup>240</sup>.

É inegável a importância do contido no artigo 5º da Constituição, já que as disposições ali constantes serviram de base para a celebração, pelo Brasil, de vários tratados sobre direitos fundamentais<sup>241</sup>, o que é fato, havendo sido dada maior amplitude do elenco de direitos<sup>242</sup> e posteriormente sido suprimida pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal que veio a restringir o status constitucional conferido pelo legislador constituinte originário.

Apesar da inovação e avanço Constitucional sobre o tema, Swinarski<sup>243</sup> aponta os obstáculos comuns para a efetivação e entrada em vigor das normas pactuadas dos direitos humanos:

- a) a relativa inadequação dos serviços do Estado competentes para examinar, após a assinatura de um instrumento internacional de Direitos Humanos, seu conteúdo, com o objetivo de preparar um parecer ao poder legislativo para a ratificação (ou adesão);
- b) a multiplicidade de órgãos do Estado devendo ser consultados, segundo a

---

<sup>240</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins enaltecem a evolução constitucional na inserção deste parágrafo em comentário: “De qualquer sorte, esta referência é de grande importância porque o Texto Constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil.[...] Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”. (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 396).

<sup>241</sup> “Otra disposición que debe citarse es el articulo 5º. ‘cuyo contenido desarrollado a lo largo de setenta y siete incisos constituyen el capítulo I del título II, dedicado a los derechos y deberes individuales y colectivos. Varias de sus normas han sido la base para la suscripción de tratados en materia de derechos fundamentales’ ”. (Tradução nossa). (PEROTTI, 2004, p. 53).

<sup>242</sup> A título de exemplo, o mesmo autor cita a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (aprovada pelo decreto legislativo nº26 de 22.06.94) e a Convenção contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (promulgada por decreto nº40 de 15.05.91).

<sup>243</sup> SWINARSKI (2003, pp. 37 e 38).

- natureza das garantias pessoais de que se tratar;
- c) a lentidão da máquina burocrática do poder executivo no que se refere aos tratados multilaterais desse tipo;
  - d) a amplidão da necessidade de examinar as modificações necessárias da normativa interna, devido à adoção das normas internacionais;
  - e) a obstrução de algumas instâncias do poder legislativo e/ou judiciário, naturalmente desfavoráveis à limitação do poder discricional do Estado em matéria dos direitos da pessoa;
  - f) a carência do fomento do poder legislativo para agilizar a ratificação dos instrumentos complexos, às vezes muito técnicos e de incidência política e eleitoral bastante aleatória;
  - g) a ausência de mecanismos de promoção adequados para protagonizar o devido ritmo do processo de ratificação;
  - h) e a insuficiência de perícia nacional na matéria.

Reconhecida essa problemática e dificuldade sobre a inclusão dos tratados de direitos humanos no Brasil, é mister que se diferencie a forma de aplicação dos tratados que versam sobre matérias diversas e os que dispõem sobre direitos humanos, bem como a divergência doutrinária sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos em face do disposto no §2º do art. 5º da Constituição Federal.

Há, contudo, que se retroceder um pouco neste trabalho e lembrar os preceitos monistas e dualistas.

Uma parte da doutrina — dualistas — admite que tais direitos só são exigíveis a partir da incorporação ao ordenamento jurídico pátrio. É a Teoria da Incorporação, isto é, "para que uma norma seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua "transformação" em Direito Interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico"<sup>244</sup>.

Já se verificou neste trabalho o procedimento de incorporação (ou internalização) dos tratados que se ultima a partir da promulgação do decreto legislativo e se torna exigível a partir da promulgação e publicação de decreto do Presidente da República. No âmbito internacional, por sua vez, dá-se a partir do disposto no tratado, ou da ratificação, nos termos da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Os tratados internacionais, portanto, que versam sobre matérias diversas têm natureza de norma infraconstitucional.

Não se pode, portanto, dar o mesmo tratamento aos acordos de direitos humanos e aos de matérias diversas, ao contrário do que entendem alguns doutrinadores ao defender a idéia de que quaisquer tratados, independentemente de versar sobre direitos humanos, ou não, têm exigibilidade no âmbito interno com status, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comportando-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (artigo 47 da Constituição de 1988).<sup>245</sup>

Entende-se aqui, de forma diversa, tendo em vista que não se pode equiparar, conferindo o mesmo tratamento, pactos cuja matéria é diferenciada<sup>246</sup>.

Flávia Piovesan<sup>247</sup> analisa ainda a internalização dos tratados, considerando a recente reforma constitucional (EC/45):

Será, assim, avaliado o impacto da reforma do Judiciário no que se refere especialmente a três eixos temáticos: a) recepção dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira; b) reconhecimento constitucional da jurisdição do Tribunal Penal Internacional; e c) federalização dos crimes de direitos humanos.

Neste trabalho a parte a ser analisada versa sobre a recepção dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira e as controvérsias que envolvem o status e forma de aplicação dentro das duas realidades temporais diversas, ou seja, uma anterior à Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o §3ºao

<sup>244</sup> MELLO (1997, p.98).

<sup>245</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Direitos humanos. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Revista Consultor Jurídico. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32582,1>> Acesso em: 05 ago. 2005.

<sup>246</sup> Mazzuoli (2000) sustenta “que foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Esclareça-se que não é da edição do Decreto Legislativo que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos passam a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, mas sim em face de sua posterior ratificação pelo Presidente da República, a quem compete privativamente celebrar tratados, convenções e atos internacionais” (CF, art. 84, VIII). A ratificação é imprescindível, mesmo porque a vigência de um tratado internacional no Brasil depende da anterior vigência internacional do ato, só alcançada através dela.

<sup>247</sup> PIOVESAN (2005, p. 67).

artigo 5º, e outra posterior a este momento, passando a conferir aos tratados sobre direitos humanos natureza e forma de observância diferenciada, quando pretende o legislador acabar com a polêmica doutrinária sobre o status dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, sobretudo em face das disposições constitucionais a eles contrários.

#### 4.3.1. Forma de aplicação dos tratados anteriormente à EC 45

Pairavam dúvidas sobre a aplicação dos tratados sobre direitos humanos no âmbito interno, dividindo-se a doutrina sobre se seria a aplicação destes de forma imediata ou se dependeria de legislação para regulamentar a matéria, tendo em vista o Art. 5º,§2º da CF/88.

As divergências doutrinárias surgem em decorrência de ser o referido dispositivo constitucional norma de caráter aberto (norma de *fattispecie* aberta), já que possibilita o englobamento de outros direitos, oriundos de tratados, não constantes da enumeração do artigo dos direitos fundamentais, configurando o caráter meramente exemplificativo deste hall.

Aliomar Baleiro, citado por José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>248</sup>, comparando similar dispositivo da Constituição de 1946, afirmava não se tratar de dispositivo auto-executável, pressupondo um direito civil a ser legislado pela União<sup>249</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>250</sup>, por sua vez, julga desnecessário o parágrafo segundo do artigo quinto para a proteção de direitos não elencados expressamente, haja vista o caráter exemplificativo dos direitos fundamentais existentes nas constituições pátrias desde a de 1891.

<sup>248</sup> AMARAL JÚNIOR (2005).

<sup>249</sup> RE nº 59.871/RS, Relator o Ministro Aliomar Baleiro, julgado em 31 de maio de 1966.

<sup>250</sup> “Em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891 (art.78), a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. É o que decorre do art 5º§2º, da Carta em vigor [...] Em face de documentos prolixos como a Constituição de 1988 parece inútil uma regra como essa.”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98).

Posicionaram-se, entretanto, majoritariamente, e, em sentido contrário, os publicistas pela aplicação imediata dos tratados e demais disposições de direitos humanos<sup>251</sup>.

A aplicabilidade do disposto nos tratados sobre direitos humanos é uma exigência constitucional, devendo a observância pelas autoridades administrativas e judiciárias ser imediata e os direitos garantidos por esses tratados de direitos humanos ser direta e integralmente consagrados no próprio Direito Interno<sup>252</sup>.

Também a doutrina estrangeira, analisando a matéria constante do § 2º do art. 5º da Constituição, compartilha desse entendimento, ao acentuar que:

La aplicación inmediata que habilita la norma beneficia a las disposiciones contenidas en la propia constitución y en los convenios internacionales; además, los particulares al resultar beneficiarios de tales derechos pueden invocarlos directamente ante los tribunales internos. Así el texto constitucional reconoce en estas normas, que así como sus artículos también los tratados confieren derechos a los habitantes del Estado. Aún más, la aplicación del §2º no sólo habilita la alegación de un tratado internacional vinculado a los derechos contenidos en los distintos incisos del art. 5º, sino que cualquier “derecho” o “garantía” que pueda tener su origen en un tratado internacional del cual Brasil sea parte es susceptible de ser invocado por los particulares.<sup>253</sup>

O assunto não se exauriu aí, entretanto, pois começou-se a questionar a forma de internalização desses tratados: se a partir da ratificação, ou se mediante o processo de incorporação por que passam os demais tratados. E, ainda, qual seria a hierarquia entre os tratados e as normas internas, sobretudo as constitucionais.

Mais uma vez, as dúvidas se originaram, haja vista a incompletude da Constituição e a flexibilidade deixada pela Carta no preceito suscitado (Art. 5º, §2º), mas em

<sup>251</sup> O mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>251</sup> julgava premente a necessidade de exigir-se de forma imediata estes direitos, consoante destaque: “Convém ressaltar o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, destacando-se a aplicação imediata desses direitos: os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis”.(BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995, p.08).

<sup>252</sup> TRINDADE (1991, p.632).

<sup>253</sup> “A aplicação imediata que habilita a norma beneficia as disposições contidas na própria Constituição e nos convênios internacionais; ademais, os particulares, ao resultarem beneficiários de tais direitos, podem invocá-los diretamente perante os tribunais internos. Assim, o Texto Constitucional reconhece nestas normas que, assim como seus artigos, também os tratados conferem direitos aos habitantes do Estado. Ainda mais: a aplicação do §2º não só habilita a alegação de um tratado internacional vinculado aos direitos contidos nos diferentes incisos do art. 5º, senão que qualquer ‘direito’ ou ‘garantia’ que possa ter sua origem em um tratado internacional do qual o Brasil seja parte é suscetível de ser invocado por particulares”. Tradução nossa. PEROTTI (2004, p. 53).

sua enumeração não pretende ser exaustiva e os direitos constantes nos tratados internacionais, de qual o Brasil é parte, versando sobre direitos humanos, constituem o limite dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.

Note-se que o Texto Constitucional deixa claro que basta o Brasil fazer parte dos tratados e que estes versem sobre direitos humanos para que sejam exigíveis, portanto, a partir da ratificação, não sendo necessária a sua "incorporação" pelo Legislativo para gerar direitos a particulares; ocorrendo, logo, a incorporação plena e automática do tratado internacional que versasse sobre direitos do homem pelo Direito brasileiro, já que estes tratados possuíam natureza de norma materialmente constitucional.

A interpretação dada ao § 2º do artigo 5º há de ser a mais ampla possível, a fim de se atingir e realizar os princípios maiores da Carta de 1988, que englobam, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos e a solução pacífica dos conflitos, enumerados nos incisos do artigo 4º da CF/88. Os tratados de direitos humanos devem ser recepcionados pelo ordenamento pátrio de forma diversa dos outros tratados, dada a sua inegável natureza de constitucionalidade material, haja vista a essencialidade desses direitos, fundamentos da República Federativa do Brasil, buscados, inclusive, nas relações internacionais travadas pelo Brasil.

O Direito brasileiro, que propugnava o sistema misto<sup>254</sup>, pretendia proteger os direitos humanos conferindo aos tratados que versam sobre eles aplicação automática, independentemente de manifestação do Poder Legislativo, enquanto que, para os demais tratados, utiliza-se da "Teoria da Incorporação" em que, para tornar obrigatório o tratado, é necessário um ato (ou procedimento) legislativo.

Em síntese, tratado ratificado que verse sobre direitos humanos tem incorporação automática e pronta aplicação ou execução ante o Poder Judiciário e os

---

<sup>254</sup> O sistema misto utiliza cumulativamente conceitos das concepções monistas e dualistas.

indivíduos são beneficiários diretos de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Passou-se, então, a questionar a hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos, inclusive diante das disposições constitucionais que determinam sua imediata aplicação.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>255</sup>, questionando a possibilidade de aplicação imediata e a natureza constitucional das disposições de tratados sobre direitos humanos, manifestam-se contrários, por considerarem que todos os tratados passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno por meio de decretos legislativos, não podendo estes alterar a Constituição Federal, incluindo direitos, caso contrário, estar-se-á afirmando que o Texto Constitucional pátrio seria flexível e não rígido, deixando-se de aplicar os princípios dispostos no art. 60 e seus parágrafos, regras de imutabilidade implícita. Consideram, ainda, a possibilidade de denúncia por outros Estados, questionando como ficaria a norma já petrificada pelo Direito pátrio.

Apesar da aparente coerência retro demonstrada por aqueles doutrinadores, mais coerente e em consonância com o Texto Constitucional é o posicionamento adotado pela professora paulista Flávia Piovesan<sup>256</sup>, que enfrenta a problemática, apontando as várias espécies de tratados e sua inserção ao sistema jurídico pátrio:

Atualmente, destacam-se quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supranacional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Note-se que no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal a matéria não se encontra pacificada. Inobstante a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal defendia a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, há posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, mas supralegal destes, nos termos do art.5º.º 2º., da Constituição de 1988.

Neste debate, sustenta-se tese em prol da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos. Entende-se que, à luz do art.5º.º 2º., da Carta de

<sup>255</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 182 e 183.

<sup>256</sup> PIOVESAN (2005, p. 69).

1988, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Corroborando este entendimento, Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>257</sup>, em crítica a posicionamento adotado pelo Ministro José Carlos Moreira Alves<sup>258</sup>, do Supremo Tribunal Federal, em conferência inaugural ao Simpósio "Imunidades Tributárias", coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, logicamente se manifesta:

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ‘ingressam como lei ordinária’ no nosso ordenamento interno, não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor. Ademais, a afirmativa de que ‘senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição’, em virtude de que tratado posterior ‘não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação’, como veremos, é, data máxima vénia, absolutamente descabida. Primeiro, porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte, tornam-se sim petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1.º do art. 5.º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo, porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados ‘emendar’ o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

E conclui o mesmo autor:

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu ‘bloco de constitucionalidade’. [...] Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que

<sup>257</sup> MAZZUOLI (2000).

<sup>258</sup> No evento citado, o Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, expôs que “o § 2.º do art. 5.º da Carta da República, ‘só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 e ingressam como lei ordinária’. Salientou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, sendo que, tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”. MAZZUOLI (op. cit.)

elas cedem perante a Constituição mas tem valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega'. E assim o fazendo, o status do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Toda esta polêmica ocorre porque existem contradições patentes no papel assumido pelo Brasil na ordem internacional e a observância de suas normas constitucionais, ante os preceitos adotados no âmbito internacional, tendo em vista a interpretação adotada pelos tribunais superiores pátrios, motivo pelo qual o Estado brasileiro foi alvo, e ainda é, de retaliações em razão do descumprimento de tratados versando sobre direitos humanos<sup>259</sup>.

A jurisprudência e a doutrina têm entendimentos contraditórios quanto à prevalência do Direito Interno ou do Direito pactuado, no entanto, a melhor interpretação e, portanto, a que deveria ser realizada para a resolução dos conflitos entre a norma constitucional e a disposição de tratado é a da prevalência daquela norma que for mais favorável ao ser humano<sup>260</sup>.

Pedro Dallari<sup>261</sup>, realizando uma interpretação sistemática da Constituição, analisa e aprofunda o tema, pugnando pela adequação das disposições normativas constantes do §2º do art.5º e do art. 4º, inciso II:

Essa norma constitucional (§2º do art.5º), concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva.

---

<sup>259</sup> Entre 1970 e 1994, foram admitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos vinte e sete ações internacionais contra o Estado brasileiro, das quais dez foram apreciadas por essa Comissão e os demais encontram-se pendentes. Dentre eles, pode-se citar o caso 1788, que anunciou o assassinato de 104 pessoas em 1973, pelo aparato do regime autoritário.

<sup>260</sup> LENZA, Pedro. As Garantias Processuais dos Tratados Internacionais sobre Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista4/parte1e.htm>> Acesso em: 05 ago. 2005b.

<sup>261</sup> DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

O Supremo Tribunal Federal, consoante restou evidenciado há pouco, embora não tenha firmado entendimento sobre a posição hierárquica desses tratados de direitos humanos, em inúmeras decisões, consagrando a hierarquia constitucional<sup>262</sup>, em detrimento de uma hermenêutica mais condizente com a conjuntura internacional proposta pelo Brasil (CF/88, art. 4º, II), manifestou-se contrário às disposições sobre direitos humanos, assumidas em tratado, dentre as quais podemos mencionar:

Ementa: "HABEAS-CORPUS" PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PREScriÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal "a quo" não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. "Habeas-corpus" não conhecido nesta parte. Precedentes. II - Mérito. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5- "Habeas-corpus" conhecido em parte e, nesta parte, indeferido.<sup>263</sup>

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO N° 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA

---

<sup>262</sup> O STF posicionou-se veementemente contrário à prevalência de tratados, podendo-se citar exemplificativamente os seguintes julgados: "A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política". (STF, DJU 02.08.96, p. 25.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello).

"Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna [...] Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política". (STF, RTJ 121/270, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos Madeira).

<sup>263</sup> HC 73044/SP- SÃO PAULO, Relator: Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 19/03/1996, Órgão Julgador: 2ª. Turma; Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34534 EMENT VOL-01842-02 PP-00196.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRAUTO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I, DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APPLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPOERAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

— É na Constituição da República — e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedural de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. (...)

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um

dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).<sup>264</sup>

Ementa: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinônicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a

---

<sup>264</sup>STF – ADin nº1480 – 3-DF, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 05 de agosto de 2005.

todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3 .À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.<sup>265</sup>

As decisões retro-reproduzidas do Supremo Tribunal Federal favoreceram, pois, o que se denomina de “procedimentos interpretativos de bloqueio”, prejudicando a efetividade na aplicação das normas de direitos fundamentais<sup>266</sup>.

Da análise desses julgados, podem ser feitos vários questionamentos dentre, os quais se destaca o da possibilidade de prisão do depositário infiel, cujo Texto Constitucional assim dispõe: “Art. 5º, LXVII. Não há prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Vê-se claramente que o Supremo Tribunal Federal aplicou mal o direito contido na Constituição, não se “sensibilizando”, sequer, pela opinião dos mais abalizados doutrinadores<sup>267</sup>, uma vez que deixou de observar a premissa maior: proibição de prisão por dívida, valorizando a premissa menor: faculdade de prisão do depositário infiel. O que o legislador constituinte pretendeu foi, evidentemente, conceder a faculdade da lei infraconstitucional prever quem seria depositário infiel sujeito a prisão.

Impõe-se considerar que o direito não é a norma, MAS ESTÁ NELA, significando a necessidade de compreender o seu sentido e alcance.

Expressa o art. 5º do Dec.Lei nº4.657, de 04-09-42, a Lei de Introdução às Leis, que, na aplicação da norma, se atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, no entanto a distância entre a nossa Corte Constitucional e os

<sup>265</sup> RHC 79785/RJ- Recurso em Habeas Corpus, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 29/03/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010.

<sup>266</sup> GUERRA FILHO (2005, p.65).

<sup>267</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2ª tir. (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonçalves Branco). Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, p.163.

jurisdicionados provoca decisões distanciadas dos anseios destes, em total afronta aos que prelecionam os diplomas legais vigentes.

Ensina Maria Helena Diniz<sup>268</sup> que, sendo toda norma passível de interpretação, ao intérprete e aplicador da lei, cumpre buscar o sentido de alcance dela, tendo em vista uma finalidade prática, criando condições para uma decisão que importe em um mínimo de perturbação social.

Em voto como relator do Recurso Especial nº299-RJ, o Ministro Sálvio de Figueiredo<sup>269</sup>, invocando a mais autorizada doutrina, ensinou:

A melhor interpretação, proclamava Piragibe da Fonseca, em sua Introdução ao Estudo do Direito , ‘não é absolutamente aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou que usa de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas aquela que se preocupa com a solução justa’. Interpretar , já constava das Institutas ( Gottlieb Heineccio , § 28 ), não é conhecer ou saber as palavras da lei, mas sim a sua força e o seu alcance.

A lei, prelecionava o grande Almícar de Castro, embora nunca ao arrepio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis. Com os olhos voltados, aduza-se com Recasens e Siches, para a lógica do razoável.

Colhemos, também, a oportunidade de trazer à baila trecho de voto do Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp 5.392-SP sobre o dever do intérprete: “Cuide o intérprete de tirar da lei o necessário a que se possa alcançar esta última, com o mínimo sacrifício para a justiça”<sup>270</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões sobre a correta interpretação da lei, confirmou as lições doutrinárias e jurisprudenciais, ao pontificar nos seguintes julgados que:

Denega-se vigência da lei não só quando se diz que não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro.  
<sup>271</sup>

O erro grave sobre o conteúdo do dispositivo, levando a exigir o que ele não exige,

<sup>268</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. São Paulo: Saraiva, 2005, p.140.

<sup>269</sup> Resp. nº299-RJ, em 28.8.89, rel.Min. Sálvio de Figueiredo. In: RT 656, p.188

<sup>270</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº 2.148-8 — PE, Registro nº 92.0024029-1, Relator Ministro Antônio Torreão Braz. In: Rev. Sup. Trib. Just., vol. 74, outubro 1995, p. 170.

<sup>271</sup>-STF-RE.nº60.813/RJ, Rel.Min. Aliomar Baleeiro. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, vol.48, p.788 .

equivale a comprometer-lhe a vigência no seu exato alcance.<sup>272</sup>

Há ofensa à lei, não só quando a decisão nega a sua vigência, como quando enquadra erroneamente o texto legal à hipótese em julgamento.<sup>273</sup>

Definição errônea do fato da causa. Sabe-se que a incidência da lei federal pode ser afastada pelo deixar-se de aplicá-la no fato em que é aplicável, como também pode ser afastada pelo definir-se erroneamente o fato em que, definido fosse com acerto, ela incidiria.<sup>274</sup>

E, complementando sua lição jurisprudencial, sobre a correta interpretação da lei, já declarou o Pretório Excelso<sup>275</sup> que o exame da ofensa, quanto ao descumprimento da norma legal, tanto poderá ser à letra como ao espírito do preceito em foco.

Lástima que o Supremo Tribunal Federal não aplique, no tocante aos tratados de direitos humanos, seus próprios entendimentos, passando a interpretar a Constituição, com base em interesses governamentais protecionistas das minorias que vêm na prisão do alienante fiduciário a única forma de reaver o prejuízo havido por instituições financeiras, deixando, contudo, de observar ao que se obrigou o Brasil internacionalmente.

Lenio Luiz Streck<sup>276</sup> destaca o fato de que inúmeras são as críticas feitas ao Supremo Tribunal Federal no decorrer da sua história e, apesar de enaltecer sua importante atuação, ressalta em nota, citando João Mangabeira, que o Judiciário, pelas decisões do STF, foi o poder que mais falhou na República.

Não é privilégio, entretanto, do STF conferir interpretações contraditórias e ambíguas às disposições constitucionais de direitos fundamentais, pois existe na doutrina

<sup>272</sup>-STF-RE.nº79.151 / PR, Rel. Min. Aliomar Baleeiro. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, vol.74, p.219.

<sup>273</sup>-STF-RE.nº90.833 / MG, Rel. Min.Cunha Peixoto. In: DJU, de 31.08.79, p.6471.

<sup>274</sup>-STF-RE.nº85.272/MG, Rel.Min.Antônio Neder. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 87, p.222.

<sup>275</sup> - STF-RE.nº71.116, Rel. Min. Luiz Gallotti. In: Revista Trimestral de Jurisprudência, vol.57, p.286.

<sup>276</sup> MANGABEIRA, João e HONÓRIO RODRIGUES, José. História do Supremo Tribunal e Conciliação e Reforma no Brasil. Um desafio histórico-político, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 14 e 125 apud STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Facury (org.). Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 152.

notícia de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão questionadas pela Ciência dos direitos fundamentais quanto à aplicação destes direitos<sup>277</sup>.

Continua o autor sua crítica, citando José Honório Rodrigues, que analisa:

O Executivo foi sempre mais progressista e mais receptivo às aspirações populares; o Congresso mais anti-reformista e mais retardatário; a Justiça esteve sempre a favor das forças dominantes.

Não existe, portanto, ao contrário da interpretação dada pelo STF, nenhuma determinação de que o depositário infiel seja preso, mas apenas uma exclusão para posterior legislação que deixou de ser observada ao tornar inaplicável o disposto no Decreto nº 678/92 que incorporou o pacto de San José da Costa Rica.

Deixou, portanto, esta Corte máxima de Justiça (?), nas decisões retrotranscritas, de realizar a interpretação sistemática da Constituição, já que teria de observar que, consoante o disposto no §2º do art. 5º, o conteúdo desses tratados constituiriam cláusula pétreia, não podendo ser abolidos por meio de emenda à Constituição, somente podendo deixar de ser observados pela denúncia do tratado por parte do Estado signatário. Vale destacar que o Estado que incorporou (ratificação) estes direitos podem subtraí-los (denúncia), daí a natureza constitucional diferenciada desses tratados<sup>278</sup>, daqueles formalmente incorporados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição.

Estêvão Ferreira Couto<sup>279</sup>, em análise aos dados colhidos no STF e STJ, manifesta a disparidade das decisões dessas cortes no que concerne à prisão civil do devedor em alienação fiduciária:

A possibilidade de prisão civil do devedor no contrato de alienação fiduciária é a síntese das orientações divergentes dos dois tribunais. O STF, zeloso do seu papel de guarda da constituição, nega aplicação à norma internacional, alegando que ela não pode contrariar dispositivo constitucional que permite a prisão civil no caso do depositário infiel. O STJ, buscando o espírito da constituição (como deveria fazer um verdadeiro tribunal constitucional), aplica a norma internacional, entendendo que ela faz parte da ordem constitucional por causa do art. 5º, §2º, CF.

---

<sup>277</sup> ALEXY (2002, p. 24).

<sup>278</sup> PIOVESAN (1996 p.99).

<sup>279</sup> COUTO (2003, p. 243).

Resumindo, chegamos às seguintes conclusões sobre o tratamento dado aos tratados de direitos humanos antes da Emenda constitucional nº 45:

a) o Direito brasileiro propugna o sistema misto, pretende proteger os direitos humanos, conferindo aos tratados que versam sobre eles aplicação automática e imediata, independentemente de manifestação do Poder Legislativo, bastando, para tanto, que o tratado houvesse sido ratificado, enquanto que, para os demais tratados, utiliza-se da "Teoria da Incorporação", em que, para tornar obrigatório o tratado, é necessário um ato (ou procedimento) legislativo;

b) por determinação constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm status de norma constitucional, embora as várias manifestações contrárias das autoridades do Executivo e do Supremo Tribunal Federal, que entende que considerar o status de norma constitucional aos tratado implica abalar a rigidez constitucional<sup>280</sup>, deturpando, assim, o intuito do legislador constituinte originário, deixando de proceder a uma hermenêutica constitucional sistemática e, portanto, de considerar essas disposições de Direito Internacional como Direito Interno, prejudicando, inclusive, as boas relações internacionais do Brasil.

Outra questão que emerge da aplicação dos tratados de direitos humanos no âmbito interno é a adoção do chamado “bloco de constitucionalidade”, que envolve a análise da Constituição, aliada a normas lá não inseridas, mas com ela correlatas, já que materialmente constitucionais.

#### 4.4 Bloco de Constitucionalidade

Miguel Josino Neto<sup>281</sup> defende o argumento de que a idéia de bloco de constitucionalidade tem sua origem na França, surgida a partir da análise de um caso concreto<sup>282</sup> que marcou sua definição. Esta decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946 (que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais), que, por sua vez, faz referência aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Tudo estava, portanto, integrado à Constituição Francesa.

O conceito de bloco de constitucionalidade depende da realidade estatal em que ele é aplicado. A exemplo podemos nos referir à diversidade do conceito de bloco de constitucionalidade na França e na Espanha: enquanto na Espanha está constituído por um conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição, com patamar legislativo inferior a ela e que são de igual hierarquia que a norma constitucional na França significa o conjunto de normas que o Conseil Constitutionnel aplica no controle prévio de constitucionalidade das leis e dos regulamentos parlamentares<sup>283</sup>.

Pode-se, contudo, de forma simples, conceituá-lo como sendo

a reunião de vários diplomas normativos igualmente considerados como constitucionais, ainda que produzidos em épocas distintas e sem a preocupação de

<sup>280</sup> MENDES (2002, p.163).

<sup>281</sup>JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

<sup>282</sup>O professor Francisco Gérson Marques de Lima, por sua vez, expressa que foi uma decisão do Conseil Constitutionnel, datada de 08/07/1966 que “definiu o conteúdo do bloco de constitucionalidade: (a) a Constituição; (b) o Preâmbulo da Constituição de 1946; (c) a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (por remissão do Preâmbulo da Constituição); e (d) as leis da República, na medida em que sejam portadoras de princípios fundamentais.” (LIMA, Francisco Gérson Marques de . Bloco de Constitucionalidade: Os Sistemas Francês e Espanhol. Opinião Jurídica (revista do Curso de Direito da Faculdade Christus). Fortaleza: Faculdade Christus, 2004, vol. 3 [2004.1], págs. 103-111).

<sup>283</sup> LIMA (Idem, ibidem).

sistematização típica da codificação.<sup>284</sup>

São, portanto, todas as normas materialmente constitucionais que se encontram fora do texto formal da Constituição.

O Professor Gérson Marques<sup>285</sup>, citando Louis Favoreu, enaltece a atitude do Juiz francês ao integrar os direitos fundamentais ao bloco de constitucionalidade:

[...]o juiz constitucional francês chegou, em menos de vinte anos, a realizar o que cerca de dois séculos de história não haviam conseguido chegar a cabo: um conjunto que combina a modernidade e as tradições, e na qual, sobretudo, os direitos fundamentais têm sido finalmente integrados. Destarte, pode-se considerar que a noção de bloco de constitucionalidade cumpriu sua missão: fazer que se tome consciência desta unidade e provocar a fusão progressiva das diferentes peças do conjunto.

Várias são as controvérsias, no Direito pátrio, sobre a existência e admissibilidade, ou não, do bloco de constitucionalidade, sobretudo no que concerne a direitos humanos, e o momento em que se passou a reconhecer o referido bloco se antes ou somente depois da Emenda Constitucional nº 45.

No Brasil, a incorporação diferenciada dos tratados de direitos humanos decorre do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional, nos termos dispostos no §2º do art.5º, abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.<sup>286</sup> O próprio dispositivo constitucional, portanto, que determina a inserção dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais, consagrando assim a existência do bloco de constitucionalidade, embora alguns o inadmitam até a Emenda Constitucional nº45.

Com o advento da EC nº45 a matéria deixou de ser controvertida, passando a ser reconhecida a existência, e até ampliação, do bloco de constitucionalidade na medida em que se passa a ter como parâmetro o da norma formalmente constitucional, ou seja, nos

---

<sup>284</sup> FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.). Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 100.

termos do art. 5º, §3º, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>287</sup>.

Consoante a inteligência da lição de Canotilho<sup>288</sup>, perfeitamente aplicável à realidade brasileira - que parece não ter sido entendida pelos tribunais pátrios quando da negativa de aplicabilidade ao disposto no §2º do art. 5º - não pode o programa normativo-constitucional ser reduzido a letra positivada do Texto Constitucional, devendo-se considerar as normas e os princípios da Constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos, dentre os quais podemos inserir as disposições de tratados, para que se chegue à máxima efetividade das normas fundamentais integrantes de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Sobre o momento da existência do bloco de constitucionalidade no Direito brasileiro, malgrado o entendimento de renomeados juristas a respeito<sup>289</sup>, entendemos que, consoante posição em tópico anterior adotada, a partir da promulgação da Constituição de 1988, ao inserir o legislador constituinte originário o disposto no §2º do art. 5º, abriu-se, pela primeira vez no sistema constitucional pátrio, a possibilidade de aplicação do conceito de bloco de constitucionalidade, não nos moldes determinados pelo Direito francês ou espanhol, mas numa versão brasileira, que foi desvirtuada pelos tribunais superiores pátrios, uma vez

<sup>285</sup> LIMA (2004).

<sup>286</sup> PIOVESAN (2005, p. 70).

<sup>287</sup> In: LENZA ( 2005a, p. 119).

<sup>288</sup> LENZA (Idem).

<sup>289</sup> O Professor doutor Gérson Marques Lima (op. cit., p. 106), em artigo apresentado anterior à Emenda Constitucional nº 45, entendia que: “É impossível aplicar-se no Brasil o bloco de constitucionalidade nos mesmos moldes do Direito espanhol e do Direito francês, sobretudo considerando que, no último, bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas utilizadas pela Corte (Conselho Constitucional) no controle prévio da constitucionalidade normativa. Não possuímos a historicidade da França nem a interposição de organismos com a autonomia prevista na Espanha. Nossos Estados membros e Municípios não são iguais às chamadas comunidades autônomas da Espanha. Nossa história constitucional se formou diferentemente daqueles países europeus”.

que deixaram de albergar, como norma materialmente constitucional, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz(ia) parte.

O §2º do artigo 5º da Constituição, por alguns denominado “cláusula aberta” ou “de receptividade”, vislumbra essa possibilidade de interpretação da Constituição a partir de certas disposições fora da Constituição dispostas em tratados, inviabilizando que os intérpretes da Carta Máxima estagnassem, como fez o STF, os direitos fundamentais naqueles considerados ao tempo do processo de elaboração da Carta Constitucional<sup>290</sup>.

Reconhecendo a existência do bloco de constitucionalidade, mesmo anteriormente à EC nº 45, se manifestou em julgado o STF<sup>291</sup>:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADO E NTE VIOLAÇÃO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.

- A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.

- A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> MELO, Carolina de Campos. O Bloco da Constitucionalidade e o Contexto Brasileiro. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15\\_carolina.html#\\_ftn1](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_carolina.html#_ftn1)> Acesso em: 05 ago. 2005.

<sup>291</sup> STF- ADin 595-E S – Relator Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 26.2.2002. Constitucionalidade (Transcrições). Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/netahml/info258.html#AD>> Acesso em: 05 ago. 2005.

<sup>292</sup> Trechos da decisão nos anexos desse trabalho.

Até a EC 45 o entendimento dominante era de que somente se aceitavam como Constituição as regras expressas e elaboradas por processo solene pelo constituinte originário ou reformador, discutindo-se a existência do bloco de constitucionalidade no que concerne à obrigatoriedade do preâmbulo e dos tratados de direitos humanos<sup>293</sup>. A partir da Emenda Constitucional nº45, porém, passou-se a considerar na doutrina a aceitação do “bloco de constitucionalidade”, perquirindo-se sobre as formas de aplicação dos tratados de direitos humanos, e consequente bloco de constitucionalidade.

Há, portanto, hoje, receptividade na aplicação do “bloco de constitucionalidade”, pela doutrina e jurisprudência pátria, agregando todos os preceitos infraconstitucionais ao texto vigente. Essa interpretação deveria ser a conferida, também, ao preceito disposto no art. 5º, §2º da CF/88 e não a interpretação distorcida proveniente do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.5 Forma de aplicação dos tratados de direitos humanos decorrentes do acréscimo do §3º ao art. 5º pela EC 45

Consoante restou evidenciado nos tópicos anteriores deste trabalho, grande era a controvérsia sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil em decorrência do que determina o §2º do art. 5º da Constituição de 1988.

Constatamos, ainda, que o Supremo Tribunal Federal negou a aplicação na forma contida no dispositivo, determinando que tais tratados seriam recebidos no ordenamento pátrio como norma infraconstitucional, com paridade normativa e mediante o processo de incorporação findado com a promulgação do decreto legislativo e execução por meio do decreto presidencial.

Mais uma celeuma se criou a respeito do tema “tratado de direitos humanos” com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o §3º ao art. 5º, tendo em vista a

---

<sup>293</sup> FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In:

diversidade de aplicação que se passa a conferir a tratados versando sobre uma mesma matéria. Referida emenda instaurou, portanto, entre os debates doutrinários, a problemática sobre qual seria o “status” dos tratados de direitos humanos celebrados anteriormente à EC 45 e incorporados mediante decreto legislativo, já que os tratados celebrados após mencionada Emenda Constitucional teriam, mediante o “quorum” qualificado, “status” de emenda constitucional.

Instrumento preconizado para operar a chamada reforma do Poder Judiciário, a EC-45/2004 acrescentou um parágrafo subseqüente ao § 2º do art. 5º da Constituição, com a seguinte redação:

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A redação do dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do art. 60, § 2º, da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

A alteração do Texto Constitucional se fez sob o discurso oficial de acabar com as polêmicas referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais concernentes ao status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, mas está longe de merecer elogios que se lhe faça, e veio causar, consoante será abordado no decorrer deste estudo, graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no Direito Interno, sendo que o primeiro foi o de desconsiderar uma interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais estaduais.

Na medida em que a nova alteração constitucional prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente equivalerão às emendas constitucionais, uma vez que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, fica a questão de saber se o novo § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, prejudica ou não o entendimento que já vinha sendo seguido em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Carta de 1988.

Registrarmos aqui o fato de que o quorum qualificado estabelecido no § 3º do art. acrescentado ao 5º da CF/88 é exatamente o quorum para a aprovação de uma emenda constitucional.

Longe de pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do legislador pátrio, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos, demonstrando total desconhecimento do Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, consagrando o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta.

Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece.

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a esta matéria, serem aprovados sem este quorum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá

ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, subordinem-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais, o que ensejaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Poderiam, também, as referidas normas ser revogadas por outras normas infraconstitucionais, desde que posteriores às incorporadas decorrentes de tratados internacionais.

Haverá, igualmente, o problema de saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º, ou ainda se, mesmo aprovados por decreto legislativo, poderiam ser aprovados por esse quorum qualificado, passando a ter status de emenda constitucional.

Emerge da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno a idéia de que bastam os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ser aprovados pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais<sup>294</sup>.

Como não existe, no citado dispositivo, qualquer ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso

---

<sup>294</sup> Pedro Loula sustenta que o referido parágrafo criou uma nova espécie normativa não constante do art. 59 da Constituição, haja vista não ser, o ato que incorpora o tratado de direitos humanos, nem decreto legislativo, nem emenda a Constituição. (LOULA. Pedro. Breves Reflexões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45/04) no Direito Internacional brasileiro. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 783/784).

Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo quorum do § 3º, para que esse tratado mude de status.

Acontece, porém, que, como o STF sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos — o status de lei ordinária — o Congresso Nacional teria, assim, o poder de, ao seu talante, decidir qual hierarquia normativa devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.

Passaria, portanto, a ser opção discricionária do Congresso Nacional a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, tanto nos termos do art. 49, I, quanto do § 3º do art. 5º ambos da Constituição<sup>295</sup>.

O poder reformador estatal, ao conceber este § 3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem da celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do referendum congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Governo, dando tratamento diverso para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Por tudo isto, pode-se inferir que o recém-criado § 3º do art. 5º da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais constituições latino-americanas, bem como de várias outras constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os

---

<sup>295</sup> MORAES (2005, p. 459).

tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais, no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.

Isso faria com que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e sua proteção.

Na verdade, tal fato não seria necessário, se fosse aplicável no Brasil o princípio de que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os “princípios” do art. 4º da Constituição, ao nosso ver, para a Excelsa Corte, nada valem, mesmo que tenham sido postos pelo legislador constituinte em nosso Texto Constitucional, já que completamente negligenciados e inobservados.

Como o novo § 3º do art. 5º da Constituição já está em vigor, cabe esperar que se venha interpretá-lo segundo os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos.

Antes, porém, de se verificar qual a interpretação mais condizente do novo § 3º do art. 5º da Constituição, uma questão que tem que ser obrigatoriamente expressa, diz respeito ao momento em que deve se manifestar o Congresso Nacional quando pretender aprovar um tratado de direitos humanos nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição, bem como se esta manifestação congressual poderia suprimir a fase constante do art. 49, inc. I, da Constituição, que trata do poder do Parlamento, em decidir definitivamente sobre os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República.

A Constituição de 1988 trata do processo de celebração de tratados em dois de seus dispositivos (arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I), que assim dispõem:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]

Conforme os dispositivos transcritos, a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais.

Este procedimento estabelecido pela Constituição vale para todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, sejam eles tratados comuns ou de direitos humanos.

A referência aos “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” não exclui da apreciação parlamentar os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 84, inciso VIII, da Constituição, é claro em submeter todos os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Parlamento, como, aliás, já pacificado na melhor doutrina.

Significa dizer que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando este último à ratificação do acordo, constante do art. 49, inc. I, da Constituição, não fica suprimida pela regra do novo §3º do art. 5º da Carta de 1988, visto que a participação do Parlamento na celebração de tratados internacionais no Brasil é uma só.

Não há que se confundir o referendo dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inc. I, da Constituição, materializado por meio de um decreto legislativo, aprovado por maioria simples e promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretendamente decidir sobre qual status

hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sob o regime do novo § 3º do art. 5º da Constituição.

A segunda interpretação possível é no sentido de que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 excepcionou a regra do art. 49, inc. I, da Constituição e, dessa forma, poderia, no caso da celebração de um tratado de direitos humanos, fazer as vezes desse último dispositivo constitucional, entendimento que impõe notar a impropriedade do posicionamento do referido § 3º ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição, uma vez que seria mais adequado incluí-lo como segunda parte do próprio art. 49, inc. I.

Será difícil entender como correta a segunda interpretação, sob pena de a celebração de tratados ficar com a ordem desvirtuada, uma vez que o § 3º do art. 5º não diz que cabe ao Congresso Nacional decidir sobre os tratados assinados pelo chefe do Executivo, como faz o art. 49, inc. I, deixando entender que a aprovação ali constante serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois deste já se encontrar em vigor internacional.

Certamente o § 3º do art. 5º não obriga o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo quorum qualificado que estabelece, eis que tão-somente autoriza o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier, a “equivalência de emenda”, significando que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, inc. I, da Constituição), deixando-se para momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais.

Assim, a operacionalidade de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, poderia, em princípio, se dar de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

1<sup>a)</sup>) depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no Diário Oficial da União, poderiam, mais tarde, quando o Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, ser novamente apreciados pelo Congresso, dessa vez aprovados pelo quorum qualificado do § 3º do art. 5º; ou

2<sup>a)</sup>) depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados com o rito das propostas de emenda constitucional, por três quintos dos votos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, inc. I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, uma vez ratificado pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingressasse no nosso ordenamento jurídico interno, equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo efeitos.

A segunda hipótese pode ser mal entendida, dando-se ao § 3º do art. 5º, o efeito de que, a partir da aprovação congressual, pelo quorum que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade. Para que um tratado entre em vigor, é imprescindível a sua ratificação pelo Presidente da República, ainda que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna. Não pode, portanto, produzir efeitos internamente, antes de ter entrado em vigor internacionalmente.

Além desses problemas de interpretação e aplicação do § 3º do art. 5º da CF/88, tem-se outro: um tratado, mesmo já ratificado, não poderá jamais entrar em vigor, dependendo de determinadas circunstâncias, como, por exemplo, nos casos dos tratados

condicionais ou a termo, em que se estabelece um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Poderá, pois, ocorrer que o Brasil aprove determinado instrumento internacional de direitos humanos, pelo quorum do § 3º do art. 5º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, inc. I, da Constituição, e que o ratifique, promulgue o seu texto e o publique no Diário Oficial da União e, todavia, sua aplicação ficaria dependente do que dispõe o próprio tratado.

Veja-se, para o caso, o exemplo do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional. Lê-se no seu art. 126, § 1º, que o

[...] presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Dessa forma, mesmo que o Brasil tenha sido o primeiro país a ratificar dito tratado, caso ainda não tivessem sido depositados os sessenta instrumentos de ratificação exigidos para sua entrada em vigor internacional, não haveria que se falar que o seu texto já equivale a uma emenda constitucional em nosso País, uma vez que não se concebe que algo que sequer existe juridicamente, e que pode levar anos para vir a existir, já tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico.

Diante de tais dificuldades, impõe-se rechaçar a aplicação do § 3º do art. 5º em supressão da fase do art. 49, inc. I, da Constituição, podendo-se concluir que o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o referido § 3º, será depois de ratificado o acordo e depois deste já se encontrar em vigor internacional.

Existe, porém - deve ser dito - a possibilidade de o Brasil deixar expresso no instrumento congressual aprobatório do tratado que este apenas terá o efeito que prevê o § 3º do art. 5º após ter sido o instrumento ratificado e depois de se encontrar em vigor, a fim de que se evite uma subversão completa da ordem constitucional e dos princípios gerais do Direito dos Tratados universalmente reconhecidos.

Além de todas estas imprecisões geradas pela redação do parágrafo terceiro do artigo quinto, havemos de destacar, também, que dúvidas surgem, sem a devida apreciação doutrinária, de quem seria a iniciativa da “proposta” para a aprovação dos tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional, já que o referido dispositivo, mais uma vez, foi silente.

A redação do parágrafo em comento leva a crer que quaisquer dos legitimados constantes do art. 60, incisos I, II e III, poderiam submeter os tratados de direitos humanos a votação do Congresso Nacional (CF/88, art. 5º, §3º c/c art. 60), embora não se possa concluir de tal forma por impossibilidade lógica, chegando-se à conclusão de que, se somente ao Congresso Nacional caberia a iniciativa da “proposta”, já que o legislador constituinte derivado determinou ser faculdade do Congresso submeter os tratados de direitos humanos a aprovação de seus membros com o status de emenda a constituição ou de lei ordinária.

Certamente, as dificuldades que se agravam com a superveniência desse novo dispositivo constitucional não existiriam, caso o STF houvesse se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição, eis que esse terceiro parágrafo só traz insegurança às relações sociais e, ademais, cria distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético.

Conhecida a nossa infeliz tradição de domínio do governo sobre o desempenho da maioria parlamentar, faz-se temeroso deixar à livre escolha do legislador a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais, propiciando que sejam tratados de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um protocolo de um tratado de direitos humanos, que é suplementar ao tratado principal, e deixar esse sem o efeito desejado.

Existe, pois, diante do novo dispositivo constitucional, todo um campo interpretativo com potencialidade para consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico.

Impõe-se, então, entender que o novo § 3º do art. 5º da Constituição não pode, de qualquer maneira, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por autorizada doutrina brasileira em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Constituição.

De qualquer modo, deve ser observado o fato de que, infelizmente, existem visões elogiosas, tomadas pelo sentido do discurso político com o qual foram motivadas as alterações constitucionais em debate.

Sobre a emenda, no tocante aos direitos humanos, Paulo Bonavides entende que a inserção do referido parágrafo (§3º do artigo 5º) “privilegiou os direitos humanos”, inclusive por deslocar, em caso de grave violação desses direitos, a competência jurisdicional para a Justiça Federal em qualquer fase do inquérito ou processo, “com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”<sup>296</sup>.

Acredita também que a Emenda nº 45 “andou muito bem”<sup>297</sup> por não admitir que um tratado internacional (ainda que sobre direitos humanos), aprovado por maioria simples no Congresso Nacional, gozasse da força de uma norma constitucional, sem haver cumprido o especialíssimo processo de emenda do artigo 60 da Constituição de 1988.

Não se pode afirmar, porém, que essa emenda tenha vislumbrado o real interesse do sujeito de Direito Internacional: o homem. Seja por não determinar um novo quorum, por se tratar de restrição; seja pelo deslocamento de competência para a Justiça Federal em caso de grave violação de direitos humanos.

---

<sup>296</sup> BONAVIDES (2005, p. 668).

<sup>297</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Revista Consultor Jurídico. Janeiro de 2005. Disponível em:  
<http://www.apmppr.com.br/Noticiass1.asp?Codigo=1237> Acesso em: 04 ago. 2005.

Ressalte-se que este deslocamento de competência para julgamento de crimes de grave violação de direitos humanos tem a sua constitucionalidade questionada pela ADIn nº 3486/2005, ainda não decidida, cujos questionamentos envolvem: a) a imprecisão da expressão crimes de direitos humanos e como considerar sua gravidade para o deslocamento de competência; e b) a faculdade conferida ao procurador geral da República, acima da lei e das cláusulas pétreas, para determinar o deslocamento de competência em afronta a várias garantias constitucionais do processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, LIII e LIV).

Não implica, ainda, que este deslocamento de competência seja propriamente um avanço, ao contrário, talvez implique verdadeiro retrocesso, uma vez que a Justiça Federal vem decidindo de forma vagarosa e que, a exemplo da Justiça Federal no Estado do Ceará, cada um das varas federais funciona com poucos servidores e apenas dois juízes para responder por aproximadamente 18 mil processos, além de uma verdadeira distância entre os juízes federais e os membros da sociedade que sequer lhes têm acesso.

Flávia Piovesan<sup>298</sup>, por sua vez, constatando o intuito legislativo, aponta a problemática e a sua posição absolutamente contrária a essa doutrina elogiosa:

A inclusão do §3º. ao art. 5º. objetiva, ao seu modo, responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. [...] Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º ao art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, consagrando – tal como o fez o texto argentino - que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional. [...]

Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do §3º. ao art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional.[...]

Nesta temática, o §3º do art. 5º tão-somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é não parece razoável, a título ilustrativo, que após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com observância do quorum exigido pelo art. 60, §2º), fique a incorporação do mesmo no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República.

---

<sup>298</sup> PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.) Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 71, 72 e 74 – grifa-se.

Na realidade, é perceptível que o pretendido pelo legislador constituinte derivado, com a inclusão do §3º ao art. 5º, foi pôr fim às discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos<sup>299</sup>, criando um mecanismo constitucional para respaldar as decisões do STF contrárias à constituição, que importavam em um total desprestígio aos tratados internacionais ratificados, os quais que se deveriam inserir na ordem interna pátria para majorar o “hall” dos direitos constitucionalmente assegurados<sup>300</sup>.

Observaram essa realidade, também na esfera dos direitos humanos, Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega<sup>301</sup>:

No campo dos direitos humanos, a reforma do Poder Judiciário apresenta-se como medida despistadora. Na realidade, ela encobre a verdadeira realidade e concede um pouco mais de tempo para que uma verdadeira reforma venha desenvolver-se no interior de cada operador do direito. Da maneira como foi promulgada, a emenda chegou a ponto de, dominada por um pragmatismo estéril e inútil, vilipendiar algumas conquistas relacionadas a direitos humanos e, nessa medida, representa um claro e manifesto retrocesso no sistema de proteção e defesa do homem pelo Judiciário.[...] A reforma do Judiciário representou um retrocesso no sistema de proteção dos direitos humanos. Nem tanto pelo que estabeleceu, mas pelo que poderia perfeitamente ter estabelecido. Algumas omissões levam à inexorável conclusão de que, na temática dos direitos humanos, a recente mudança já se apresenta caduca.

Também criticando a Emenda Constitucional, por entender o sentido diverso do pretendido no sentido de proteger a efetividade dos direitos humanos, Jorge Luiz Ieski Calmon de Passos<sup>302</sup> se manifesta:

<sup>299</sup> Neste sentido, constatou Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari: “O§ 3º do art. 5º resulta de acréscimo ao texto constitucional introduzido pela Emenda 45, já que, originalmente, eram apenas dois os parágrafos. A nova regra é fruto certamente da intenção de se superar controvérsia que se estabeleceu inicialmente na doutrina e posteriormente na jurisprudência brasileira - e que se descreverá à frente - e está vazada nos termos seguintes: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45 In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.) Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 87).

<sup>300</sup> Como exemplo, podemos apontar a prisão do depositário infiel, proibida pelo Pacto de San José da Costa Rica, a que o Supremo deixou de dar cumprimento em nome da supremacia constitucional, o que também ocorreu com a Convenção nº 158 da OIT que, em virtude da inconstitucionalidade declarada pelo STF, resultou na denúncia da mesma, deixando de produzir efeitos tanto no âmbito interno quanto no internacional.

<sup>301</sup> FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz e TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras

A reforma levada a efeito pela EC n. 45/2004 andou mal nesse particular, uma vez que não pode retirar a força de que era portador o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos na Constituição, tal como estatuído nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º, cujo entendimento resta consagrado pelas mais abalizadas doutrina e jurisprudência, no sentido de que, desde que verse sobre direitos humanos, a convenção ou o tratado internacional de que o Brasil seja parte terá eficácia imediata no território nacional, independentemente de qualquer ato legislativo que vise a referendá-los, como se demonstrará.

Apesar de o legislador constituinte derivado ter pretendido minimizar as polêmicas sobre os referidos tratados, teve frustrada a sua tentativa, pela má técnica legislativa utilizada, porquanto produziu três formas de interpretação sobre tratados que versam sobre a mesma matéria - direitos humanos – originando mais dúvidas quanto a sua aplicação e sobre o status hierárquico destes ante a Constituição.

Pode-se analisar o status constitucional dos tratados de direitos humanos sob três aspectos: a) posteriores à Emenda Constitucional, com o quorum exigido, passando a ter a mesma hierarquia das emendas constitucionais; b) aprovados por quorum não qualificado, adquirem o status de lei ordinária, ou mesmo de um decreto legislativo não qualificado, como qualquer outro tratado ratificado pelo País, submetendo-se ao critério geral de que o posterior derrogat priori<sup>303</sup>; e c) anteriores a Emenda continuam a vigorar com status de lei ordinária, já que não se submeteram ao quorum privilegiado estabelecido na Emenda<sup>304</sup>.

Carlos Rátis e Dirley da Cunha Jr.<sup>305</sup>, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados que versem sobre direitos humanos todos com status de norma constitucional, entendem que:

Numa interpretação sistemática e teleológica, desde que entrou em vigor a

Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 454 e 462.

<sup>302</sup> CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

<sup>303</sup> CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 279 e 350.

<sup>304</sup> TIBURCIO, Carmen. A EC N. 45 e temas de Direito Internacional In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

<sup>305</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da e RÁTIS, Carlos. EC 45/2004. Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2005, pp. 12 e 13.

Constituição de 1988, estas normas já foram absorvidas no ordenamento jurídico como normas constitucionais de aplicabilidade imediata. Ou do contrário chegaríamos à conclusão que somente haverá a recepção dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como normas constitucionais se ultrapassarem o rito solene e específico do referido parágrafo, havendo, pois, a necessidade de todos os tratados internacionais que já foram ratificados pelo Brasil terem que passar pelo crivo do Congresso Nacional. É inadmissível pensar que os jurisdicionados tenham que aguardar alguns anos para que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos sejam recepcionados, sob pena de flagrante desrespeito ao princípio constitucional da proibição do retrocesso.

Consoante se pode facilmente perceber, as divergências pairam, sobretudo, no que concerne aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional, bem como sobre os que, ratificados internacionalmente, não passaram pelo processo descrito na Emenda Constitucional, já que quanto aos tratados de outra natureza nenhuma alteração se operou.

O internacionalista Francisco Rezek<sup>306</sup>, sobre o tema, reflete:

Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.

Sucintamente, é válido concluir que a doutrina se posiciona de forma divergente quanto à aplicação (recepção) dos tratados de direitos humanos, sendo majoritária nos seguintes pontos:

a) anteriormente à Emenda a Constituição, os tratados sobre direitos humanos eram materialmente constitucionais, embora o Supremo Tribunal Federal tenha manifestado entendimento diverso, podendo, contudo, ser denunciados, com a participação do Legislativo<sup>307</sup>, e deixar de obrigar internamente pelo término do tratado<sup>308</sup>;

---

<sup>306</sup> REZEK, J. F. Direito Internacional Público – curso elementar. 10. ed. ver e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

<sup>307</sup> Carmen Tiburcio (2005, p. 127) informa que: “a doutrina tradicional defende que cabe ao Executivo a denúncia dos tratados, mas decisão recente do STF contraria esse entendimento e pressupõe que, se são indispensáveis duas vontades (a do Executivo e a do Legislativo) para que um pacto entre em vigor no País,

b) com o advento da EC 45, surgiram duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia por parte do Executivo, nem abolidos por meio de emenda posterior, já que foram equiparados às emendas constitucionais e, passaram, portanto, a ser resguardados por constituírem cláusula pétreia (CF/88, art. 60, §4º).

Entendemos, também, que, ao contrário do que determinou anteriormente o Supremo Tribunal Federal, ao exigir o decreto presidencial como condição de exigibilidade do tratado no âmbito interno, pela interpretação dada ao §3º do art. 5º e pela rigidez constitucional atribuída ao processo de aplicação constitucional dos dispositivos, não é mais preciso, por falta de razoabilidade, o decreto presidencial para os tratados material e formalmente constitucionais.

Vale destacar, ainda, que a inserção do §3º ao art.5º, além de tratamento diferenciado entre pactos que versam sobre a mesma matéria, imprimiu uma restrição, quanto a melhor interpretação dada, no sentido de não aplicar de forma imediata as disposições de tratados que versem sobre direitos humanos como normas constitucionais, dificultando sua aplicação no âmbito interno pela rigidez que foi impressa ao processo.

É injustificável que, na vigência de uma constituição democrática, se tenha de admitir dispositivo constitucional oriundo de emenda constitucional que venha a restringir direitos, sem que se faça o devido controle de constitucionalidade.

essas mesmas vontades devem ser necessárias para a revogação do ato. [...] Pode-se cogitar de que o Congresso devesse interferir também na revogação dos pactos internacionais”.

<sup>308</sup> A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador (vide ADIN 1.480 – DF – 1996), contrária ao disposto no art. 7º, I da norma constitucional anterior, é exemplo de tratado que foi denunciado, tendo em vista que, segundo a norma constitucional, norma complementar deveria disciplinar a respeito de indenização compensatória, dentre outros direitos, para despedida arbitrária sem justa causa. A Convenção, desta forma, não podia disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar, posto ter status de lei ordinária (vide o Recurso Extraordinário 80.004, de 1977), o que levou o Brasil a denunciar o referido Tratado, desobrigando-se interna e internacionalmente. O mesmo aconteceu anteriormente, em 1974, quando alguns artigos da Convenção da OIT nº110 foram declarados inconstitucionais pelo STF. O Brasil, após o prazo exigido na Convenção, denunciou-a.

Parece, ao se admitir sem luta a inserção desse dispositivo, que se retorna aos funestos tempos do autoritarismo, quando prevalecia o império da vontade dos governantes, que restringiam os direitos dos governados a seu alvedrio, quando o controle de constitucionalidade era restrito em decorrência da falta de democracia.

Inexiste escusa, ante os mecanismos pátrios de controle de constitucionalidade, que se faça um efetivo controle, considerando que a Constituição de 1988 pôs à disposição da comunidade jurídica talvez o mais rico e completo sistema de controle de constitucionalidade do mundo, bastando para tanto examinar os múltiplos mecanismos aptos para o exercício do controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, podendo deixar o juiz de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, mesmo que se trate de uma emenda à Constituição<sup>309</sup>.

É indispensável, portanto, que, ante a flagrante inconstitucionalidade existente no dispositivo inserto por emenda constitucional, seja realizado o controle de constitucionalidade, tanto de forma concentrada como difusa, a fim de que se restabeleçam os direitos conquistados oriundos de tratados internacionais, para que, ante o silêncio da sociedade, em outrora, outros direitos não venham a ser suprimidos.

Destacamos, ainda, que seria ineficiente um controle de constitucionalidade se perdurasse a mentalidade predominante do STF, que considera terem os tratados de direitos humanos hierarquia infraconstitucional e aplicação semelhante aos demais.

---

<sup>309</sup> STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Facury (org.). Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 154.

#### 4.6 A inconstitucionalidade do §3º do art. 5º

A constituição possui várias limitações à sua reforma; limitações implícitas, ou tácitas<sup>310</sup>, e expressas.

As limitações expressas são as “previstas textualmente pela Constituição Federal”<sup>311</sup> e podem ser materiais, circunstanciais<sup>312</sup>, temporais<sup>313</sup> e formais ou procedimentais<sup>314</sup>.

As limitações materiais “cingem-se ao conteúdo dos assuntos que não podem ser objeto de propostas de emendas tendentes a aboli-los, quer implícita, quer explicitamente”<sup>315</sup>.

Foram essas as limitações violadas pelo poder reformador que inseriu no Texto Constitucional o §3º do art. 5º, haja vista que a modificação foi feita sobre matéria que não poderia ser objeto de reforma pelo poder constituinte derivado, alterando cláusulas pétreas<sup>316</sup>, com garantia de eternidade, por absolutamente imodificáveis<sup>317</sup> no atual contexto constitucional, conferindo aos direitos humanos, oriundos de tratados, dificuldade em sua inserção como norma constitucional.

<sup>310</sup> Paulo Bonavides (2005, p. 202) define como sendo “aqueelas que se referem à extensão de reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”.

<sup>311</sup> MORAES (2005, p. 589).

<sup>312</sup> Celso Ribeiro Bastos conceitua como sendo as que “consistem em normas permanentes, aplicáveis a conjunturas anormais ou especiais, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador”. (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 34 e 35).

<sup>313</sup> Somente a Constituição do Império impôs esta limitação. Decorre da exigência de um lapso mínimo para a constituição ser reformada.

<sup>314</sup> Alexandre de Moraes (op. cit. p.591) afirma que estas são as que dizem respeito “às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal.”

<sup>315</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, op. cit., p.847.

<sup>316</sup> Bulos (2005, p.847) conceitua cláusula pétreas como “aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”.

<sup>317</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o posicionamento de juristas como Duguit, Burdeau e Jorge Miranda, que entendem ser possível a modificação das cláusulas pétreas, bastando, para tanto, primeiro revogar as cláusulas pétreas e depois alterar as disposições sobre a matéria em questão. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173).

Consoante bem destaca Ivo Dantas<sup>318</sup>,

Toda esta possibilidade de alteração do texto constitucional, entretanto, não se fará a bel-prazer do Poder Reformador, mas sim, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 60 da própria Constituição, o que significa dizer-se que são passíveis do controle de Constitucionalidade.

Ao violar este dispositivo, alterou a vontade e intuito do legislador constituinte originário<sup>319</sup>, que impôs estas limitações para obstar que reformas provocassem “a destruição, o enfraquecimento ou mudança de identidade da constituição”<sup>320</sup>.

A inclusão do novo dispositivo (§3º do art. 5º) pela Emenda Constitucional nº 45 implicou verdadeira minoração do hall de direitos fundamentais, bem como restringiu sua aplicação, já que passou a exigir um quorum qualificado para atribuir a natureza de norma constitucional a preceitos já materialmente constitucionais, assim reconhecidos pelo §2º do art. 5º da Constituição<sup>321</sup>.

Note-se que o texto originário (art.5º §2º) incluiu e incorporou, aos direitos constitucionalmente expostos, todos aqueles oriundos de tratados que versem sobre direitos humanos, independentemente de haverem sido celebrados antes ou após a promulgação da Constituição de 1988. Não trouxe o legislador constituinte originário qualquer ressalva quanto à aplicação dos tratados anteriormente celebrados sobre a matéria, passando-se a integrar, a partir de então, suas disposições ao Texto Constitucional, já que materialmente constitucionais.

<sup>318</sup> DANTAS, Ivo. Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade. 3. ed. ver., aum. e atual.. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 77.

<sup>319</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (op. cit., p. 176), sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas constantes do hall do art. 60, §4º da CF/88, entende que: “as cláusulas pétreas” em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar”.

<sup>320</sup> Gilmar Ferreira Mendes. In: MORAES ( op. cit. p.591).

<sup>321</sup> Destaque-se que o STF, pretendendo acabar com a polêmica sobre a aplicação das disposições de direito comunitário oriundas de tratados, sugere a reforma da Constituição: “TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL - Acordo celebrado pelo Brasil no âmbito do Mercosul - Sujeição à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral - Recepção privilegiada de tais acordos que depende, essencialmente, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo”. STF - RT 787/127.

A exemplo, podemos invocar o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) ratificado pelo Brasil em 1992, que trouxe várias disposições inovadoras sobre direitos humanos não elencadas como direitos fundamentais pelo Texto Constitucional, ou, ainda, trazendo dispositivos que especificavam disposições do Texto Constitucional ampliando os direitos antes conferidos.

Essa inconstitucionalidade do parágrafo terceiro é questionada por parte da doutrina que, ao contrário de alguns constitucionalistas, não vislumbra o caráter benéfico da Emenda, mas o retrocesso que ela representou, sobretudo no que concerne à exigibilidade dos direitos humanos.

Ferreira e Tárrega<sup>322</sup> observam a impropriade da Emenda ao Texto Constitucional observando esta inconstitucionalidade:

A emenda trouxe um sério revés ao sistema de proteção dos direitos humanos em nosso país. Em primeiro lugar, porque, ao estabelecer a necessidade de um quorum qualificado para a aprovação dos tratados ou convenções internacionais, criou um sério problema de direito intertemporal com relação àqueles já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Certamente, vozes retrógradas se levantarão para sustentar que eles não podem ter força constitucional, uma vez que não se submeteram ao quorum exigido pela emenda. De outra parte, não há evidentemente previsão legal para que um tratado em vigor seja novamente colocado em votação no Congresso Nacional única e exclusivamente para efeito de aumento do quorum. Assim, podemos sustentar que aqueles tratados, que tinham antes status de normas constitucionais, deixariam de tê-lo, entendimento que corresponderia a uma violência contra o constituinte de 1988, que manifestou explicitamente sua opção pela preservação e defesa dos direitos humanos, independentemente de sua fonte. [...] Não fez a esse respeito nenhuma exigência, tampouco submeteu a temática à necessidade de quorum especial. Nesse caso, evidentemente, o poder reformador não poderia ter ido tão longe, porque teria que se conservar nos limites estabelecidos pelo poder constituinte originário.

O poder constituído afrontou, pois, as determinações do poder constituinte originário em completa inobservância ao disposto na Constituição no art. 60, §4º, IV, usurpando<sup>323</sup> poder que não lhe foi conferido para alterar norma petrificada. Olvidou o

<sup>322</sup> FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz e TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp.456 e 457.

<sup>323</sup> Paulo Bonavides (2005, pp. 201 e 202) destaca que “o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional”.

legislador derivado que o poder reformador decorre do poder constituinte originário, pois, se houvesse essa libertação do poder de revisão da Constituição “nem mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mais sim Constituição nova e poder constituinte originário”<sup>324</sup>.

As cláusulas pétreas não poderiam ser, como na realidade foram, abaladas pelo §3º do art. 5º, não se reconhecendo, portanto, ao referido parágrafo, qualquer eficácia, em nada importando a validade formal, pois que se revela de todo incompatível com as normas e princípios constitucionais que visam a proteger os direitos humanos, além das garantias e direitos fundamentais, pelo que é inconstitucional, ao mesmo tempo em que prevalecem incólumes e inabalados os §§1º e 2º do art. 5º, com sua magnitude supraconstitucional no que respeita aos direitos humanos<sup>325</sup>.

Haveria, pois, o poder constituído que se limitar às imposições de reforma apostas pelo legislador constituinte originário, sobretudo por se tratar de limitação material que visa a resguardar a não-redução a direitos humanos constitucionalmente albergados por meio da incorporação de tratados ratificados pelo Brasil.

Não bastasse isto, que já seria suficiente para o reconhecimento da inconstitucionalidade material da EC nº 45, no que concerne ao §3º, André Ramos Tavares<sup>326</sup> aponta diversas inconstitucionalidades de ordem formal e material que invalidam todo o texto da Emenda Constitucional e que ele diz ser fruto de uma “esquizofrenia legislativo-constitucional”, por haver avançado o Congresso Nacional em searas proibidas, aqui resumidas:

a) as inconstitucionalidades formais apontadas pelo autor foram: a votação total da reforma, pelo Senado Federal, em único dia, em afronta ao disposto no Regimento do

<sup>324</sup> ARAÚJO, Jackson Borges de. O controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição. Recife: Inojosa editores, 1995, p. 93.

<sup>325</sup> CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 353.

Senado nos artigos 362,363 e 364; a alteração, pelo Senado, do que havia sido aprovado pela Câmara (Art. 103-A), passando a inserir o termo “constitucional” ao que havia sido aprovado, sem que tenha sido remetida a proposição alterada à Câmara para nova apreciação por esta, já que implicou modificação na vontade da Câmara; da mesma forma, ocorreu com a modificação das atribuições do Conselho Nacional de Justiça ao se manifestar, o Senado Federal, contrário à sanção de perda do cargo, independentemente de aposentadoria, quando a Câmara já havia aprovado. Não houve nova submissão, à Câmara, da modificação do Senado; igual fato ocorreu com a competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114, I, que teve também o dispositivo alterado pelo Senado sem nova apreciação da Câmara<sup>327</sup>;

b) as inconstitucionalidades materiais, sem haver sido considerada a do §3º do art. 5º, foram brevemente apontadas pelo próprio autor:

i) O Tribunal Penal Internacional não respeita direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira; ii) o incidente de deslocamento de competência criado viola o princípio do juiz natural<sup>328</sup>; iii) a limitação do sigilo processual viola o direito à intimidade e outros direitos fundamentais; iv) a extinção dos tribunais de alcada baniu com o governo estadual do judiciário; v) a criação do Conselho Nacional de Justiça não respeitou a separação de poderes, nem a forma federativa de Estado; vi) igualmente, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público não respeitou a autonomia funcional do Ministério Público, essencial à estruturação dos poderes; vii) a votação secreta para escolha do corregedor nacional viola a soberania popular e o princípio republicano.

Evidenciados estão alguns dos argumentos que tornam inconstitucional material e formalmente a Emenda Constitucional nº 45<sup>329</sup>, sobretudo pelas flagrantes ofensas aos direitos humanos conseguidos ao longo da história constitucional brasileira.

<sup>326</sup> TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88. (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n.45/04. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 8 a 12.

<sup>327</sup> O texto aprovado pela Câmara e submetido ao Senado dispunha sobre: “ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, havendo o Senado modificado o teor, acrescentando: “exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”.

<sup>328</sup> Consoante já apontado, vários são os princípios e garantias constitucionais do processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, LIII e LIV), portanto, cláusulas pétreas, afrontadas com este deslocamento de competência.

<sup>329</sup> Tendo em vista a alteração de 25 (vinte e cinco) artigos e acréscimo de outros 4 (quatro) artigos, que contrariam inúmeros interesses e pela má técnica legislativa utilizada, é que já se tem ajuizada, além da ADI nº 3486, que argui a inconstitucionalidade do art. inciso V-A e § 5º do art. 109, outras três ADI (ADI nº 3395-6, ADI nº 3392 e ADI 3367-1) sobre os vários dispositivos constitucionais alterados ou acrescentados pela referida Emenda. (LOULA, 2006, pp. 779 e 780).

Indispensável, portanto, é, ante todos os argumentos retro-apresentados, que seja questionada tanto a constitucionalidade do §3º do art. 5º da CF/88 como da Emenda Constitucional em sua totalidade, já que eivada de vícios formais que a invalidam<sup>330</sup>.

A Emenda Constitucional é espécie normativa abaixo das normas constitucionais originárias, podendo, logo, ter questionada sua constitucionalidade, como já ocorreu e ocorre no sistema constitucional pátrio, o que não se apresenta impossível em virtude de serem oriundas de poder constituído, estando, portanto, sujeitas a controle de constitucionalidade<sup>331</sup>.

Esse controle de constitucionalidade, porém, somente é possível em decorrência da rigidez da Constituição brasileira, que distingue claramente o poder constituinte dos poderes constituídos. Daí por que a norma constitucional é superior à lei ordinária, por decorrência do poder constituinte, enquanto essa decorre de simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição e pelos limites impostos pelo poder constituinte, somente podendo ser revistas por um processo especial e diferenciado do procedimento de alteração das leis infraconstitucionais<sup>332</sup>.

Dúvidas inexistem sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para se manifestar sobre a constitucionalidade de emenda constitucional impugnada, por ser violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas, seja mediante controle concentrado ou por meio do controle difuso.

No tocante ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, sempre existiu, desde a primeira Constituição republicana, previsão para que o mesmo se operasse.

<sup>330</sup> Foi ajuizada a ADI nº 3486 em 05/05/2005, argüindo a constitucionalidade do inciso V-A e § 5º do art. 109 da Constituição inseridos através do art. 1º da EC nº45.

<sup>331</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 17) relata que Sieyès foi um dos precursores do controle de constitucionalidade, que deveria ser realizado por meio de um tribunal especial.

<sup>332</sup> BONAVIDES (2005, p. 296).

O Supremo Tribunal Federal, já em 1977, declarou a constitucionalidade parcial de alguns artigos da Convenção da OIT nº 110, referentes às condições de trabalho<sup>333</sup>, resultando, ao término do prazo, na denúncia do tratado.

O controle de constitucionalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos pode ser realizado a depender do tipo de pacto e da forma como foi celebrado, haja vista a criação, pela Constituição, de mais de um tratamento e status conferido aos pactos celebrados sobre essa matéria, que ora se resume<sup>334</sup>:

- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação (cf. art. 60, §2º, e art. 5º, §3º):** equivalem a emendas constitucionais e, como visto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;
- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à reforma:** malgrado posicionamento pessoal nosso, já exposto, de acordo com a Jurisprudência do STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias e, portanto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;
- **tratados e convenções internacionais de outra natureza:** podem ser objeto de controle e têm força de lei ordinária.

Tanto em relação aos tratados, a que o STF deu paridade legal, como às demais espécies normativas, o controle de constitucionalidade é feito tomando-se como base o texto constitucional originário, cujo titular é o poder constituinte, que é inicial, ilimitado ou autônomo ou soberano e incondicionado.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, existem algumas formas constitucionalmente previstas para a realização do controle de constitucionalidade, pela via de

---

<sup>333</sup> ARIOSI (2000, p. 144).

<sup>334</sup> LENZA (2005a, p. 112).

ação e pela via de exceção, bem como algumas normas que são passíveis e outras não ao controle de constitucionalidade.

As normas passíveis de controle de constitucionalidade são as oriundas do poder constituinte derivado e posteriores à Constituição, haja vista que as normas procedentes do poder constituinte originário<sup>335</sup> serão sempre constitucionais, devendo ser interpretadas de forma sistemática de modo a harmonizar por meio dos mecanismos constitucionais, sobretudo, os princípios e os demais preceitos lá dispostos.

Poderíamos, nas raias do absurdo, questionar se cada vez que surgisse um sistema constitucional, seria necessário o surgimento de outra ordem legal compatível com o ordenamento constitucional recente. Seria, ante o processo legislativo exigido, inimaginável tal hipótese, motivo pelo qual o ordenamento então vigente terá que se conformar, sendo ou não recepcionado pela nova Constituição.

Ocorre que os preceitos anteriores à nova Constituição, não recepcionados por ela, são inexistentes e, portanto, não passíveis de controle de constitucionalidade por via de ação.

Mariângela Ariosi<sup>336</sup>, sobre o controle de constitucionalidade de tratados anteriores à Constituição, leciona:

A interpretação da disposição que prevê declaração de inconstitucionalidade de tratado remete à referência de tratados que sejam posteriores à Constituição, visto que, consoante regra consolidada no D. Constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição.

Ficava-se, pois, sem mecanismo constitucional para rechaçar do ordenamento pátrio estes dispositivos contrários ao Texto Constitucional. Da mesma forma, as normas oriundas do Legislativo municipal, já que é inadmissível se falar em inconstitucionalidade

<sup>335</sup> Alexandre de Moraes (2005, p. 22) ressalta que “O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior”.

<sup>336</sup> ARIOSI (op. cit., p. 145).

superveniente. O controle exercido, em ambas as situações, era o difuso, operando efeitos apenas entre as partes. Somente com a inclusão do § 1º ao art. 102, em 1993, essa problemática foi solucionada.

Da mesma forma, não será objeto de apreciação por meio de ADIn dispositivo revogado ou que foi objeto de alteração constitucional que modificou a norma questionada, já que a ação teria perdido o seu objeto. Também não serão apreciadas por meio de ADIn as propostas de emenda ou de lei por ainda não haverem se materializado como contrárias e inviabilizadoras da Constituição.

Sobre os limites materiais do poder reformador e sobre a imprestabilidade da ADIn para reprimir propostas de emenda à Constituição, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou<sup>337</sup>:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Proposta de emenda à Constituição Federal. Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária. Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional (art. 60, § 4º, IV). Inexistência do controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro. Ausência de ato normativo. Não-conhecimento da ação direta.

— Atos normativos in fieri, ainda em fase de formação, com tramitação procedural não concluída, não ensejam, nem dão margem, ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe — ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante — a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo — que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva —, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetido à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio Texto Constitucional — e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão — que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais e estaduais, já promulgados, editados e publicados.

— A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas — que não são normas constitucionais originárias — não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade.

— O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrição de ordem circunstancial, inibitória do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da

---

<sup>337</sup>STF, Tribunal Pleno, ADIn 466/91/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 9-4-1991, DJ 1 de 10-5-1991, p. 5929.

República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreforabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade.

Notamos, contudo, que inexiste óbice à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelos entes constitucionais (art. 103, I a IX) para reconhecer a inconstitucionalidade do disposto no parágrafo 3º do art. 5º, que veio a restringir o status constitucional ou dificultar a aplicação de direitos humanos já incorporados e materialmente constitucional nos termos dispostos no art. 5º§§1º e 2º da Constituição.

A emenda constitucional não pode alterar o disposto no Texto Constitucional gravado com cláusula de imutabilidade (Art. 60, §4º), sob pena de se criar na sociedade a égide da insegurança jurídica.

Recordemo-nos de que já se vive sob a égide da discriminação e da impunidade, quando somente o “ladrão de galinhas” sofre as imposições legais, pouco, ou nada, sofrendo os poderosos pelos crimes cometidos. A se preservar, sem reverberar, portanto, contra as emendas constitucionais que restringem direitos humanos ao longo da história conquistados, é respaldar a ditadura dos tribunais e as decisões políticas (polítiqueiras?) tanto do STF quanto do Legislativo, objetivando legitimar os abusos cometidos pelo Executivo. Cairemos num verdadeiro retrocesso histórico, predominando a vontade dos governantes em detrimento dos direitos dos governados.

Vale, porém, a ressalva de que não adianta que seja reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo uma efetiva modificação no entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao reconhecimento dos tratados de direitos humanos como normas constitucionais.

O reconhecimento, pelo Supremo, da inconstitucionalidade do dispositivo, no entanto, já implicaria verdadeiro avanço no sentido de reconhecer o equívoco antes cometido para alterar o entendimento retrógrado e captar o verdadeiro intuito do constituinte originário.

Atento a possibilidade de preservação dos direitos, mesmo que afetados por dispositivo de emenda constitucional, José dos Santos Carvalho Filho<sup>338</sup> leciona:

Diversa, contudo, é a situação de alteração da Constituição por Emenda Constitucional. Esta decorre do Poder Constituinte Derivado, que se caracteriza por ser derivado, subordinado e condicionado, submetendo-se a várias limitações fixadas na constituição (art. 60, CF). Dentre elas destacam-se as limitações materiais, constitutivas das denominadas “cláusulas pétreas” (art. 60, §4º, CF), ‘matérias que formam o núcleo intangível da Constituição Federal’. Em virtude destas, não pode ser objeto de deliberação a proposta de Emenda que vise abolir ‘direitos e garantias individuais’. Sendo assim, se o servidor já tem direito adquirido, que é um dos vetores dos direitos individuais, não pode sobre a alteração constitucional retroagir para alcançá-lo e suprimi-lo.<sup>339</sup>

No mesmo sentido é a doutrina de Alexandre de Moraes<sup>340</sup>:

O mesmo não ocorre em relação às normas constitucionais derivadas, nascentes de emendas constitucionais, cujo processo legislativo deve respeitar, entre outras normas, as chamadas limitações expressas materiais, conhecidas como cláusulas pétreas. Entre elas, a previsão do art. 60, §4º, IV da Constituição Federal (direitos e garantias individuais), especificamente, o art. 5º, XXXVI (direito adquirido).

Está, portanto, o poder constituído adstrito à Constituição que o estabelece, sob pena de o ato atentatório à lei maior ser reconhecido: nulo, írrito, assim declarado pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>341</sup>, “A subordinação do Poder Constituinte instituído significa, assim, que ele está obrigado a respeitar certas limitações de fundo, a respeitar certos limites expressos ou explícitos, como os que são enumerados no art. 60 da Constituição de 1988”.

Há de se ressaltar que o processo para a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais é demorado e, enquanto não for reconhecida a sua inconstitucionalidade, produzirá efeitos, deixando de reconhecer aos tratados de direitos humanos status de norma materialmente constitucional e aplicação imediata de direitos não previstos no Texto Constitucional, restringindo o hall de direitos humanos.

<sup>338</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 472.

<sup>339</sup> Grifos do autor.

<sup>340</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 298.

<sup>341</sup> FERREIRA FILHO (2005, p. 116).

Destacamos, porém, que essa escusa não pode persistir, uma vez que também passou a integrar o hall dos direitos fundamentais a razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII), motivo pelo qual a brevidade no julgamento das ações, sobretudo as que envolvem direitos humanos, deve ser mais efetiva sob pena de ocorrer outra violação a preceito fundamental, podendo ser, inclusive, deslocada a competência para a Justiça Federal (Art. 109, §5º), a menos que o Supremo Tribunal Federal, assim como fez com o disposto no §2º do art.5º e com o instituto do Mandado de Injunção, venha a desvirtuar o que seja razoável duração do processo.

A efetividade da jurisdição consiste em fazer com que a prestação jurisdicional do Estado, além de eficaz, seja expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, sem dilações indevidas. O direito fundamental à efetividade do processo compreende não somente o direito de provocar a atuação do Estado, mas também o de obter, em prazo razoável, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos<sup>342</sup>.

Somente em três ocasiões<sup>343</sup> o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a validade de emendas constitucionais<sup>344</sup> acusadas de violação do art.60, §4º, IV. O Supremo Tribunal Federal apenas declarou a inconstitucionalidade de uma delas. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, que criou o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira) e excluiu em relação a ele a aplicação do chamado “princípio da anterioridade” (art. 150, III, “b”), da imunidade recíproca (art. 150, VI, “a”) e das demais imunidades de que trata esse mesmo dispositivo.

O STF julgou, por maioria, parcialmente procedente a ação, por considerar que tanto o princípio da anterioridade como a imunidade de que trata o art.150, VI, alíneas “b”,

<sup>342</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Código de Processo Civil. Coordenação: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147

<sup>343</sup>Excluiu a ADIn que versava sobre direitos adquiridos, tratando-a em tópico separado.

“c” e “d”, constituem direito ou garantia individual que teriam sido atingidos. Foi a única oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de uma emenda constitucional.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal sequer apreciou, sob a égide da Constituição vigente, os efeitos de uma emenda à Constituição sobre o direito adquirido e o ato jurídico perfeito<sup>345</sup>, embora existam questionamentos envolvendo tais direitos, sobretudo no que concerne a EC nº 19. Mais uma vez, resta demonstrada a atuação tímida do Supremo Tribunal Federal quando o tema fomentado é a preservação dos direitos do homem.

O Brasil, infelizmente, vive, em nome de uma economia estabilizada, momentos de verdadeiro descrédito popular em relação às instituições: seja pela corrupção dos membros do Poder Legislativo e Executivo<sup>346</sup>, seja pela lentidão, inércia e apatia do Judiciário.

Francisco Gérson Marques de Lima<sup>347</sup>, analisando posicionamento amedrontado de Marcelo Pimentel, discrente na autuação do STF, alerta:

Em face das modificações implementadas na Constituição Federal, com certeza o Judiciário será buscado pela população, em suas milhares de ações, as quais irão parar no STF. A referência acima a Marcelo Pimentel, reflete um receio, senão desconfiança, do STF em resolver tais questões: não se sabe o que pode vir desse órgão, ante as pressões que venha a sofrer, especialmente do FMI. E o que dele vier terá caráter amplo, genérico. Eis a razão de o amargurado autor sugerir que o cidadão e suas entidades respectivas procurem, primeiro, as instâncias inferiores do Judiciário, a fim de não arriscarem sujeitar logo à Corte Máxima uma decisão definitiva, desafiando a sorte. O receio manifestado por ex-Ministro de Tribunal Superior e ex-Ministro do Trabalho frente ao STF é deveras sintomático: não se sabe até que ponto a justiça é a tônica das decisões desse órgão.

<sup>344</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e. Os limites da Reforma Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, pp. 260 e 261.

<sup>345</sup> PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Reforma Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003, p. 79. No mesmo sentido, Gustavo Just da Costa e Silva (op. cit., p. 269), que noticiou que a Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Partido Liberal versando sobre alegada violação de direito adquirido resta sem exame até a data de publicação de sua obra.

<sup>346</sup> A exemplo os escândalos de corrupção: “mensalinhos” e “mensalões”, que desencadearam investigações pelas CPMIs do Poder Legislativo e Executivo, culminando com o afastamento de Ministro de Estado (José Dirceu) e pedido de cassação de diversos parlamentares.

<sup>347</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional Brasileira (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: Ed. ABC Fortaleza, 2001, p.146.

De qualquer modo, sempre há de ser dada expressão social e efeito material ao princípio do controle judiciário. Este princípio também se encontra explícito na Constituição Federal pátria, prevendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; deflui da separação dos poderes, em que o Judiciário poderá, sempre que acionado, fiscalizar e limitar a atuação dos poderes Legislativo e Executivo; impede toda a restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer cidadão, sem intervenção do Judiciário.

É indispensável, portanto, em nome, respeito e estrita observância a mais esse princípio, que haja apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da (in)constitucionalidade do §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, a fim de que os direitos fundamentais antes albergados por tratados, e por eles também incorporados com status constitucional, não sejam restringidos.

Infelizmente a constatação da realidade pátria demonstra exatamente o contrário, no tocante ao efetivo controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário brasileiro, consoante bem constata Lenio Luiz Streck<sup>348</sup>:

Muito embora todo esse elenco de possibilidades de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional ainda está longe de assumir o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, mormente se entendermos que a Constituição brasileira tem um nítido perfil dirigente e compromissário.

Daí por que a inconstitucionalidade desse dispositivo, assim como de outros que representam interesses governamentais, não é questionada, como o mesmo foi criado para dirimir os conflitos jurisprudenciais antes existentes sobre a aplicação do disposto no §2º do art. 5º.

#### 4.7 A demora de tramitação das propostas de emenda à constituição como restrição de direitos

O Texto Constitucional vigente já traz cinqüenta e duas emendas à Constituição (das quais seis emendas são de revisão), já havendo inúmeras outras propostas

---

<sup>348</sup> STRECK (2003, p. 155).

de emenda em tramitação para alterar a Constituição, o que demonstra um desapreço às determinações do poder constituinte originário, daí por que algumas das emendas têm seus dispositivos questionados por meio do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Consoante restou evidenciado no tópico anterior, onde questionamos a inconstitucionalidade formal e material da Emenda Constitucional nº 45, houve uma exacerbação do poder reformador, ao instituir emenda que dificultou a aplicação de direitos humanos oriundos de tratados internacionais.

Não se venha dizer que o fato de o dispositivo haver determinado um quorum qualificado não implica restrição a direitos, muito menos se pode afirmar que a exigência de quorum qualificado não possui a mesma tramitação de uma emenda à Constituição, pois seria risível tal afirmação, uma vez que a única coisa em que não se assemelhariam poderia ser no responsável pela mensagem de propositura.

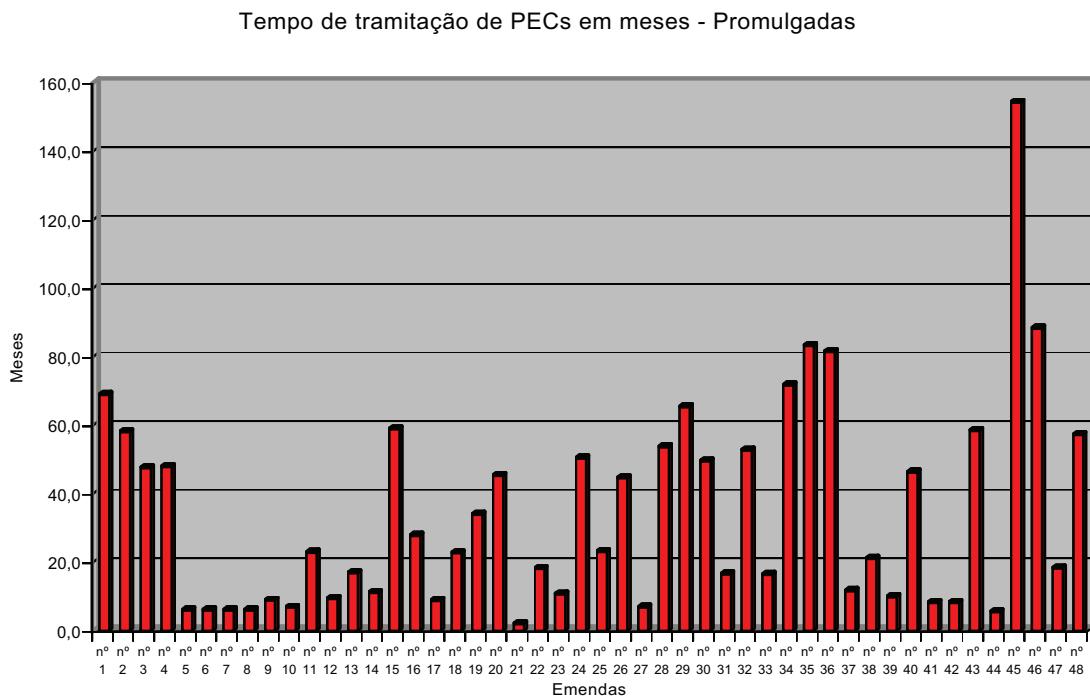
A despeito disto, é possível a nós aqui relatar o processo de aprovação de emenda à Constituição (Art. 60 da CF/88), que tem início com uma proposta que pode ser oriunda: a) do Presidente da República (Art. 60, II); b); de 1/3 dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional (Art.60, II); ou, ainda, c) de proposta de mais de metade por parte das assembléias legislativas estaduais, deliberando cada uma destas pela maioria relativa de seus membros (Art. 60, III). Após passará pela votação, somente sendo aprovada mediante voto de 3/5 dos membros de cada casa do Congresso Nacional.

Outra prova da restrição aos direitos humanos, oriundos de tratados, imposta pelo §3º do art. 5º, é o tempo de tramitação que teria essa matéria até que fosse incorporada ao Texto Constitucional, com o status de emenda constitucional.

Tomando-se como parâmetro o tempo de tramitação de uma PEC (proposta de emenda à constituição), implicaria verdadeiro retardo à aplicação destes direitos com status de norma constitucional, ao contrário do intuito que foi consagrado nos §§1º e 2º do art. 5º de

incorporação automática dos preceitos de direitos humanos oriundos de tratados ratificados pelo Brasil.

Para demonstrar tal asserção, no gráfico abaixo temos o tempo de tramitação das propostas de emendas que resultaram na promulgação de quarenta e oito emendas, que hoje compõem o Texto Constitucional.



**Fonte:** Autoria própria.

Vê-se, neste gráfico, que a tramitação das propostas de emenda à Constituição têm uma variação um tanto quanto imprecisa, oscilando de dois meses a cento e cinqüenta e quatro meses, ou seja, mais de doze anos de tramitação.

Evidenciamos que a proposta de emenda que tramitou por menos tempo foi a que prorrogou, majorando, a alíquota da CPMF e a que tramitou por mais tempo, período superior a doze anos, foi justamente a proposta de emenda à Constituição que resultou na Emenda Constitucional nº45, que confere, inegavelmente, alguns direitos ao indivíduo, embora tenha restringido outros tantos.

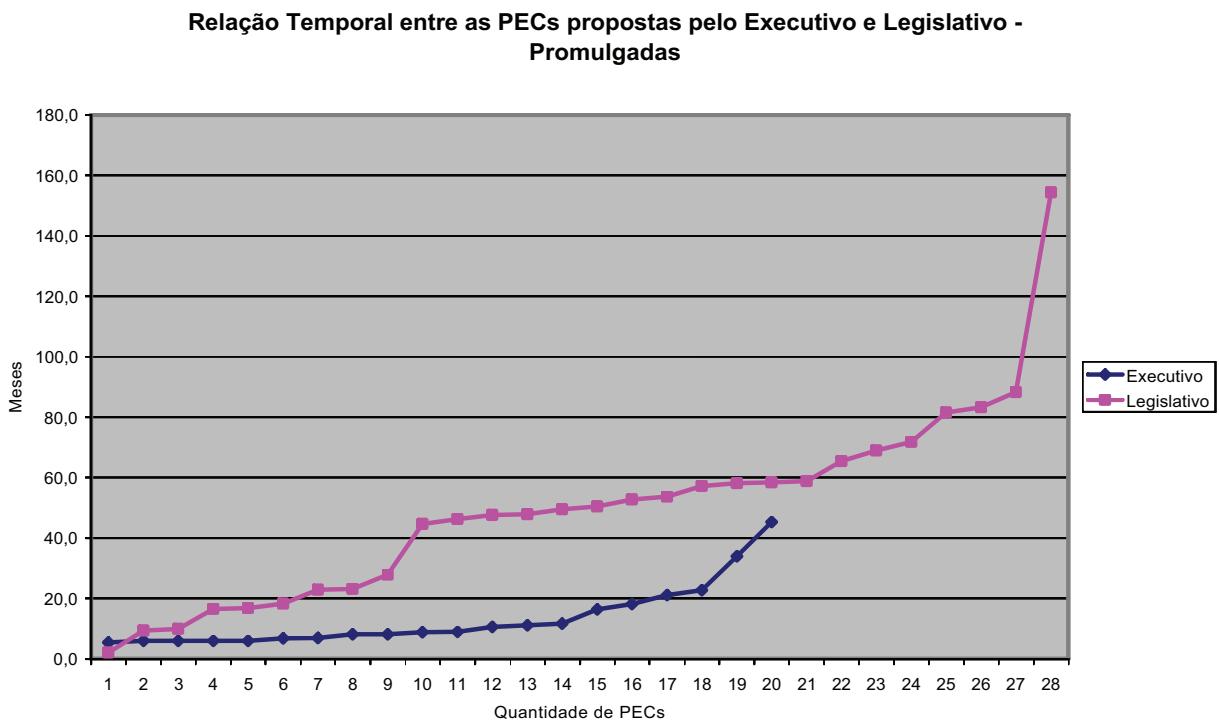
Daí inferimos que, dada a lentidão na apreciação das propostas pelo Legislativo, será praticamente impossível uma apreciação rápida a fim de assegurar ao tratado de direitos humanos status de emenda constitucional e consequente aplicação imediata que teria em decorrência do disposto nos §§1º e 2º do art. 5º da CF/88.

Não bastasse isto, as emendas constitucionais, salvo raríssimas exceções, são espelho de representação dos interesses governamentais, somente sendo apreciadas, com maior brevidade, as propostas de emenda cujo interesse governamental esteja envolvido. Esta é característica marcante da função legislativa, não só no Brasil, mas também aqui, que se desvia, pois, dos interesses constitucionais para satisfazer interesses particulares de pessoas, grupos, partidos, criando mecanismos legais de favorecimento, sejam mediante leis pessoais, excepcionais ou retroativas<sup>349</sup>, como foi o caso do acréscimo do §3º do art. 5º que desvirtuou a aplicação do §2º.

O gráfico seguinte evidencia que as propostas de emenda à Constituição, de iniciativa do Poder Executivo, têm um período de tramitação mais curto, variando de cinco meses a três anos e nove meses, bem como que o número de propostas de emenda é bem menor do que as de iniciativa do Legislativo. Enquanto isto, as propostas de emendas de iniciativa do Poder Legislativo têm uma tramitação muito mais alongada, nenhuma delas havendo tramitado com a mesma brevidade das propostas pelo Poder Executivo, somente sendo apreciadas com brevidade se de interesse governamental, como a emenda de iniciativa do Legislativo constitucional nº21/99, único exemplo de emenda cuja tramitação foi inferior a três meses:

---

<sup>349</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2002, p. 262.



Fonte: Autoria própria.

Do gráfico pode-se inferir que as emendas constitucionais somente terão tramitação rápida se representarem interesses governamentais, não se podendo cogitar em que este venha a ser o tratamento dado a propostas oriundas de tratados que versem sobre direitos humanos, já que esta celeridade não se verifica na realidade brasileira que, inclusive, trata de minorar garantias conseguidas ao longo da história constitucional brasileira.

É fácil depreender, pelos gráficos há pouco reproduzidos, que, assim como as matérias menos relevantes para os interesses governamentais, os tratados de direitos humanos dificilmente passarão a ser formalmente constitucionais, haja vista o desapreço com que é tratado o tema pelos legisladores pátrios, a exemplo a inclusão desse parágrafo ao Texto Constitucional.

Realmente, a prática brasileira evidencia total negligência no respeito aos direitos humanos. Prova disto são as constantes intervenções da Comissão de Direitos Humanos da ONU, quando incidentes tomam vulto internacional. Esse desapreço foi

fielmente relatado por Francisco Gérson Marques de Lima<sup>350</sup>, ao analisar as desigualdades sociais, criticando o perfil da população brasileira traçado pelo Programa Nacional das Nações Unidas, onde, tomando por base 100 (cem) milhões de pessoas, constatou que fazem parte da elite 7,3% da população, considerando como elite os que têm renda familiar média igual ou superior a R\$ 3.724,00.

Salta aos olhos a noção de que muito ainda há que se avançar em matéria de cumprimento dos direitos humanos, sobretudo num país em que as desigualdades são gritantes e em que só se falam em direitos humanos quando se vislumbra respeitar integridade física de preso. Paulo Borba Casella<sup>351</sup> desabafa:

Direitos e garantias fundamentais: seria simples, se não fosse trágico! O ordenamento legal não vale nada para todos os milhões de brasileiros que tecnicamente vivem ‘abaixo da linha de pobreza’ – o que significa, traduzindo o eufemismo tecnocrático, estão estes milhões alijados do ciclo produtivo, mas não somente não estão inseridos, como estão privados da possibilidade de inserir-se na sociedade pós-moderna, sem perspectiva de melhoria de vida, onde, cada vez mais, a educação será o valor agregado básico para qualquer indivíduo poder integrar-se de forma produtiva à sociedade, com o trabalho gerando remuneração, que permita dar continuidade à inserção produtiva. O ordenamento legal não vale nada para todos os milhões de idosos e de crianças que transitam pela rua, sem rumo nem perspectiva –demonstrando que somos uma sociedade ao mesmo tempo ingrata (ignorando os velhos) e burra (não preparando as crianças para o futuro). O ordenamento legal não vale nada para esse Estado principesco que vive muito acima das possibilidades da sociedade civil que o sustenta, nababescamente instalado acima dos indivíduos – ainda temos muita gordura e excessos para cortar do Estado: o peso deste, todavia, muito nos sufoca.

O professor Fernando Luiz Ximenes Rocha<sup>352</sup> também tece sua crítica, verificando a inutilidade dos instrumentos de proteção dos direitos humanos ante as desigualdades sociais:

Assim sendo, embora contemos com os instrumentos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, nem por isso estamos seguros da efetivação desses direitos fundamentais da pessoa humana, caso não se crie uma cultura dos direitos humanos em que os órgãos públicos de todos os poderes do Estado e os diversos setores da sociedade sintam-se co-responsáveis pela concretude da proteção dos direitos humanos, o que não é tarefa fácil num país que não consegue reduzir seus contrastes, permitindo que continuemos a conviver com

<sup>350</sup> LIMA (2001, pp.141 e 142).

<sup>351</sup> CASELLA (2000, pp.290 e 291).

<sup>352</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 33, nº 130, abril/ junho 1996, p. 81.

a vergonha e a humilhação da miséria que atinge a grande maioria dos nossos irmãos.

O que se percebe claramente é que o Brasil não pode preservar os direitos humanos, já que poucos são aqueles brasileiros que os conhecem, ao contrário, não sabem sequer dos direitos que foram internalizados por meio de decretos legislativos, ou, ainda, se dignam de invocá-los perante o Supremo Tribunal Federal, talvez experiência negativa de outros que não viram seus direitos reconhecidos.

Há que se recordar, ainda, que a Constituição pátria ainda é recém-adolescente (dezoito anos) e que precisa se ajustar aos anseios sociais, criar caráter para conduzir de forma correta os que nela se norteiam. Ocorre que seus orientadores (Legislativo, Executivo e Judiciário) são negligentes em cuidá-la, daí a existência de emendas violadoras de direitos e interpretações tendentes a restringir direitos conquistados ao longo de uma evolução histórica. A impressão que se tem é de que sequer seus aplicadores entendem o que nela está disposto. Talvez por isso, numa comparação percuciente com a obra de Gabriel Garcia Marques (Cem Anos de Solidão) Lenio Luiz Streck<sup>353</sup> cite que em Macondo, “o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo”. Da mesma forma, o autor acentua que “Nossa Constituição também é muito recente. Olhando a imensidão de seu texto, colhe-se a nítida impressão que algumas coisas ainda não têm nome; os juristas limitam-se — quando o fazem — a apontá-las com o dedo”.

Daí por que a correta aplicação das disposições de direitos humanos é um verdadeiro desafio, tanto para os estudiosos desses direitos, quanto para os que lutam para sua efetivação, apresentando-se como único mecanismo hábil para alcançar esse objetivo a

---

<sup>353</sup> STRECK (2003, p. 140).

educação, mediante a instrução do povo para que pleiteie, questione e lute por seus direitos em um verdadeiro exercício de cidadania<sup>354</sup>.

Pesquisadores internacionais<sup>355</sup>, de universidades americanas, na tentativa de explicar a inobservância governamental e consequente violação aos direitos humanos, relacionam esse comportamento negligente a uma variedade de fatores sociais, a saber:

Economic factors.-Many studies on human rights practices examine the effects of economic development. Mitchell and McCormick (1988, p. 478) proffer the simple poverty thesis," a commonly accepted view that lack of economic resources creates fertile ground for political conflict, in many cases prompting governments to resort to political repression. In an advanced economy where people are likely to have fewer grievances, political stability is often achieved more easily, reducing the likelihood of human rights violations (Henderson 1991). This hypothesis finds support in several additional studies (Mitchell and McCormick 1988; Park 1987; Poe and Tate 1994; Poe et al. 1999; Pritchard 1989).

Political factors.- Various studies find that democracies are less likely to commit human rights violations than autocracies. Jeane Kirkpatrick (1979) argues that left-wing totalitarian regimes are most likely to commit human rights violations because they have almost complete control over their citizens' lives, and Howard and Donnelly (1986) contend that the protection of human rights requires a liberal state regime that respects the "substantive conception of human dignity." Henderson (1991) also claims that democratic governments are more responsive to their citizens than autocratic governments, and hence more likely to accommodate the demands of their citizens without violent conflict. Variations in reasoning notwithstanding, these scholars all argue that democratic states are less likely to repress human rights. A number of subsequent studies confirm variations of these predictions, pointing to the positive effects of democracy on human rights practices (Mitchell and McCormick 1988; Poe and Tate 1994; Poe et al. 1999).

Several studies also identify a relationship between involvement in warfare and human rights violations. Early research established a strong connection between state participation in international warfare and an increase in domestic political violence (Rasler 1986; Stohl 1975). In times of international warfare, governments are more likely to exert strong controls over citizens and therefore are often willing to use force to maintain their domestic power (Poe and Tate 1994; Poe et al. 1999). In times of civil war, governments also tend to be more coercive, defending their authority against internal challenges to the state.

Demographic factors- Finally, Henderson (1993) argues that population pressure can lead to resource stress, increasing the likelihood of governments' use of repression. When a state experiences rapid population growth, lack of resources quickly becomes a serious problem, thus pressuring the government to head in an authoritarian direction. Subsequent studies report that population size also affects political repression; states with a larger population are more likely to violate human rights (Poe and Tate 1994; Poe et al. 1999).<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. Cidadania. Evolução Histórica. JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=78>>. Acesso em: 08 ago.2005.

<sup>355</sup> HAFNER-BURTON, Emilie M. et ali.. Human Rights in a Globalizing World. The Paradox of Empty Promises. Disponível em: <[www.proquest.com](http://www.proquest.com)> Acesso em: 09 ago.2005.

<sup>356</sup>Fatores econômicos. Muitos estudos sobre a prática de direitos humanos examinam os efeitos de desenvolvimento econômico. Mitchell e McCormick (1988, pág. 478) oferecem a "tese de pobreza simples", uma visão comumente aceita que a falta de recursos econômicos cria solo fértil para conflito político, em muitos casos que incitam os governos para recorrer à repressão política. Em uma economia avançada, onde é provável que as pessoas tenham menos queixas, é alcançada freqüentemente mais facilmente estabilidade política e reduz a probabilidade de violações de direitos humanos (Henderson 1991). Esta hipótese acha apoio em vários estudos

Aliados aos fatores retro-expostos, ousamos agregar alguns outros decorrentes da realidade brasileira, podendo citar, somente a título exemplificativo, a verdadeira banalização do tema ao ser tratado pelas autoridades e a falta de punição aos que desrespeitam os preceitos fundamentais. Têm-se todos os dias, nos noticiários locais, os altos índices de mortalidade infantil, os maus-tratos a crianças e idosos, a falta de leitos e medicamentos nos hospitais da rede pública, as mortes decorrentes da utilização de medicamentos cuja produção não fora fiscalizada pelos órgãos competentes.

Pode ser, pois, por esses fatores que o Brasil não consegue estabelecer uma política de respeito aos direitos humanos, cada vez mais restringindo direitos conquistados no decorrer de um longo processo histórico que atravessou vários períodos ditoriais até chegar a essa pseudodemocracia hoje vigente.

adicionais (Mitchell e McCormick 1988; Estacione 1987; Poe e Tate 1994; Poe et al. 1999; Pritchard 1989). Fatores políticos. Vários estudos acreditam que democracias são menos prováveis de cometer abusos contra direitos humanos que as autocracias. Jeane Kirkpatrick (1979) discute que os regimes totalitários de esquerda são provavelmente mais difíceis de violar direitos humanos, porque eles têm controle quase completo sobre as vidas dos cidadãos, e Howard e Donnelly (1986) defendem a noção de que a proteção de direitos humanos requer um regime estatal liberal que respeita a "concepção substantiva de dignidade humana". Henderson (1991) também proclama que os governos democráticos são mais responsivos aos cidadãos que os governos autocráticos, e consequentemente é mais provável acomodar as demandas dos cidadãos sem conflito violento. Estes estudiosos discutem que os estados democráticos são menos prováveis de reprimir direitos humanos. Vários estudos subsequentes confirmam variações destas proposições e apontam aos efeitos positivos da democracia em práticas de direitos humanos (Mitchell e McCormick 1988; Poe e Tate 1994; Poe et al. 1999). Vários estudos também identificam uma relação entre envolvimento em guerra e violação dos direitos humanos. Pesquisa recente estabeleceu forte conexão entre participação estatal em guerra internacional e um aumento em violência política doméstica (Rasler 1986; Stohl 1975). Em tempos de guerra internacional, governos exercem controles mais fortes em cima de cidadãos com o freqüente uso de força para sustentar o poder doméstico deles (Poe e Tate 1994; Poe et al. 1999). Em tempos de guerra civil, governos tendem, também, a ser mais coercitivos e defendem a autoridade contra desafios internos. Fatores demográficos. Finalmente, Henderson (1993) discute aquela pressão que a população pode conduzir a tensão de recurso e pode aumentar a probabilidade do uso de governos de repressão. Quando o Estado experimenta rápido crescimento populacional, a falta de recursos se torna um problema sério e pressiona o Governo para tomar medidas autoritárias. Estudos posteriores demonstram que o tamanho da população também afeta repressão política. Estados com uma população maior são mais prováveis de violar direitos humanos (Poe e Tate 1994; Poe et al. 1999). [Tradução nossa]. [Grifos do próprio autor].

## 5 CONCLUSÃO

A partir da Segunda Guerra Mundial e do massacre nazista, o mundo voltou seus olhos às atrocidades cometidas contra os seres humanos, cuidando, a partir de então, dos direitos do homem.

O Homem deixou de ser apenas sujeito de Direito Interno, passando a ser, também, sujeito de Direito Internacional. Os tratados internacionais foram fundamentais para o reconhecimento desse novo status quo do ser humano, sobretudo para imputar aos Estados que viesssem a se obrigar por meio deles a cumprir o que lá estivesse disposto, sob pena de gerar a responsabilização internacional do Estado.

Ocorre que os Estados descumprem o pactuado por deixarem de internalizar em suas constituições, ou até mesmo em suas legislações infraconstitucionais, o texto do tratado. Passam a surgir, então, os conflitos entre as disposições constitucionais e infraconstitucionais e o disposto internacionalmente, ressuscitando a célebre discussão sobre a prevalência de um ou do outro Direito (Interno/Internacional).

A falta de previsão constitucional faz com que as disposições de tratados, bem como sua aplicação no âmbito interno e interpretação, fiquem sob o alvedrio dos poderes que não tratam do assunto com a atenção e seriedade devidas.

Apesar do fenômeno da globalização e da formação de blocos em que o conceito de soberania é flexibilizado, os tribunais pátrios, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, deixam de observar disposições de tratados em que o Brasil é parte em nome da supremacia constitucional.

A afronta mais grave em matéria de tratados internacionais é relativa aos pactos de direitos humanos, já que a Constituição brasileira de 1988, em brilhante técnica legislativa, ampliou o hall de direitos humanos constantes do Texto Constitucional, determinando que dele faziam parte também os oriundos de tratados internacionais.

Apesar de a doutrina dominante entender que os tratados firmados sobre a matéria são direitos materialmente constitucionais e imediatamente exigíveis e aplicáveis - na contra-mão da história, e da melhor interpretação constitucional, que pugna pela interpretação da Constituição, considerando-se o bloco de constitucionalidade em que está inserida - o Supremo Tribunal Federal julgou, em diversas ocasiões, pela supremacia constitucional, inviabilizando o disposto no Pacto de San José da Costa Rica, tratado ratificado internacionalmente e incorporado desde 1992 ao Direito brasileiro por meio de decreto legislativo. Praticou, mais uma vez, ato favorável aos interesses das elites nacionais, principalmente os banqueiros, que viam na prisão do alienante fiduciário a única forma de reaver o que haviam perdido.

Não bastasse isto a demonstrar o completo desapreço aos tratados de direitos humanos firmados internacionalmente, o legislador constituinte derivado, usurpando o poder constituinte que não lhe foi conferido, emenda à Constituição restringindo a aplicação dos tratados de direitos humanos, já que agora, para que os tratados que versem sobre direitos humanos tenham reconhecido seu status de norma constitucional, é indispensável que sejam aprovados com quorum qualificado.

Inúmeras são as inconstitucionalidades materiais e formais da Emenda Constitucional nº 45, ao ponto de a nulificarem principalmente no tocante aos direitos humanos, de forma que, se exercido fosse efetivamente o controle de constitucionalidade, essa Emenda seria fulminada e estirpada do Texto Constitucional.

De nada valeria, porém, a exclusão do parágrafo terceiro, em comento, do Texto Constitucional se a maioria do Supremo Tribunal Federal não mudasse seu entendimento, a fim de considerar que também os direitos humanos reconhecidos em tratados compunham o elenco de direitos constitucionalmente albergados, consoante pretendeu o legislador constituinte originário e que foi desvirtuado na interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se assim não for, a declaração de inconstitucionalidade do referido parágrafo, ou da emenda constitucional, implica, apenas, a volta do emprego da interpretação retrógrada, até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que vela por um estreito conceito de soberania fora do contexto internacional em que o Brasil se inseriu.

É indispensável, portanto, que haja verdadeira conscientização dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tomindo, inclusive, como premissas as constituições de outros Estados, tais como: a Portuguesa (art. 16, n.º 1 e 2), a Espanhola (art. 9 n.º 2 e art. 96, n.º 1) e também a Argentina (art. 75, inc. 22).

Foi constatado, também, por pesquisa realizada que as emendas constitucionais, que não representam os interesses governamentais, levam anos para ser aprovadas, implicando a nova exigência constitucional verdadeira restrição de direitos humanos. Não bastasse isto, as emendas apresentadas pelos “representantes do povo”, membros do Congresso Nacional, somente são apreciadas com brevidade se tiverem fins arrecadatórios, caso contrário, passam anos para a devida apreciação.

O Supremo Tribunal Federal também se mostra lento no julgamento das ADIns, não concluindo seu processamento de modo a preservar os direitos humanos, sequer os direitos adquiridos.

É lamentável constatar, mas o Brasil ainda precisa evoluir muito no que concerne a matéria de respeito e preservação aos direitos humanos, devendo, para isso,

superar os fatores sociais que levam ao desapreço no trato da matéria. Para efetiva e consciente aplicação, indispensável seria a vontade política de investir na área de educação, praticando uma verdadeira democracia do saber, a fim de que a população pudesse exigir os seus direitos, o que não é feito sequer da forma mais comezinha.

A Emenda Constitucional nº45 traz à pauta a questão da eficácia real, entendida esta a aplicabilidade que se traduz na qualidade da norma jurídica para produzir efeitos e ser aplicada, quanto aos tratados internacionais, habilitados para produzirem efeitos no âmbito interno dos Estados.

Faz-se evidente ser, também, matéria comum os §§ 3º e 4º do art. 5º, bem como o inciso V-A e o § 5º do art. 109, acrescentados à Constituição pela Emenda nº 45, de 8.12.2004, visto que concernem todos eles à proteção dos direitos humanos pelas jurisdições internacional e nacional.

Os dois novos dispositivos do art. 109 ampliam a prestação de jurisdição pela União, a expensas das justiças dos Estados e do ideal republicano que firmou a unidade de lei com a dualidade de magistratura.

Até aqui e no que diz respeito aos direitos humanos, a Comunidade das Nações induz a conduta dos Estados por métodos políticos que vêm sendo desenvolvidos desde o fim da Primeira Grande Guerra, particularmente pelo Tratado de Versalhes, que dotou a Organização Internacional do Trabalho (OIT) de mecanismos de pressão sobre seus membros, com vistas à adoção das regras por ela propostas para a regência das relações de trabalho e emprego.

É salutar que as conferências da OIT tenham incursionado no campo dos direitos humanos, interpretados extensivamente, segundo os modelos oferecidos pela literatura política e juspublicística contemporânea.

Também se faz louvável que se pretenda dotar o ordenamento constitucional brasileiro de normas expressas quanto à internalização dos tratados internacionais. Da forma como foi disposta, todavia, a nova regra constitucional, tem, na prática, a consagração da tese inibidora da plena aplicação dos tratados internacionais, no modelo pregado pelo Supremo Tribunal Federal, que, certamente, não atende aos valores e sentimentos da sociedade brasileira.

Revela-se, na exigência de um quorum especial elevado para as deliberações congressuais homologadoras dos tratados, uma manobra a ser disponibilizada pelos governos, quando premidos pela chamada opinião pública mundial, exibam uma atitude externa de qualificação moral e política quanto à garantia que prestam aos direitos humanos em seus territórios, mas não se dispõem a produzir a efetividade jurídica e social das medidas prescritas pelas organizações internacionais.

Em suma, a nova formula normativa, em vez de oferecer segurança jurídica, situa em maior dimensão os riscos que decorrem da qualificação do quorum deliberativo, facilitando aos governantes dar ou negar autoridade e força aos tratados internacionais, com eventual prejuízo dos direitos humanos protegidos apenas na sonoridade dos discursos políticos.

Deve, pois, prevalecer a interpretação do novo § 3º do art. 5º da Constituição, no sentido de que ele não anula a interpretação segundo a qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma materialmente constitucional em decorrência da norma expressa no § 2º do mesmo art. 5º da Carta Magna de 1988.

Quer dizer, todos os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais, na exegese do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, mas apenas terão os efeitos de equivalência às emendas

constitucionais, ou seja, somente integrarão formalmente a Constituição, com todos os consectários que lhe são inerentes, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, nos termos do novo § 3º do art. 5º, da CF/88.

Sendo assim, dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível de normas constitucionais, em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, não é o mesmo que dizer que eles “equivalem” às emendas constitucionais, o que tem um sentido e uma conotação muito mais ampla, por se tratar de integração formal à Constituição e, portanto, somente será possível com sua aprovação pelo quorum estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Carta de 1988.

Por outras palavras, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil serão, além de materialmente constitucionais, também formalmente constitucionais, o que impede definitivamente a sua denúncia por ato do Poder Executivo.

Em suma, a interpretação que deve ser feita de ambos os dispositivos (§§ 2º e 3º) é que, além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o status constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm, de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudicaria a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que viessem a ser ratificados pelo nosso País, consoante a regra do § 1º do art. 5º da Constituição, desautorizando-se uma interpretação diversa, sob pena de evidente inconstitucionalidade do novo dispositivo.

Entender diferente significará um desserviço à interpretação constitucional consentânea com os sentimentos sociais correntes, envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

Devemos, pois, esperar que a jurisprudência siga a trilha desses sentimentos e valores sociais dominantes, mas, se for frustrada essa expectativa, restará a produção de

ressonância doutrinária no sentido de impulsionar movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil e a permanente e difícil vigilância, para que os pactos futuros recebam, todos, o mesmo tratamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp-Verlag. 1986. Versão em castelhano: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J.. Novos Paradigmas em Direito Internacional Público. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ALVES, J. A. Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-modernidade. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev3.htm>> Acesso em: 22 fev.2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Direitos humanos - Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Revista Consultor Jurídico. 26 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32582,1>> Acesso em: 05 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Revista Consultor Jurídico. 26 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.apmppr.com.br/Noticiass1.asp?Codigo=1237>>. Acesso em: 04 ago. 2005.  
ESTES NÃO SÃO O MESMO TEXTO???

ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1975.

ANNAN, Kofi A. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948-1998: Conquistas e Desafios. Prefácio. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. O Direito dos Tratados na Constituição. In: DOLINGER, Jacob (coord.). A Nova Constituição e o Direito Internacional. Propostas e Sugestões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

\_\_\_\_\_. Estudos de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Editora Alba Ltda. s/d.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Ed. Procam, 1998.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito dos Conflitos Interespaciais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Disponível em: <[http://www.smithedantas.com.br/texto/rela\\_int.doc](http://www.smithedantas.com.br/texto/rela_int.doc)>. Acesso em: 05 ago. 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed.. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma e do ordenamento. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1995.

\_\_\_\_\_. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, Ed. Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário. Instituições de Direito Comunitário Comparado: União Européia e MERCOSUL. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORJA, Sérgio. A incorporação de Tratados no Sistema Constitucional Brasileiro. Disponível em:  
<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/sergioborja/pesquisas/A%20INCORPORACAO%20DE%20TRATADOS%20NO%20SISTEMA%20CONSTITUCIONAL%20BRASILEIRO%20-%20treaty%20making-power.htm> Acesso em: 11 ago. 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6. edição ver., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPANINI, Pedro Reinaldo. Constituição e Construção da Cidadania. Organização de A. Dinalli, Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio Leme. **LOCAL???** Ed. JH Mizuno, 2005

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5 ed., Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica Legislativa. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CASELLA, Paulo Borba. Declaração Universal dos Direitos do Homem: 50 anos. In: Direito Internacional: vertente jurídica da globalização. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5. ed.. Revisão e Atualização Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

CERVANTES G., Luis Fco. El Fortalecimiento de la Jurisdicción Nacional como Desafío de la Jurisdicción Internacional sobre Derechos Humanos. Las Enseñanzas del Âmbito Interamericano. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos – IBDH, Organizadores: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal, Fortaleza, Ed. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Vol. 4, n° 4, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Célio Silva. A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988. Princípios de interpretação jurídica em geral e princípios de interpretação constitucional em especial. Rio de Janeiro: Ed. Líber Júris, 1992.

COUTO, Estêvão Ferreira. A Relação entre o Interno e o Internacional – Concepções Cambiantes de Soberania, Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da e RÁTIS, Carlos. EC 45/2004 – Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Salvador, Ed. JusPODIVM, 2005.

DALLARI, Pedro B. A.. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.). Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

DANTAS, Ivo. Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade. 3. ed. ver., aum. e atual.. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.  
DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 11.ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda N.45. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et ali. Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam os tratados. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 10, n°41, outubro-dezembro/2002.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz e TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali. (coord.). Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1996.

---

. O Poder Constituinte. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.). Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi. O conflito entre tratado e Direito Interno face ao ordenamento jurídico brasileiro e outras questões conexas. Disponível em: <<http://www.smithedantas.com.br/texto/conflieto.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. Elementos básicos de Direito Internacional Privado. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 4. ed.. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HAFNER-BURTON, Emilie M. et ali.. Human Rights in a Globalizing World. The Paradox of Empty Promises. Disponível em: <[www.proquest.com](http://www.proquest.com)> Acesso em: 09 ago. 2005.

HATHAWAY, Oona A. Do Human rights treaties make a difference? The Yale Law Journal. Jun 2002. 111, 8; Academic Research Library, p. 1961. Disponível em:<

www.proquest.com> Acesso em: 09 ago. 2005.

JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 5.ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado – de acordo com a reforma do judiciário. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Método, 2005a.

\_\_\_\_\_. As Garantias Processuais dos Tratados Internacionais sobre Direitos Fundamentais. D i s p o n í v e l e m : <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista4/parte1e.htm>> Acesso em: 05 ago. 2005b.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional Brasileira (Estudos de casos – abordagem interdisciplinar). Fortaleza: Ed. ABC Fortaleza, 2001.

\_\_\_\_\_. Bloco de Constitucionalidade: Os Sistemas Francês e Espanhol. Opinião Jurídica (revista do Curso de Direito da Faculdade Christus). Fortaleza: Faculdade Christus, 2004, vol. 3 [2004.1], págs. 103-111.

LITRENTO, Oliveiros. Curso de Direito Internacional Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOULA, Pedro. Breves Reflexões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45/04) no Direito Internacional brasileiro. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 783/784.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. A internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro – O caso do Mercosul. Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires: La Ley Síntese , ano 6, nº6, dezembro/2002.

MATTOS, Adherbal Meira. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: Dois fundamentos irreconciliáveis. Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires: La Ley Síntese editora, ano 7, nº1, fevereiro/2003.

\_\_\_\_\_. Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro. Presidente Prudente, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev\\_21/artigos/art\\_valerio.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_21/artigos/art_valerio.htm)> - Acesso em: 05 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. (org.). Coletânea de direito internacional. 3. ed. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>> - Acesso em 05 ago. 2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O poder legislativo e os tratados internacionais. Porto Alegre: Editora L ePM, 1983.

MELLO, Celso Albuquerque. Constituição e Relações Internacionais. In: DOLINGER, Jacob (coord.). A Nova Constituição e o Direito Internacional – Propostas e Sugestões. RJ: Freitas Bastos, 1987.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Internacional: Uma Introdução. (Constituição de 1988, revista em 1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Internacional Público. 11. ed.. (vol. 1). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

MELO, Carolina de Campos. O Bloco da Constitucionalidade e o Contexto Brasileiro. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepu/puc/depto/direito/revista/online/rev15\\_carolina.html#\\_ftn1](http://www.puc-rio.br/sobrepu/puc/depto/direito/revista/online/rev15_carolina.html#_ftn1)> Acesso em: 05 ago. 2005.

MELO, Diogo Barreto. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://editorajaj.tripod.com.br/jornalhistoriando/id28.html>> Acesso em: 22 fev. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2ª tir. (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonçalves Branco). Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. 17. ed.. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Reforma Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003.

PEROTTI, Alejandro Daniel. Habilitación Constitucional para la integración comunitária. 2. ed.. Estúdios sobre los Estados del Mercosur. Tomo I: Brasil y Paraguay. Montevideo: Ed. Konrad - Adenauer - Stiftung E.V., 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996 .

\_\_\_\_\_. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos et ali. (coord.). Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Palestra proferida em seminário do TRF da 3ª Região sobre a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/dh/progdh2.htm>> Acesso em: 05 ago. 2005.

REUTER, Paul. Introduction au droit des Traités. Collection U, Serie Relations et institutions internationales. Paris: Librairie Armand Colin, 1972.

REZEK, J. F. Direito Internacional Público. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito Internacional Público – curso elementar. 10. ed. ver e atual.. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 33, nº 130, abril/ junho 1996.

ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores,1995.

RODAS, João Grandino. A publicidade dos tratados Internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Rousseau e as Relações Internacionais. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 2003.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

SCHILLING, Voltaire . A história da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/06/25/001.htm>> Acesso em: 22 fev. 2005

SIDOU, J. M. Othon. O Controle dos Atos internacionais pelo Poder Legislativo - Apontamentos de Direito Constitucional Internacional. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, n°I, jan./jun. 2003.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. Os limites da Reforma Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Direito Processual Civil Internacional Brasileiro. São Paulo: Ed.LTR, 2003.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. Cidadania. Evolução Histórica. JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=78>>. Acesso em: 08 ago. 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.

SOARES, Evanna. A Constitucionalização dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/trabevan4.htm>> Acesso em: 22 fev. 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SOARES, Orlando. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Editora Científica, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

SWINARSKI, Christophe. O Direito Internacional Humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos – IBDH. Organizadores: Antônio Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal. Fortaleza: Ed. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Vol. 4, n° 4, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88. (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIBURCIO, Carmen. A EC N. 45 e temas de Direito Internacional In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et ali (coord.). *Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5.ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

## ANEXOS

Anexo I - Trechos do Parecer do Professor Haroldo Valladão<sup>357</sup>.

**APROVAÇÃO DE AJUSTES INTERNACIONAIS PELO CONGRESSO NACIONAL.NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE QUAISQUER AJUSTES INTERNACIONAIS FEITOS PELO BRASIL – INAPLICABILIDADE, NO DIREITO PÁTRIO, DE DOUTRINAS ACEITAS NO DIREITO DE NAÇÕES EUROPÉIAS E DOS ESTADOS UNIDOS – HISTÓRICO E EXEGESE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS SÔBRE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES – ACÓRDO DE PAGAMENTO ENTRE O BRASIL E A FRANÇA POR TROCA DE NOTAS. PARECER. Prof. Haroldo Valladão**

I – Consulta o Sr. Ministro das Relações Exteriores sobre validade de Acordo de Pagamento entre o Brasil e França, por troca de notas entre o Ministério das Relações Exteriores e Embaixada da França no Rio de Janeiro.

Estes os termos da consulta: "De ordem do Sr. Presidente da República, tenho a honra de passar às mãos de Vossa Excelência, em anexo, o expediente relativo ao restabelecimento da validade do Acordo de Pagamento entre o Brasil e França, concluído, em 31 de março último, por troca de notas entre o Ministério das Relações Exteriores e a Embaixada da França no Rio de Janeiro. 2. Por se tratar de um convênio meramente administrativo, que o Governo pode celebrar por sua própria autoridade, tenho dúvidas sobre a necessidade de sua ratificação legislativa, uma vez que a mencionada ratificação viria criar um precedente em contradição com o acordo celebrado com a Inglaterra, que não se entendeu dependente de aprovação do Congresso Nacional. 3. Assim sendo e não podendo o referido Acordo entrar em vigor imediatamente, tal como é e dispõe e é necessário, se a aludida ratificação for indispensável, muito agradeceria a Vossa Excelência o obséquio de, com a possível brevidade, emitir um parecer sobre o assunto em apreço".

Da consulta supra resultou no seguinte parecer: Há de ser, assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc..."

Anos depois instado a se manifestar sobre o assunto, cuja consulta era: Consulta o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores sobre se, "a rigor, deveria ser submetido à aprovação do Congresso Nacional o Acordo celebrado por troca de notas, em 10 de setembro último, entre o Brasil e os Estados Unidos da América, relativo à colaboração em pesquisas sobre sensores remotos em levantamento de recursos terrestres."

---

<sup>357</sup> BORJA, Sérgio. A incorporação de Tratados no Sistema Constitucional Brasileiro. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/sergioborja/pesquisas/A%20INCORPORACAO%20DE%20TRATADOS%20NO%20SISTEMA%20CONSTITUCIONAL%20BRASILEIRO%20-%20treaty%20making-power.htm>> Acesso em: 11 ago. 2005.

Manteve o parecer nos seguintes termos: Segundo opinei (Parecer de Consultor-Geral da República 253-R, volume 4 dos Pareceres, p. 413 e Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, V. 11/12, pág. 95) dispensa aprovação um acordo (por troca de notas ou outra forma) que tenha sido autorizado por ou constitua execução de – outro, anterior, devidamente aprovado.

#### Anexo II- Trechos do Parecer do Professor Hildebrando Accioly<sup>358</sup>

**AINDA O PROBLEMA DA RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.** Hildebrando Accioly manifestando-se sobre a participação do Congresso Nacional em todos os pactos internacionais se manifesta contrário ao Prof. Haroldo Valladão, criticando-o e mostrando que a prática brasileira é bem diferente do proposto por esse doutrinador, manifestando-se nos seguintes termos:

IX – Haroldo Valladão observou, no entanto, que o Brasil havia adotado tal princípio até em convenção. Já vimos que a prática nacional nega semelhante adoção. Quanto à convenção em causa, o ilustre mestre teve em vista, sem dúvida, a de Havana, de 1928, sobre tratados.

De fato, aquêle instrumento dispõe que "os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado". Mas a dita convenção pouca significação tem, para o caso em aprêço. Primeiro, porque só vigora entre sete países, todos americanos (inclusive o Brasil). Segundo, porque a mesma, no art. 8º, admite implicitamente o princípio contrário, ao estipular que "os tratados vigorarão, desde a troca ou depósito das ratificações, salvo se, por cláusula expressa, outra data tiver sido convencionada". Além disto, a expressão tratados, usada na convenção, poderá talvez ser interpretada como não se aplicando aos acordos em forma simplificada.

Como quer que seja, o costume internacional, de que tem participado o Brasil, inclusive nas relações com os ratificantes da Convenção de Havana, é no sentido por nós indicado.

X – A exceção admitida explicitamente por Valladão já prova, por si só, que sua tese da exigibilidade da aprovação prévia do Congresso Nacional para todos os nossos acordos internacionais não é tão absoluta como ele pretendeu.

A admitir-se, porém, uma exceção, não prevista na Constituição, não há motivo para que se não possam aceitar outras.

Na realidade, elas tem sido numerosas...

Seja como for, o que principalmente desejávamos era esclarecer que, entre nós, o costume já de muitos anos – ainda que se pretenda estabelecido extra-legem – é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina."

---

<sup>358</sup> BORJA, Sérgio. A incorporação de Tratados no Sistema Constitucional Brasileiro. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/sergioborja/pesquisas/A%20INCORPORACAO%20DE%20TRATADOS%20NO%20SISTEMA%20CONSTITUCIONAL%20BRASILEIRO%20-%20treaty%20making-power.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2005.

### Anexo III - Encaminhamento da Exposição de Motivos do Ministro das Relações Exteriores e Mensagem Presidencial

“Tendo em vista as razões acima expostas, Senhor Presidente, creio que o Tratado (ou convenção ou acordo, etc.) em apreço merece a aprovação do Poder Legislativo e, para esse fim, junto à presente um projeto de Mensagem, a fim de que Vossa Excelência, se assim houver por bem, se digne encaminhá-lo ao Congresso Nacional, nos termos do art.44, inciso I, da Constituição Federal”.<sup>359</sup>

“Excelentíssimos Senhores membros do Congresso Nacional:

Em conformidade com o disposto no artigo 44, inciso I, da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto do.....(menciona o título do tratado ou acordo que está sendo encaminhado).

Brasília, (data).

(Assinatura do Presidente).”<sup>360</sup>

### Anexo IV - ADIn: Bloco de Constitucionalidade

Sobre o reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade manifestou-se na ADIn 595-ES o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657).

É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por

<sup>359</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O poder Legislativo e os Tratados Internacionais. 1983:Porto Alegre. Editora L ePM, p. 110.

<sup>360</sup> MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O poder Legislativo e os Tratados Internacionais. 1983:Porto Alegre. Editora L ePM, p. 110.

determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema:

"Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedural e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global."

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global." (grifei) (...)

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade.

Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica.

Vê-se, pois, até mesmo em função da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD), que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental.

Dessa relação de caráter histórico-temporal, exsurge a identificação do parâmetro de controle, referível a preceito constitucional, ainda em vigor, sob cujo domínio normativo foram produzidos os atos objeto do processo de fiscalização concentrada.

Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem

temporal).

Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem - a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro (LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "El bloque de la constitucionalidad", p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 712, 4<sup>a</sup> ed., 1987, Almedina, Coimbra, v.g.) - torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vigência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor.(...)

Cumpre ressaltar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial reflete-se no próprio magistério da doutrina (...), cuja percepção do tema ora em exame põe em destaque, em casos como o destes autos, que a superveniente alteração da norma constitucional, revestida de parametricidade, importa na configuração de prejudicialidade do processo de controle abstrato de constitucionalidade, eis que, como enfatizado, o objeto da ação direta resume-se, em essência, à fiscalização da ordem constitucional vigente.

Anexo V – Trechos da decisão da ADIn sobre a Constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 068/92 que incorporou a Convenção nº 158 da OIT.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPOERAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua

incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedural de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

**SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.** - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. **Doutrina e Jurisprudência.**

**PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.** - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao Direito Interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de Direito Interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de Direito Interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

**TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.** - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive

pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO N° 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).

Anexo VI - Quadro de propostas de emendas a constituição que aprovadas passaram a integrar o texto constitucional, com as datas de propositura das mesmas e quem as propôs.

#### EMENDAS CONSTITUCIONAIS PROMULGADAS

Posição em 29/08/2005

ASSUNTO	MENSAGEM APRESENTAÇÃO	AUTOR	Nº PROMULGAÇÃO DOU
Remuneração dos Deputados Estaduais e Vereadores	15/12/1989	Senador Nelson Carneiro	Emenda Constitucional nº 1 DOU 15/08/1995
Plebiscito	07/11/1990	Deputado José Serra	Emenda Constitucional nº 2 DOU 15/08/1995
Sistema Tributário Nacional	19/09/1991	Deputado Luiz Carlos Hiy	Emenda Constitucional nº 3 DOU 15/08/1995
Art. 16 da CF (Eleição)	10/09/1991	Deputado Genebaldo Correia	Emenda Constitucional nº 4 DOU 15/08/1995
Gás Canalizado	192, de 16/02/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 5 DOU 15/08/1995
Empresa Brasileira	193, de 16/02/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 6 DOU 15/08/1995
Navegação de Cabotagem	195, de 16/02/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 7 DOU 15/08/1995
Telecomunicações	191, de 16/02/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 8 DOU 15/08/1995
Petróleo	194, de 16/02/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 9 DOU 09/11/1995
Fundo de Estabilização Fiscal	863, de 15/08/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 10 DOU 04/03/1996
Professores Técnicos e Cientistas Estrangeiros	16/06/1994	Deputado Sérgio Arouca	Emenda Constitucional nº 11 DOU 02/05/1996

CPMF	0/11/1995	Senador Antônio Carlos Valadares	Emenda Constitucional nº 12 DOU 16/08/1996
Resseguros	6/04/1995	Deputado Cunha Bueno	Emenda Constitucional nº 13 DOU 22/08/1996
Reforma Educação	1078, de 15/10/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 14 DOU 13/09/1996
Criação de Municípios	14/11/1991	Deputado César Bandeira	Emenda Constitucional nº 15 DOU 13/09/1996
Reeleição	22/02/1995	Deputado Mendonça Filho	Emenda Constitucional nº 16 DOU 05/06/1997
Fundo de Estabilização Fiscal (FEF)	275, de 06/03/1997	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 17 DOU 25.11/1997
Desvinculatória (regime Militar)	246, de 27/03/1996	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 18 DOU 06/02/1998
Administração Pública	886, de 23/08/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 19 DOU 05/06/1998
Previdência Social	306, de 28/03/1995	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 20 DOU 16/12/1998
CPMF	19/01/1999	Senador Élcio Álvares e outros	Emenda Constitucional nº 21 DOU 19/03/1999
Arts. 98, 102 e 105 da CF (Hábeas Corpus)	1047, de 22/09/1997	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 22 DOU 19/03/1999
Ministério da Defesa	1417, de 19/11/1998	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 23 DOU 03/10/1999
Juiz Classista	20/10/1995	Ex-Senador Gilberto Miranda e outros	Emenda Constitucional nº 24 DOU 10/12/1999
Limites de Despesas com o Poder Legislativo Municipal	25/03/1998	Ex-Senador Esperidião Amim e outros	Emenda Constitucional nº 25 DOU 15/02/2000
Direitos Sociais	18/06/1996	Senador Mauro Miranda e outros	Emenda Constitucional nº 26 DOU 15/02/2000
DRU	1262, de 30/08/1999	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 27 DOU 22/03/2000
Extinção do Contrato de Trabalho	25/10/1995	Senador Osmar Dias e outros	Emenda Constitucional nº 28 DOU 22/03/2000
Recursos Mínimos para a Saúde	03/05/1995	Deputado Carlos Mosconi e outros	Emenda Constitucional nº 29 DOU 14/09/2000
Precatórios	21/08/1996	Deputado Luciano Castro e outros	Emenda Constitucional nº 30 DOU 14/09/2000
Cria Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza	10/08/1999	Senador Antônio Carlos Magalhães	Emenda Constitucional nº 31 DOU 18/12/2000
Edição de Medidas Provisórias	15/05/1997	Senador Esperidião Amim	Emenda Constitucional nº 32 DOU 12/09/2001
CIDE – Contribuição sob intervenção do domínio econômico	1.093, de 09/08/2000	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 33 DOU 12/12/2001
Exercício cumulativo de cargos dos profissionais da saúde na Administração Pública Direta ou Indireta	24/01/1996	Deputada Jandira Raghali e outros	Emenda Constitucional nº 34 DOU 14/12/2001
Imunidade Parlamentar	20/02/1995	Senador Ronaldo Cunha Lima e	Emenda Constitucional nº 35

		outros	DOU 21/12/2001
Permite a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica.	20/09/1995	Laprovia Vieira e outros	Emenda Constitucional nº 36 DOU 29/05/2002
Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	29/06/2001	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 37 DOU 13/06/2002
Incorpora os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União.	20/09/2000	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 38 DOU 13/06/2002
Institui contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e Distrito Federal	27/02/2002	Senador Álvaro Dias e outros	Emenda Constitucional nº 39 DOU 20/12/2002
Lei Complementar disporá sobre fiscalização financeira da administração pública e sobre o sistema financeiro nacional.	11/08/1999	Senador José Serra e outros	Emenda Constitucional nº 40 DOU 30/05/2003
Instituí a Reforma da Previdência Social	30/04/2003	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 41 DOU 31/12/2003
Altera o Sistema Tributário Nacional , instituindo a "Reforma Tributária"	30/04/2003	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 42 DOU 31/12/2003
Altera o artigo 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	30/06/1999	Mauro Miranda	Emenda Constitucional nº 43 DOU 16/04/2004
Sistema Tributário Nacional	19/01/2004	Poder Executivo	Emenda Constitucional nº 44 DOU 01/07/2004
Reforma do Judiciário	30/04/1992	Dep. Hélio Bicudo	Emenda Constitucional nº 45 DOU 31/12/2004
Excluem dos bens da União as ilhas costeiras que integram Território de Município	03/02/1998	Dep. Edison Andrino	Emenda Constitucional nº 46 DOU 06/05/2005
Reforma da Previdência – PEC Paralela	06/01/2004	Senadora Ideli Salvatti	Emenda Constitucional nº 47 DOU 06/07/2005
Institui o Plano Nacional de Cultura	29/11/2000	Gilmar Machado	Emenda Constitucional nº 48 DOU 11/08/2005