

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO DANIEL DA COSTA DE OLIVEIRA

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIROS APÓS A EC. Nº 45

FORTALEZA
2009

ANTONIO DANIEL DA COSTA DE OLIVEIRA

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIROS APÓS A EC. Nº 45

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves.

FORTALEZA
2009

ANTONIO DANIEL DA COSTA DE OLIVEIRA

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIROS APÓS A EC. Nº 45

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 09 de junho de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Profa. Esp. Wagneriana Lima Timoteo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Esp. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará - UFC

RESUMO

O presente trabalho trata das relações entre o direito internacional e o direito interno. O conteúdo de direitos fundamentais dos direitos humanos é mencionado sucintamente, chegando-se à questão da proteção especial dada a estes pela Constituição Federal de 1988. Analisa-se, ainda, a polêmica contida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a respeito do *status* hierárquico dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, examinando-se as posições da doutrina e do Supremo Tribunal Federal. Finalmente, chega-se à introdução do novo § 3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, *status* de emenda constitucional. Discutem-se as implicações, conseqüências e problemas práticos deste novo dispositivo e analisam-se suas possíveis interpretações.

Palavras-chave: Direito Constitucional Internacional; relações entre direito interno e direito internacional; tratados internacionais de direitos humanos; *status* hierárquico; Emenda Constitucional n. 45.

ABSTRACT

The aim of this work is the relations between the international law and the domestic law. It mentions the fundamental rights contained in the human rights, and relates it to the special protection given by the 1988 Federal Constitution to the fundamental rights. It is also about the controversy on the 2nd paragraph of the 5th article of the Constitution, regarding the hierarchic *status* of the international human rights treaties, analyzing the doctrine's and the Supreme Federal Court's positions. Finally, it mentions the new 3rd paragraph inserted in the 5th article of the Constitution by the 45th Constitutional Amendment in 2004. This paragraph gives the *status* of a Constitutional Amendment to the international human rights treaties which are approved in two readings, in each House of the National Congress, by three-fifths of the votes of the respective members. The implications, problems and consequences of this new rule are discussed and its possible interpretations are also studied.

Keywords: International Constitutional Law; relations between the domestic law and the international law; international human rights treaties; hierarchic *status*; 45th Constitutional Amendment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CIJ	Corte Internacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
ONU	Organizações das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	10
1.1 Do Conceito e dos Sujeitos de Direito Internacional	10
1.2 Os Tratados como Fontes do Direito Internacional	14
1.3 A Conceituação dos Tratados Internacionais	18
1.4 Terminologia	19
1.5 Requisitos de Validade dos Tratados Internacionais	21
1.6 O processo de formação dos Tratados Internacionais	24
1.6.1 Das Negociações Preliminares	24
1.6.2 Da Assinatura ou Adoção	25
1.6.3 Da Ratificação ou Adesão do texto	27
1.6.4 Do Registro e da Publicação	28
1.6.5 Aprovação Parlamentar	29
1.6.6 Promulgação e Publicação	32
2 DO CONFLITO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO E A POSIÇÃO DO BRASIL	35
2.1 Da Oposição entre Monismo e Dualismo.....	35
2.1.1 Dualismo	35
2.1.2 Monismo	37
2.1.2.1 Monismo Nacionalista	38
2.1.2.2 Monismo Internacionalista	39
2.1.3 Doutrina Conciliatória	41
2.2 Questionamentos sobre o Debate entre a Teoria Dualista e Monista	41
2.3 O Posicionamento Brasileiro diante da Oposição entre o Direito Internacional e o Direito Interno	42

3 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	46
3.1 A Internacionalização dos Direitos Humanos	46
3.2 Conceituação e Distinção dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	49
3.3 A Proteção dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988	52
3.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental	52
3.3.2 A Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais	53
3.3.3 A Supremacia dos Direitos Humanos como Cláusula Pétreia	54
3.4 A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humano	55
3.4.1 A Natureza “Constitucional” dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos	55
3.4.2 A Aplicação Imediata dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos	57
3.5 As Divergências Doutrinárias em Razão Da Norma dos §§ 1º e 2º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988	60
3.6 Da Emenda Constitucional Nº 45 e a Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	62
3.6.1 A Hierarquia Supraconstitucional	65
3.6.2 A Hierarquia Constitucional	67
3.6.3 A Hierarquia Infraconstitucional e Supralegal	69
3.6.4 A Hierarquia Legal	71
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	78

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm ganhado nos últimos tempos notoriedade indiscutível, principalmente, devido ao crescente processo de conscientização social a respeito do assunto, o que leva a sociedade a se organizar e pleitear, cada vez mais, o cumprimento desses direitos, bem como lutar por sua ampliação e por mecanismos capazes de defendê-los, o que tem colaborado para o aumento da relevância do tema na esfera jurídica, social e política.

Esse senso de proteção e âmbito de atuação social na defesa dos direitos relativos a pessoa humana, tornou-se mais aguçado após a Segunda Guerra (1939 - 1945) Mundial, como resposta às atrocidades cometidas contra a pessoa humana, completamente esquecida em meio aos horrores bélicos da grande guerra. A partir de então, os Direitos Humanos passaram a ganhar relevância à medida que os países começaram a solidificar a sua democracia no bem-estar do indivíduo, que assumiu cada vez mais destaque na pauta dos assuntos políticos, sociais, econômicos e, sobretudo, jurídicos em face do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio básico formador do Estado Democrático de Direito.

No caso particular do Brasil, muito embora tenham sido dados passos significativos para a proteção dos Direitos Humanos no âmbito legislativo, por meio da devida adesão a vários tratados internacionais que cuidam do tema, ainda se verifica um vazio legislativo no tocante à incorporação e efetividade das normas internacionais de direitos humanos no âmbito interno.

Todavia a celeuma acerca da efetiva proteção nacional dos Direitos Humanos não restringe a omissão legislativo. A eficácia do dispositivo sobre os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos de que o Brasil é signatário, esbarra na divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, e, por conseqüência, gera uma incerteza a cerca da hierarquia assumida no ordenamento jurídico, ou seja, se seriam os tratados de direitos humanos normas constitucionais ou meras leis federais.

Foi nesse quadro de lacuna legislativa e de divergência doutrinária que se deu a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, popularmente conhecida como Reforma do Judiciário, objeto do presente trabalho. Em linhas gerais, cuidou a referida emenda de pôr termo à discussão acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é apresentar as alterações constantes no art. 5º da Constituição Federal de 1988, principalmente com a inclusão do § 3º no mesmo art. 5º, pela Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário” nº 45/2004, que só veio “acalorar” ainda mais o debate sobre a matéria, e ao final fazer um paradoxo das situações que envolvem as questões afetas aos Direitos Humanos, tomando como temática central as diversas hierarquias ou *status* concedido aos tratados internacionais de direitos humanos após a inclusão, acima mencionada, do § 3º do artigo 5º da Carta Magna.

1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

1.1 Do Conceito e dos Sujeitos de Direito Internacional

Até o final do século XIX, o direito internacional era definido como sendo aquele direito capaz de regular apenas as relações interestatais. Ou seja, seria “um complexo de normas que regulavam a conduta recíproca dos Estados, sujeitos de direito internacional”.¹ Nessa concepção, os sujeitos de direito internacional eram apenas os Estados, de modo que apenas eles seriam capazes de contrair direitos e obrigações estabelecidas pela ordem jurídica internacional.

Com a chegada do século XX, mais precisamente no primeiro pós-guerra, começam a ganhar projeção no cenário mundial as organizações internacionais, que são entidades formadas por sujeitos de direito internacional (quase sempre Estados) possuidoras de personalidade jurídica própria e que, portanto, podem adquirir direitos e contrair obrigações no âmbito internacional, inclusive por intermédio da celebração de tratados com outras organizações internacionais e com os Estados.

Notoriamente, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as organizações internacionais se consolidaram no plano internacional. Reorganizadas ou formalmente criadas a partir de acordos ou tratados das mais variadas áreas - como da segurança à economia, passando ainda pela extensa área social - possuíam a finalidade precípua de facilitar a cooperação técnica entre os Estados remanescentes às grandes guerras para que pudessem se recuperar.

E, sendo organismos compostos pela reunião de Estados soberanos com o objetivo de estabelecer a cooperação permanente entre os mesmos e a convivência pacífica, seja no aspecto diplomático, ou nos aspectos econômico, financeiro, social etc.; é evidente que para tanto, as organizações internacionais possuem *status* de sujeitos de direito internacional ao lado dos Estados Soberanos que a compõem e conseqüentemente são dotadas de personalidade jurídica internacional.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6ª ed., Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p 427.

Todavia, a personalidade jurídica das organizações internacionais é derivada, pois elas são uma criação do direito e só passam a existir a partir da realização de um ato jurídico válido (celebração de um tratado), que é o ato constitutivo que lhes dá “vida”. Já a personalidade jurídica dos Estados é originária, pois estes são uma realidade fática, ou seja, se caracterizam por ser um espaço territorial onde convive um grupo de seres humanos, cuja existência não está condicionada à existência de um ato jurídico constitutivo e não depende de vontades externas.

Com relação ao termo “organização internacional”, faz-se necessário esclarecer que no direito internacional o termo aplica-se tão somente as organizações de caráter governamental constituídas por Estados ou diretamente ligadas a ele. Desse modo, as entidades não-governamentais (ONGs), não possuem personalidade jurídica de Direito Internacional, pois não estão diretamente ligadas aos entes estatais, visto que apenas são constituídas por parcelas da sociedade civil - cidadãos ou empresas - e que por ventura podem possuir atuação internacional.

Atualmente, como principal exemplo de uma associação de estados, temos a ONU (Organizações das Nações Unidas), que é a maior organização internacional criada até hoje. De características supranacionais, possui a capacidade jurídica de celebrar tratados de caráter obrigatório (regidos pelo direito internacional) com os Estados e com outros organismos internacionais, e inclusive, detêm a prerrogativa de utilização de força militar sobre suas ordens.

Seguindo o contexto, também por advento das Grandes Guerras Mundiais, a comunidade internacional passou a considerar de maneira excepcional e indireta a inserção das pessoas naturais como sujeitos de direito internacional. Esta concepção inédita dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, repousaria na idéia de que, como todo Direito, o direito internacional é essencialmente uma regulamentação da conduta humana, ou seja, teria como objetivo primeiro assegurar o bem comum dos indivíduos na interdependência dos Estados através da soberania da pessoa natural, assim considerada porque no direito internacional há interesse de pessoas (jurídicas ou físicas) de diferentes países.

Por esse entendimento, a personalidade dos indivíduos no plano internacional passou a ser considerada, pois, mesmo que seja de maneira limitada, ela existe.

Prova disso seria a *responsabilidade* que os indivíduos, assim como os Estados possuem de responder no plano internacional por crimes de guerra e genocídio. Em tais situações, passam eles a ter direitos e obrigações, de modo que não se pode mais assegurar que somente os Estados sejam praticantes de ilícitos internacionais e como tal, os únicos sujeitos de direito internacional público. Um exemplo prático dessa condição foi o Tribunal de Nuremberg, instituído para julgar os crimes cometidos na 2ª Guerra mundial pelos nazistas, que acabou chegando a conclusão de que “crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes”.²

Assim, parece cabível o homem ser considerado sujeito de direito internacional, primeiro, porque a própria dignidade da pessoa humana leva a ordem jurídica internacional a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los, segundo, porque a própria noção de Direito, revela-se como sendo obra do homem para o homem.

Porém, não há um consenso entre os doutrinadores a respeito do rol dos sujeitos de direito internacional. Para alguns, dentre os quais destacamos o brasileiro Celso de Albuquerque Mello, a conceituação de sujeito de direito no direito internacional seria idêntica à conceituação de sujeito de direito no direito interno, ou seja, são sujeitos de direito internacional aqueles que têm direitos ou obrigações perante a ordem jurídica internacional.

Esses doutrinadores distinguem a personalidade jurídica da capacidade de agir, que diz respeito à realização de atos válidos no plano jurídico internacional. Assim, para eles é perfeitamente possível a existência de sujeitos de direito internacional incapazes, à semelhança do que ocorre com as crianças no direito interno, que, apesar de serem sujeitos de direito, não possuem capacidade de exercê-los, devendo ser representadas por alguém capaz. Essa corrente doutrinária considera o ser humano e as empresas transnacionais como sujeitos de direito internacional público.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pag. 16.

Já uma segunda corrente, cujo principal expoente brasileiro é José Francisco Rezek, entende que, para que alguém possa ser qualificado como pessoa internacional, faz-se necessário o crivo do Estado para lhe outorgar a capacidade de agir no plano internacional; ao passo que, somente dessa maneira, adquirirá a prerrogativa de reclamar nos foros internacionais a garantia de seus direitos. Para essa corrente, são sujeitos de direito apenas os Estados soberanos (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as organizações internacionais.

Rezek salienta que nem a instalação do Tribunal Penal Internacional em Haia transforma o homem em sujeito de direito internacional, uma vez que não há, para esse autor, uma relação direta entre o indivíduo e o Direito Internacional, pois a submissão do indivíduo ao julgamento do tribunal pressupõe o consentimento (seja pela adesão ao tratado, seja um consentimento para o caso específico) do Estado territorial do crime ou do Estado de origem do réu, senão de ambos.

Com precisão da verdade, ainda não se encontra consolidada a ampliação do rol dos sujeitos de direito internacional, visto que a doutrina não é pacífica no entendimento de que as pessoas humanas façam parte deste rol, como assim assevera Francisco Rezek, para quem:

Não têm personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos, e tampouco as empresas privadas ou públicas. (...) Muitos são os textos internacionais votados à proteção do indivíduo. Entretanto, a flora e a fauna também constituem objeto de proteção por normas de direito das gentes, sem que se lhes tenha pretendido, por isso, atribuir personalidade jurídica.³

Não obstante a esse pensamento, atualmente, o posicionamento de que a pessoa humana possui personalidade jurídica internacional vem ganhando mais espaço na medida em que as normas de direito internacional cada vez mais incorporam elementos que se mostram próprios ou inerentes ao reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa natural, como por exemplo, a capacidade processual dos indivíduos para fazer valer seus direitos, incluindo o direito de petição ou, em situações *ad hoc*, a responsabilidade penal dos indivíduos perante organismos ou tribunais internacionais.

³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146.

Tal entendimento é defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade, que argumenta:

(...) Ora, se o direito internacional contemporâneo reconhece aos indivíduos os direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento.⁴

Por fim, é oportuno mencionar o pensamento de Maria do Carmo Puccini Caminha, citada por Valério de Oliveira Mazuolli, que destoa:

Negar ao indivíduo personalidade internacional equivale a negar-lhe o acesso a uma série de institutos jurídicos e também, por via de consequência, o julgamento de quem porventura violar os direitos que lhe são inerentes.⁵

Diante da ampliação do rol dos sujeitos de direito internacional, podemos conceituar o direito internacional como sendo um direito que se ocupa da conduta dos Estados e dos organismos internacionais, das suas relações entre si, bem como de algumas possíveis relações com pessoas naturais ou jurídicas. Ou seja, o direito internacional é um complexo de princípios e normas que regulamentam tanto as relações entre nações, destas com qualquer agrupamento internacional, como também as relações destas com os indivíduos.

1.2 Os Tratados como Fontes do Direito Internacional

Doutrinariamente, o termo “fonte” na acepção jurídica, pode ser definido como o lugar donde provém a norma de direito. Nos dizeres de Norberto Bobbio: “fontes são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”.⁶ Tratar de fonte do direito internacional, então, é

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional*. ANNONI, Danielle (Org.). Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 6.

⁵ CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit, pag. 19.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1996, p. 45.

tratar da “procedência”, tratar de onde promana, de onde se origina e como se exterioriza as normas jurídicas de direito internacional.

Nessa perspectiva, faz-se importante levar em consideração o âmbito de atuação das normas jurídicas de direito internacional, que podem gerar efeitos apenas internamente nas delimitações de um território ou nação, como de uma maneira mais abrangente, ao estabelecer um vínculo de reciprocidade entre vários Estados soberanos regidos por uma mesma conduta jurídica. Assim, podemos classificar as suas fontes em fontes internas e externas, as primeiras correspondentes ao conjunto de normas de direito interno de cada Estado, que são basicamente: a *Constituição*, as *Leis* (provenientes de processo legislativo), e a *Jurisprudência* (decisões dos tribunais de caráter obrigatório).

Por sua vez, as fontes externas correspondem ao conjunto de normas consuetudinárias e convencionais de caráter obrigatório que regem as relações, diretas ou indiretas, entre Estados e organismos internacionais. Assim temos: os *tratados* ou *convenções*, resultantes de acordos entre os Estados; e os *usos* ou *costumes jurídicos internacionais*, que consistem na observância constante de uma norma reguladora de relações internacionais, tais como os atos diplomáticos, as sentenças proferidas por tribunal internacional, a prescrição governamental adotada por várias nações, as leis e sentenças nacionais atinentes a uma relação internacional, etc.

De acordo com o doutrinador Celso D. de Albuquerque Mello: “os tratados são considerados atualmente a principal fonte do direito internacional, não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles”.⁷ Ainda seguindo o seu raciocínio, o doutrinador ensina que os tratados só podem ser definidos por seu “aspecto formal”, pois todos os assuntos inerentes a ele são regulamentados por normas convencionais de caráter internacional.

Nesse sentido, faz oportuno esclarecer o conceito de “fontes formais” do direito internacional, que constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta,

⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 1º vol., 6º ed., Rio: Freitas Bastos, 1979, p. 157.

isto é, os processos pelos quais se “forma” as normas jurídicas. Diferencia-se das “fontes materiais” que são os elementos históricos, sociais e econômicos que acarretam o aparecimento das fontes formais, ou seja, são os motivos oportunos ou circunstanciais que ensejam a criação das fontes formais.

No caso dos tratados como fontes formais, são exigidas certas “formalidades” pra sua propositura. Num primeiro momento deve se observar certos aspectos para a sua validade, como: a capacidade das partes contratantes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e o objeto ser lícito e possível. Observados esses parâmetros, para que o tratado seja concluído é preciso que se atravesse um processo de formação que consiste em várias fases, a saber: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Dos requisitos e do processo de formação dos tratados falaremos mais na frente.

Continuando, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, apresenta as fontes formais ou fontes primárias do Direito Internacional:

Art. 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as Convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito, reconhecidas pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59 (segundo o qual "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão"), as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁸

O rol do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, é considerado a enumeração mais aceita pelos doutrinadores de direito internacional. Como podemos perceber, relacionam-se entre as fontes as convenções, os costumes e os princípios gerais de direito, fazendo referência, também, à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, o que permite considerar, sob certas condições, a possibilidade do emprego da equidade.

⁸ *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, Artigo 38.

É importante esclarecer que, nessa enumeração, seus redatores não tiveram em vista o estabelecimento de uma ordem hierárquica que marcasse a superioridade entre as citadas fontes. Porém, alguns doutrinadores estabelecem prioridade dos tratados sobre o costume internacional, e do costume sobre os princípios gerais de direito. Na prática, o que acontece é que os Estados seguem os preceitos do acordo pactuado, não importando qual seja a norma de direito internacional. É o que se chama de princípio fundamenta da sociedade internacional ou “Pacta Sunt Servanda”, que poderíamos definir como “aquilo que foi pactuado deve ser cumprido”.

Segundo José Carlos Evangelista de Araújo e Lucas de Souza Lehfeld:

(...) não há hierarquia entre as normas de Direito Internacional público, mas sim diretrizes que lhes proporcionam orientação quanto à sua aplicabilidade e limitação. (...) o Direito Internacional público e seus principais instrumentos normativos, como os tratados internacionais, fundamentam-se no consentimento. Os Estados apenas se subordinam àquele direito que propriamente construíram e legitimamente reconhecem. Trata-se do consagrado *pacta sunt servanda*, princípio que, embora atualmente seja observado com ressalvas em virtude da dinamicidade das relações internacionais – muitas vezes submetidas a situações imprevistas – ainda é pedra angular na formulação e execução dos tratados internacionais.⁹

Já para alguns doutrinadores, a enumeração acima é incompleta. Os mais modernos estudiosos têm incluído os atos unilaterais como fonte, havendo outros que mencionam, ainda, a lei internacional (decisões das organizações internacionais). Como exemplo de ato unilateral, podemos citar o caso dos Testes Nucleares (Austrália e França), em 1974, quando a Corte Internacional de Justiça (CIJ) considerou como ato jurídico a declaração do governo francês de sua intenção de não realizar ensaios nucleares no Pacífico Sul, estando a França obrigada a tal ato. Já como exemplo de leis internacionais, poderemos citar as resoluções da ONU (Organização das Nações Unidas).

⁹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 846, p. 98, abr. 2006.

1.3 A Conceituação dos Tratados Internacionais

Na doutrina brasileira, existem várias conceituações de tratados internacionais. Na definição de José Francisco Rezek, “(...) é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”¹⁰ Já Alexandre de Moraes salienta que: “Tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos.”¹¹

Porém, o conceito mais universalmente aceito é o da Convenção de Viena de 1969, que é considerada a norma internacional orientadora na elaboração dos tratados internacionais, e define tratado como sendo “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular (artigo 2º, I, alínea a).”

Vale constar que, segundo a Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, em seu art. 2º: “É condição essencial nos tratados a forma escrita”, exigência seguida também pela Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados. Observamos assim, que a *forma escrita* é um elemento fundamental de constituição dos tratados, o que afasta a possibilidade da oralidade, muito embora há quem diga que os acordos orais também têm validade.

Por essas noções, está bem claro que o termo “tratado” se refere a um acordo firmado tão-somente por meio de forma escrita e não importando qual denominação lhe seja atribuída, sendo, pois, uma expressão *genérica*, como bem comenta Hildebrando Accioly:

Outro ponto importante consolidado pelas duas convenções é que a palavra *tratado* se refere a um acordo regido pelo direito internacional, “qualquer que seja a sua denominação”. Em outras palavras, *tratado* é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, (...).¹²

¹⁰ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 14.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 460.

¹² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23-24.

Sendo assim, por tudo exposto até agora, podemos conceituar tratado internacional como sendo todo o acordo jurídico internacional, escrito e formalmente estabelecido, que se destina a criar, adquirir, resguardar, transferir, modificar direitos ou obrigações entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, a saber: os Estados, as Organizações Internacionais governamentais, as coletividades não-estatais (religiosas, como a Santa Sé, ou econômicas, que são as transnacionais), e a pessoa humana, “desde que possuam plenos direitos e deveres no âmbito do Direito Internacional”, como por exemplo, os Chefes de Estados, Chefes de Governo, Ministros das Relações Exteriores, Embaixadores, diplomatas, etc.

Para se evitar equívocos, deve-se fazer uma ressalva a respeito das pessoas humanas e das entidades não-estatais, pois, embora possam, em algumas “circunstâncias”, serem considerados sujeitos de direito internacional, essas entidades por natureza possuem uma capacidade “limitada” e não podem estabelecer qualquer tipo de tratado ou acordo em qualquer ocasião; ao contrário dos Estados e Organizações Internacionais que possuem capacidade ilimitada para tal.

1.4 Terminologia

Como visto, a expressão tratados internacionais é uma expressão genérica, que se dá a todos os atos internacionais escritos, convencionados entre dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinados a produzir efeitos jurídicos. Nesse sentido, existe uma quantidade expressiva de variantes terminológicas usadas na doutrina, relativas a tratado: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo, regulamento etc. Todos estes termos são expressões sinônimas de uso livre e aleatório, pois no geral se referem à idéia de tratado em seu sentido amplo.

Ocorre, porém, que em determinadas situações essas terminologias são utilizadas para designar circunstâncias específicas, como por exemplo:

- a) Declaração: se destina a tratado que contempla princípios jurídicos, não sujeita a ratificação e de sanção apenas moral, caso seja violada, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948;
- b) Convenção: expressão comumente empregada nos acordos que criam ou estabelecem normas gerais de direito internacional, como por exemplo: a *Convenção de Havana* de 1928, que regulamenta as Condições dos Estrangeiros etc.;
- c) Carta: normalmente utilizada para estabelecer os instrumentos constitutivos de organizações internacionais (por ex.: *Carta das Nações Unidas*), podendo também ser utilizado para acordos solenes que estabeleçam direito e deveres entre Estados-partes;
- d) Armistício: é um tratado de paz temporário, como o *Armistício de 11 de novembro de 1918*, que pôs fim à 1ª Grande Guerra;
- e) Protocolo: serve para designar acordos menos formais que os tratados, geralmente fazem referência a acordos de tratados anteriores, convenções já existentes ou simplesmente a ata final de uma conferência internacional, como por exemplo, o *Protocolo de Kyoto*, resultante de uma série de eventos iniciada no Canadá em 1988 e implantado de forma efetiva em 1997 na cidade de Kyoto no Japão.
- f) Pacto: faz referência a atos solenes, podendo ser utilizados também, para restringir o objetivo político de um tratado já existente, como por exemplo: o *Pacto da Liga das Nações* que figurou nos tratados de paz de 1919-1920 pós Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Às vezes o termo é utilizado como cognome de tratado, a exemplo do *Pacto de Varsóvia*, de 1955.
- g) Compromisso: destinado a buscar solução de conflito superveniente pela via da arbitragem;
- h) Concordata: que é um tratado de assuntos religiosos, do qual é parte a Santa Sé. Caso a Santa Sé celebre um tratado qualquer que tenha outro objeto, esse não será chamado de concordata;
- i) Cartel: que tanto significa um tratado pela troca de prisioneiro de guerras, como um pacto para a limitação de concorrência no comércio internacional;

- j) Modus vivendi: termo que se refere à acordos temporários ou provisórios que visam a assegurar a situação atual das coisas até que a constituição definitiva de um fato ou situação desejada venha a se consolidar;
- k) Arranjo: é empregado para acordos concluído provisoriamente;
- l) Gentlemen's agreements: que são os “acordos de cavalheiros” regulados pela conduta moral, cujo respeito repousa sobre a “honra” dos seus pactuantes;
- m) Acordo de sede: termo é usado para os tratados celebrados entre uma organização internacional e um país. Seu objeto é a instalação física.

Muito embora sejam de fácil assimilação esses conceitos, na prática o uso inapropriado e impreciso dessas terminologias podem levar a um entendimento errôneo de seus significados, como ocorre no *caput* dos artigos 96 e 98 do Código Tributário Nacional ou na nossa Carta Magna em seu artigo 84, inciso VIII, que se utiliza da fórmula “tratados e convenções internacionais” para exprimir o mesmo objetivo jurídico, o que induz ao leitor desavisado à idéia de que os dois vocábulos prestam a designar coisas diferentes, quando na verdade são sinônimos perfeitos.

1.5 Requisitos de Validade dos Tratados Internacionais

Para que os tratados sejam considerados válidos em âmbito internacional, é preciso que se observe 04 requisitos de validade, que são: a capacidade das partes contratantes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e o objeto ser lícito e possível.

Com relação à capacidade das partes contratantes, como já vimos, a regra geral é que todos os Estados¹³ e as organizações internacionais governamentais possuem capacidade para concluir tratados, já os demais entes poderão exercer o direito de convenção para determinadas matérias em certas ocasiões. E nesse entendimento, lembra Hildebrando Accioly, que:

As Convenções de Viena de 1969 e de 1986 tiveram o grande mérito de estabelecer que o direito de firmar tratados deixou de ser atributo exclusivo dos Estados e pode ser exercido também pelas demais pessoas internacionais, sendo que em 1986 ficou ainda esclarecido que tal direito

¹³ Convenção de Viena de 1969, Artigo 6º.

pode ser exercido por sujeitos do direito internacional que não os Estados e organizações intergovernamentais (...).¹⁴

O segundo requisito correspondente a habilitação dos agentes signatários, trata das pessoas que estão habilitadas a assinar o tratado, ou seja, dos representantes dos Estados que devem apresentar *plenos poderes* para negociar e concluir os acordos (art.2º, inciso I, alínea “c” da Convenção de Viena). Esses negociadores são chamados de “plenipotenciários” e adquirem poder de negociação e representação internacional através da *carta de pleno poderes* concedida pelo Chefe de Estado ou pelo Ministro das Relações Exteriores. A assinatura por pessoa não habilitada faz com que o tratado não tenha seus efeitos legais, até que o mesmo seja ratificado pelo Estado, como dispõe o artigo 8º da Convenção de Viena.

Nos termos do artigo 7º, §2º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estão dispensados da carta de plenos poderes, entre outros, os chefes de Estado e de Governo, os Ministros das Relações Exteriores e o chefe da missão diplomática junto ao Estado em que se encontram acreditados (autorizados, reconhecidos). No caso do chefe da missão diplomática, ele somente pode ser agente signatário de tratados entre o Estado acreditante e o acreditado.

Por sua vez, no que concerne ao objeto lícito e possível, as negociações devem visar algo realizável, possível de se concretizar e que seja permitido pelas normas de direito e pelos preceitos da moral. O tratado que violar uma norma imperativa do Direito Internacional geral é considerado *nulo*, como dispõe o art. 53 da Convenção de Viena de 1986:

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional da mesma natureza.¹⁵

¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 23.

¹⁵ *Convenção de Viena de 1986*, Artigo 53.

Sendo assim, nenhum tratado pode ferir a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), sob pena de nulidade, como por exemplo: a celebração de um tratado que viole os direitos humanos, será considerada nula. E também, nenhum tratado pode ter um objeto que contrarie a moral, nem deve tratar de algo inexecutável. Neste caso, a parte prejudicada, ou ambas as partes podem pôr fim àquele tratado.

Por fim, com relação ao consentimento mútuo, cabe afirmar que o consentimento de um Estado é um ato de vontade própria pelo qual declara obrigarse ao tratado firmado e quando entrar em vigor se tornará norma legal em seu ordenamento jurídico. Todavia, o acordo de vontade entre as partes não deve sofrer nenhum tipo de vício, quais sejam erro, dolo, corrupção e coação (artigos 48, 49, 50 e 51 da Convenção de Viena de 1969), bem como não deve afrontar a norma de direito público interno.

Aqui cabe uma ressalva, no caso das negociações coletivas em que há uma pluralidade de Estados participantes, a adoção do texto efetua-se pela maioria dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados resolverem, por igual maioria, aplicar regra diversa, tendo em vista o disposto no artigo 9º, parágrafo 2º, da Convenção de Viena de 1969.

Artigo 9º - Adoção do texto

1. A adoção do texto de um tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados participantes na sua elaboração, salvo o disposto no parágrafo 2.

2. A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se por maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, a menos que estes Estados decidam, por igual maioria, aplicar uma regra diferente.¹⁶

1.6 O processo de formação dos tratados internacionais

Sendo os tratados documentos de cunho político constituídos geralmente por atos solenes, é evidente que para a sua constituição exista uma série de formalidades interdependentes e sucessivas por meio das quais um Estado

¹⁶ *Convenção de Viena de 1986, Artigo 9º.*

expressa em âmbito internacional a sua concordância e consentimento em obriga-se por um acordo internacional.

Essas regras são de exercício livre de cada Estado participante e cada um possui a sua sistemática própria para a celebração de um tratado. É por isso que as exigências constitucionais a cerca do processo de formação dos tratados chegam a ser rigorosamente diferentes, fato que influencia substancialmente no cumprimento efetivo de um acordo internacional.

Diante dessa circunstância, o processo de formação dos tratados pode ser analisado sob o ponto de vista externo e interno. No âmbito externo, o processo de formação é constituído pelas seguintes fases: a) as negociações preliminares; b) assinatura ou adoção; c) ratificação ou adesão do texto; d) registro e publicação.

1.6.1 Das negociações preliminares:

As negociações preliminares constituem a fase inicial em que os Estados participantes (partes) convencionam os termos a serem negociados no tratado internacional. As negociações que envolvem tratados bilaterais ocorrem por meio de *troca de notas diplomáticas* (de caráter informal) de um país para o outro ou por meio de contatos diretos entre as suas missões diplomáticas ou comissões especiais, que se reúnem em um dos Estados contratantes e convencionam o acordo; no caso de negociações multilaterais, a negociação coletiva poderá ocorrer no seio de uma *Organização Internacional* ou com a convocação de uma conferência internacional formado para o referido fim.

Nas negociações, os Estados signatários discutem se concordam ou não com os pontos convencionados no acordo e ao final da negociação exteriorizam a sua vontade. Nesse momento, a negociação pode ocorrer por concessões mútuas ou por unanimidade e caso entrem em comum acordo, tem-se concluída a redação do tratado.

Entretanto, isso não significa que as partes estejam forçadas a aderir ao que foi estipulado, mas apenas que todos estão de acordo com os termos do texto é que

presume-se a sua autenticidade. Ou seja, com a negociação ainda não se tem a expressão de consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo à negociação. Concluídas a fase de negociações e cessadas todas as diferenças, procede-se à assinatura.

1.6.2 Da assinatura ou adoção:

No Brasil, de acordo com o art. 84, inciso VIII da CF/88, vemos que compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais. Porém, não sendo função exclusiva, cabe também ao Ministério das Relações Exteriores auxiliar no desenvolvimento da política externa brasileira (§ único, art. 1º do Anexo I do Decreto n. 2.246/97). No caso, as missões diplomáticas são as responsáveis pela tarefa de preparar o texto do tratado internacional, sendo quase sempre compostas de diplomatas de carreira e de especialistas sobre a matéria a ser tratada. Esses sujeitos são chamados de *plenipotenciários* e recebem do Chefe de Estado uma *carta de plenos poderes* pela qual podem representar o Estado na negociação, na assinatura ou na autenticação do texto de um tratado.

É através da assinatura que se completa o ciclo das negociações. Nessa fase o texto ganha autenticidade, os Estados manifestam a sua vontade em prosseguir com o acordo internacional e a partir de tal momento o tratado passa a produzir efeitos jurídicos vinculantes. Nessa fase não se permite que se faça qualquer alteração ao texto convencionado, sendo, contudo, possível que as partes apresentem “reservas” ao texto final na ocasião de sua assinatura.

O art. 2º, § 1º, *d*, da Convenção de Viena, conceitua *reserva* como sendo “uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado”. Diante de uma reserva, o Estado não possui o intuito de se eximir-se totalmente da obrigação firmada, mas somente dirimir os efeitos jurídicos do tratado com relação a determinado conteúdo que lhe venha ser prejudicial.

O art. 7º, § 1º a Convenção de Viena, dispõe que a adoção (assinatura) ou autenticação do texto de um tratado, para a manifestação de consentimento de um Estado em obriga-se pelo mesmo, é válida quando efetuada por uma pessoa que é detentora de “plenos poderes” para tal. Como já mencionado, no Brasil (por ser uma República Federativa com regime presidencialista), o Presidente acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo e dessa maneira detêm a competência privativa para assinar tratados internacionais, sendo que esse ato formal de assinatura também pode ser realizado pela figura dos *plenipotenciários* através da carta de plenos poderes firmada pelo Chefe de Estado ou pelo Ministro das Relações Exteriores.

Ainda de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o art. 12 estabelece uma situação em que a assinatura do tratado pode ter valor definitivo quando as partes concordarem de alguma maneira nesse sentido.

Por esta feita, a fase de assinatura do tratado, dependendo do acordo, poderá representar: 1) uma simples expressão de vontade de dar continuidade ao procedimento ou; 2) o aceite definitivo em aderir aos termos do acordo firmado. Aqui cabe uma observação: no primeiro caso, é importante notar que, quanto à eficácia das normas internacionais, a assinatura gera apenas um “compromisso de caráter moral com relação aos demais signatários”, não significando necessariamente uma obrigação jurídica na ordem externa ou interna de cada país pactuante.

Já na segunda situação, a assinatura apresenta uma importância muito maior no contexto internacional, já que o Estado soberano deverá obrigatoriamente ratificar o tratado e aderir definitivamente aos termos convencionados. Aqui, os Estados firmam aquilo que foi amplamente discutido e expressam sua vontade diante das demais pessoas jurídicas internacionais envolvidas e conseqüentemente respondem internacionalmente por seus atos.

1.6.3 Da ratificação ou adesão do texto:

Após a assinatura, inaugura-se nova fase no processo de formação dos tratados internacionais, que é a fase de ratificação. Nessa etapa o sujeito de direito internacional, signatário do tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de se obrigar, ou seja, confirma-se a assinatura anteriormente posta.

A ratificação é concedida por meio de um documento que se chama de “carta de ratificação” e o poder competente para efetuar a ratificação é fixado livremente por cada Estado. No Brasil, a competência é dividida entre o poder Executivo e o Legislativo, já que é obrigatória a intervenção do Congresso em todos os tratados (art. 49, inciso I da CF/88).

Assinado o tratado pelos plenipotenciários, deve ser ele submetido, no caso brasileiro, à apreciação e aprovação do Poder Legislativo. Uma vez, *aprovado* pelo poder Legislativo, ele retorna ao Poder Executivo para a sua *ratificação*. Muitos pensam que o termo ratificação é de competência do Poder Legislativo, o que importa em grave erro conceitual, uma vez que Parlamento não tem voz exterior. Logo, não pode “confirmar” compromisso que não assumiu em nome do Estado soberano. Deve-se, então, ser registrado que, no sistema brasileiro, a ratificação é ato do Poder Executivo que exige a apreciação e a autorização do Legislativo.

Utiliza-se, ainda, de forma equivocada, o termo ratificação para denominar a aprovação interna do tratado, a chamada “ratificação no sentido constitucional”. Também é um equívoco, já que a ratificação é ato *externo*, ou seja, é um ato internacional e não se pode falar em ratificação de direito interno, como querendo significar a aprovação dada pelo Legislativo ao tratado internacional ou a promulgação do mesmo internamente.

Devemos ter sempre em mente que, para ratificar um tratado internacional, o chefe do Poder Executivo brasileiro deve estar autorizado pelo Congresso Nacional, pois assim desejou o legislador constituinte, conforme dispõem os artigos 49, I e 84, VIII, de nossa Constituição. Uma das justificativas para essa aprovação do Legislativo é a necessidade de se prevenir o surgimento de possíveis controvérsias sobre um eventual abuso ou excesso de poder, por parte do plenipotenciário,

reduzindo significativamente a margem de argüição de erro, dolo, corrupção ou coação, já que o texto será examinado novamente antes do ato de ratificação.

Por esse caminho, a ratificação revela-se como sendo uma atividade discricionária do Estado. Portanto, caso o Estado não ratifique um acordo, mesmo após a aprovação do Parlamento, ele não comete nenhum ilícito internacional, sob o pretexto de prevalência dos interesses superiores do Estado Soberano.

Porém, se for ratificado o tratado, a ratificação é irretratável, mesmo que o acordo ainda não tenha entrado em vigor. Essa ratificação deve ser expressa (não cabe ratificação tácita) e que só se completa com a comunicação formal à outra parte do ânimo definitivo de ingressar no domínio do tratado. Nos pactos bilaterais, a comunicação formal à outra parte ocorre, geralmente, com a troca dos instrumentos de ratificação (comunicação de que ratificou o tratado). Nas negociações coletivas, costuma-se nomear um país ou um órgão que irá receber e arquivar os instrumentos de ratificação. É o chamado depositário. É basicamente uma secretaria que vai comunicando aos países signatários a evolução das ratificações. No caso de tratados que só entram em vigor após um *quorum* mínimo, o depositário controla e informa quando este *quorum* for atingido.

1.6.4 Do registro e da publicação:

Depois de aprovado pelo Poder Legislativo e ratificado pelo Chefe do Poder Executivo, o tratado está apto a ser publicado e registrado no âmbito internacional. A publicação é condição essencial para validade do tratado internacional perante os demais Estados pactuantes, pois, fica oficializada perante, a todos, o conhecimento de que a outra parte tem a intenção definitiva de se submeter à esfera jurídica do tratado.

Essa publicação no plano externo ocorre através da comunicação, por parte do novo Estado pactuante, a todos os outros Estados signatários, da sua plena adesão aos termos do acordo e através do “registro internacional”. O registro internacional é o ato realizado diante da ONU pelo qual se afirma que o novo país signatário resguardará as responsabilidades internacionais perante o tratado que foi

convencionado. O registro é um requisito estabelecido na Carta da ONU e tem por objetivo fazer com que qualquer Estado pactuante possa invocar para si, junto à organização, os benefícios do tratado ou auxílio para solucionar quaisquer divergências.

É após a publicação e a adesão de todos os Estados pactuantes que o tratado internacional passa a ser apto a ter vigência internacional. Segundo a Convenção de Viena, um tratado entra em vigor na forma e na data previstas pelos Estados negociadores (art. 24, §1º). Na ausência de tal dispositivo, dispõe a convenção que o tratado somente entrará em vigor assim que o consentimento em “obrigar-se” pelo mesmo tiver sido manifestado por todos os Estados negociadores (art. 24, § 2º).

No Brasil, para que os tratados possam ser exigíveis no âmbito interno, é preciso analisar outras duas fases bem distintas, a saber: a) aprovação parlamentar; e b) promulgação e publicação.

1.6.5 Aprovação Parlamentar:

Como já comentado, uma vez assinado no plano internacional o tratado pelo Presidente da República ou por qualquer um dos capacitados a *plenipotenciários*, ele deve ser encaminhado ao órgão constitucionalmente incumbido de sua apreciação e aprovação interna, que no Brasil é o Congresso Nacional, sendo o Decreto Legislativo (CF, art. 59, VI) o instrumento legislativo de sua autorização.

Esse Decreto, embora siga quase o mesmo rito ordinário destinado a criação de lei, em nada se equipara com ela, ou seja, se diferenciam tanto materialmente como formalmente, pois, no Decreto Legislativo, não há a participação do Presidente da República, que não pode manifestar veto ou sanção, enquanto que a lei em sentido estrito requer a participação de ambos os poderes.

Aliás, a expressão “decreto legislativo” remete exclusivamente aos atos de competência exclusiva do Poder Legislativo, ou seja, o uso da expressão serve pra denominar os atos não sujeitos a sanção presidencial e de matéria de sua exclusiva competência (CF, art. 49).

Dessa maneira, a aprovação do texto internacional pelo Legislativo se justifica pela função fiscalizadora que exerce em relação aos atos do Executivo. Porém, tal apreciação não é capaz de criar uma norma de obediência interna ou vincular o Presidente da República a ratificar o tratado, pois se trata apenas de uma etapa do processo de formação do ato internacional.

E, dependendo da natureza jurídica de tal ato internacional, a aprovação parlamentar poderá ocorrer de duas maneiras distintas, sendo que em ambas as situações o texto deve tramitar pelas Comissões de cada Casa Legislativa, começando pela Câmara dos Deputados (art. 64, CF). Então, caso se trate de matéria que verse sobre "tratado comum" (ou seja, que não versem sobre direitos humanos), pela regra geral do artigo 47 da Constituição, o texto será aprovado por maioria simples dos membros das duas Casas. Isso porque, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 e a entrada em vigor do § 3º do art. 5º, se passou a determinar que os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, deverão ser votados em dois turnos por cada Casa do Congresso Nacional mediante a aprovação de três quintos dos membros em cada uma.

Posteriormente, aprovado o texto internacional seguindo o rito adequado, será emitido um Decreto Legislativo pelo Presidente do Congresso Nacional autorizando o Presidente da República a ratificá-lo ou arquivá-lo, pois o nosso ordenamento jurídico não estabelece prazo para que o Presidente ratifique o tratado. Isso porque a autorização do Congresso Nacional não obrigará o Chefe do poder Executivo a ratificar o tratado, uma vez que a ratificação é ato discricionário do Chefe de Estado. Com relação a isso, Flávia Piovesan faz uma oportuna observação:

(...) cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I e 84, VIII) traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para afrontar ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, assinada pelo estado Brasileiro

em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de apreciação parlamentar.¹⁷

Por tal sentido, também podemos perceber facilmente que a aprovação parlamentar não obriga o ato internacional no plano de direito positivo interno, sendo necessária para isso a ratificação presidencial. Nesse sentido, argumenta Gilmar Ferreira Mendes: “este ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação”.¹⁸

Em importante julgado tratando do assunto, o Superior Tribunal Federal ao analisar caso concreto em que tratado não contava com promulgação por meio de Decreto Executivo, assim manifestou-se em voto do Ministro Relator Celso de Mello no julgado de 17/06/1998:

A questão da exequibilidade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno – (...) – supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo no plano do direito internacional público tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p.3/16, 1958, Daloz, Paris”) como mera “*discussion d’école*”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma intelectual não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para torna-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

(...)

O sistema constitucional brasileiro – que não exige a incorporação de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de exequibilidade doméstica – dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).¹⁹

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 168.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, AGR-CR 8227-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, DJ 10-08-2000, p. 57.

Com isso, podemos definir que em face da edição de Decreto Executivo pelo Presidente da República, derivam três conseqüências básicas no âmbito interno, que são que são: “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”.²⁰ Já no plano externo, temos a ratificação do tratado e a vinculação jurídica por seus efeitos. Porém, a ratificação não ocorre exatamente através do Decreto do Executivo, mas através de instrumentos internacionais próprios; já que por sua natureza, o próprio decreto não possui força normativa internacional. De qualquer maneira, temos que o decreto presidencial possui duplo efeito, considerando a esfera jurídica interna e externa.

1.6.6 Promulgação e Publicação:

Depois da ratificação (ato internacional), somente após a promulgação e publicação (atos internos) do Decreto Presidencial, é que os tratados internacionais passam a vigorar no Brasil. É, pois, pelo decreto de promulgação que se atesta a existência de uma norma jurídica internacional vigente no nosso sistema pátrio.

Deve-se esclarecer que a promulgação não transforma direito internacional em direito interno, apenas torna oficial a existência de uma norma alienígena em nossa esfera normativa. Inclusive, é bom esclarecer que na nossa Carta Magna, não se encontra, taxativamente, qualquer tipo de procedimento expresso nesse sentido. E, segundo Hans Kelsen, tem-se que “o direito internacional só necessita de transformação em direito interno quando essa necessidade é formulada pela Constituição.”²¹

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI-MC 1480-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001, p. 429.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p.367.

Nas palavras de Celso Albuquerque de Mello ao ser citado por Hidelbrando Accioly, a promulgação constitui:

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 a sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal.²²

Por sua vez, a publicação consiste em ato indispensável que visa dar conhecimento a todos do decreto de promulgação e fixar seu início de vigência, ficando a partir de tal momento, todos obrigados a obedecer ao tratado válido no âmbito interno. Contudo, quando não estipulado o período de sua vigência, se aplica a norma geral do art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil, que dá 45 dias de prazo para o início desta vigência.

A publicação do texto do Tratado e do respectivo Decreto Executivo (que incorpora o tratado ao nosso ordenamento jurídico e assegura garantia de vigência perante o judiciário) ocorre no Diário Oficial da União. Essa publicação interna não se confunde com o procedimento de publicação externa na fase de registro, visto que na esfera nacional a publicação é regulamentada pelo Decreto n. 96.671/88, enquanto que o *direito das gentes* rege se por instrumentos de direito próprio.

Por fim, a promulgação e a publicação no sistema brasileiro, segundo bem acrescenta Mazzuoli, “compõem a fase integratória da eficácia da lei, vez que atestam sua doação pelo Poder Legislativo, certificam a existência de seu texto, e afirmam, finalmente, seu valor imperativo e executório”.²³

Porém, é de extrema importância observar que a promulgação de Decreto Presidencial para validação e eficácia de norma exterior, só vale para os tratados de cunho tradicional ou comum, visto que, com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, não se faz necessário a promulgação do referido decreto, já que

²² ACCIOLY, Hildebrando *Apud* MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: Uma introdução*. (Constituição de 1988, revista em 1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.219.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pag. 179.

tais tratados possuem aplicabilidade imediata por força do § 1º do art. 5 da Constituição Federal.

De acordo com Rezek:

No Brasil *promulgam-se* todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato de publicidade. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, aqueles que prescindiram de referendo parlamentar e da ratificação do Presidente da República, (...).²⁴

Da mesma maneira, temos diferenciação na hierarquia dos tratados em nosso ordenamento jurídico, tema principal de nosso estudo que será abordado em capítulo específico. Uma vez obedecidos todos os requisitos, os tratados internacionais comuns passarão a vigora com o *status* de lei ordinária. Já os tratados internacionais de direito humanos terão *status* das emendas constitucionais, se forem aprovados obedecendo ao *quorum* do §3º do artigo 5º da CF.

²⁴ REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio: Forense, 1984. p. 385.

2 DO CONFLITO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO E A POSIÇÃO DO BRASIL

2.1 DA OPOSIÇÃO ENTRE MONISMO E DUALISMO.

A dificuldade inicial da temática consiste em saber se o direito internacional público e o direito interno são dois sistemas jurídicos divergentes e independentes um do outro, ou se são sistemas complementares que fazem parte de uma mesma ordem normativa. Para responder a indagação, devemos retornar a um clássico debate travado pela doutrina do direito internacional, a saber, a oposição entre monistas e dualistas.

Apesar de antiga essa discussão, ainda hoje não existe ponto pacífico entre as duas teorias, principalmente, em razão de uma dificuldade “organizacional” do próprio direito internacional, que não apresenta autoridades centralizadas nas suas funções judiciárias, executiva ou legislativa. Há, no entanto, críticas e bons argumentos para os dois lados, e cabe-nos analisar as características de cada um deles.

2.1.1 Dualismo

O dualismo consiste na teoria pela qual se concebe a existência de dois sistemas jurídicos igualmente válidos, mas distintos e independentes entre si, a saber: o interno e o internacional. O primeiro sistema regulamenta as relações do Estado com os indivíduos ou somente dos indivíduos entre si; já o sistema de ordem internacional, seria aquela que disciplina as relações somente entre os Estados.

De acordo com os defensores dessa teoria, a diferença entre a ordem jurídica interna e internacional, reside em três pontos essenciais, que seriam de disposição

subjetiva, objetiva e estrutural. Do ponto de vista subjetivo, diferenciam-se os sujeitos de direito, que no Direito Internacional são os Estados e no Direito Interno os indivíduos. Sob a perspectiva objetiva, a diferença acha-se com relação ao objeto, que na ordem interna emana da vontade de um único Estado e se aplica aos indivíduos, e na ordem internacional, essa vontade provém de vários Estados que se submetem as suas próprias regras. Já sob a perspectiva estrutural, a diferença reside no fato de que o Direito Internacional não se submete a um sistema de subordinação organizado, ao passo que a ordem interna caracteriza-se por um sistema bem definido, em que existe forte subordinação de seus dependentes.

Por tal esquematização, os sistemas jurídicos externos e internos de um Estado seriam independentes entre si, mas não contrários, pois regulamentavam matérias diferentes. Dessa maneira, nunca poderiam entrar em conflito um com o outro, já que os dois sistemas se excluíam mutuamente em decorrência da natureza de suas matérias. Como um tratava da relação entre estados e o outro da relação entre indivíduos, um não poderia interferir no outro, já que a princípio, não haveria motivo convergente na ordem jurídica de ambos os sistemas.

Da teoria dualista, deriva a teoria da incorporação ou da recepção, segundo a qual a norma internacional, para ter aplicação interna deverá ser “transformada” em norma interna. Nas palavras de Arnaldo Süssenkind:

Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – internacional e nacional – são independentes e não comisturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional.²⁵

Pela teoria da incorporação ou recepção, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma situação interna, sem antes ser incorporado ao ordenamento por um procedimento receptivo em que se materializa em diploma normativo de direito interno. Desse jeito, o Estado recusa de imediato a aplicação direta do direito internacional.

²⁵ SÜSSENKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio: Freitas Bastos Editora, 1981, p. 21.

Por isso é que, para os dualistas, os compromissos exteriores não possuem a faculdade de gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna de um país, já que as regras internas de um estado soberano desprendem de um poder ilimitado em relação a sua órbita de influência. Por tal feita, as normas de Direito Internacional não possuem força cogente no interior de um Estado se não por meio da recepção, ou seja, em decorrência do ato do poder legislativo que as transforma em regra de direito pátrio.

Entretanto, devemos evidenciar que esses dois ordenamentos, - o do Estado e o internacional – estão no mesmo plano hierárquico, visto que, embora a norma internacional necessite do aval do poder legislativo para que produza efeitos internamente, eles podem conviver paralelamente sem haver prevalência de um sobre o outro, pois distintas são suas esferas de atuação.

2.1.2 Monismo

Do lado contrário, temos o monismo, teoria que defende que a ordem jurídica internacional e a interna fazem parte de um único sistema, havendo equiparação, inclusive, de sujeitos, fontes, objeto e estrutura entre ambas, ou seja, existe uma “unicidade” do conjunto de normas. Essa corrente tem em Hans Kelsen o seu maior expoente, que apregoa:

Existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do estado singular.²⁶

Dessa unidade, decorre que os compromissos firmados pelo Estado no âmbito internacional têm aplicabilidade imediata no ordenamento interno do país signatário, sendo, pois, desnecessário qualquer processo de incorporação da norma

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 364-365.

exterior, para que esta tenha vigência no ordenamento interno. Nesse sentido leciona Arnaldo Sussenkind:

Para a teoria monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de sua normas à respectiva legislação interna.²⁷

Esse processo é chamado de “incorporação automática” e dele sucede-se a problemática de saber qual a ordem jurídica deve prevalecer em caso de conflito, se é a interna ou a internacional.

Eis que, então, a teoria dividiu-se em duas correntes: a que defende a primazia do direito interno, chamada de “monismo nacionalista”; e a que sustenta a prevalência do direito internacional, chamada de “monismo internacionalista”. Jacob Dolinger defende ainda, a existência de uma terceira teoria, 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” (monismo moderado).²⁸

2.1.2.1 Monismo Nacionalista

A teoria do monismo nacionalista ou “constitucionalismo”, ampara-se no fato da inexistência de uma autoridade supra-estatal e afirma que compete a cada Estado determinar livremente suas obrigações internacionais, ou seja, sob sua ótica, o primado do direito nacional de cada Estado é soberano e a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária.

Para o monismo nacionalista, o direito internacional não constitui uma “ordem jurídica supra-estatal”, e também não é uma ordem jurídica independente, mas na medida em que seja Direito, é vista com uma parte integrante da própria ordem

²⁷ SÜSSENKIND, Arnaldo. Op. cit., p.21.

²⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte Geral, 7^ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

estatal.²⁹ Assim, o direito internacional deve, obrigatoriamente, buscar validade dentro da ordem jurídica interna, pois o Estado reconhece o preceito exterior em decorrência da obrigação assumida externamente, mas não em grau hierárquico superior. Nesse sentido, leciona Valério Mazzuoli:

O direito internacional só tem valor internamente sob o ponto de vista do ordenamento interno do Estado, pois é a Constituição deste mesmo Estado que prevê quais são os órgãos competentes para a celebração dos tratados internacionais.³⁰

2.1.2.2 Monismo Internacionalista

Já, o monismo internacionalista, também chamado de “internacionalismo”, defende que a ordem interna decorre da internacional, que é uma ordem jurídica superior, e contém a norma fundamental *pacta sunt servanda*, a qual todos os Estados estão subordinados. Essa corrente foi defendida principalmente pela escola de Viena e nela os posicionamentos se subdividiam em dois grupos: os extremados e os moderados.

Os primeiros não admitiam de maneira alguma a existência de conflito entre uma norma de direito interno e um preceito internacional, sob pena de nulidade. Ou seja, a norma de direito internacional sempre prevalecia sobre o ordenamento interno não podendo com ela colidir, pois, em caso de conflito, a norma inferior (interna) estaria invalidando o fundamento de validade da norma superior que lhe dava sustentação (norma internacional). Essa corrente encontrou amplo respaldo na “teoria do ordenamento jurídico” de Hans Kelsen, em que as normas inferiores buscavam seu fundamento de validade nas normas superiores. Era a concepção da pirâmide kelsiana, em que se escalonavam as normas umas sobre as outras em forma de pirâmide pelo grau de abstração, em que na base estariam as mais concretas e no ápice a mais abstrata, chamada de “norma hipotética fundamental”. Essa norma fundamental, inicialmente não recebeu qualquer delimitação por parte

²⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 446.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

de Kelsen, sendo posteriormente determinada como norma de Direito Internacional, a saber: *pacta sunt servanda*.

Por sua vez, o monismo moderado, admitia a possibilidade de conflito entre as duas normas jurídicas e descartava qualquer possibilidade de falta de validade de uma delas em caso de divergência. Para tanto, caberia ao Direito Internacional impugnar pelos meios disponíveis a lei que lhe fosse prejudicial e restringisse a atuação, podendo até mesmo requisitar a derrogação ou inaplicabilidade da norma interna. Na visão do monismo moderado, o juiz nacional deve aplicar tanto o direito internacional como o direito interno, porém, de acordo com o que está expressamente previsto no seu ordenamento, principalmente na Constituição, em caso de conflito, deve determinar qual norma proceder de acordo com os critérios de solução de antinomia, quais sejam: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis*).³¹

Enfim, a questão entre dualistas e monistas, se verifica relevante para se determinar se um Estado pode, na prática, invocar o seu ordenamento jurídico interno para se esquivar do cumprimento de um acordo firmado internacionalmente. Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados a resposta é negativa, já que em seu art. 27, estabelece que “Um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.³²

No entanto, a solução para se esclarecer este impasse parece melhor tratada quando abordada sob o ponto de vista da legislação interna de cada país, ou seja, qual é o prestígio que cada Estado concede ao Direito Internacional. Na realidade, são raros os casos em que o Direito Internacional se situa acima da própria Constituição, como se verifica no caso da Holanda. E por outro lado, é praticamente impossível nos dias de hoje a existência de um Estado absolutamente estranho à influência do *jus cogens*. É, então, evidente que ambos ordenamentos exercem sua

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1996, p. 92.

³² *Convenção de Viena de 1969, Artigo 27*.

influência, não podendo-se ter sua existência negada. É por esse condão, que surgiu outros posicionamentos doutrinários que procuravam conciliar essas duas doutrinas, e que a título de curiosidade, cabe nos falar a seguir.

2.1.3 Doutrina Conciliatória

Junto às teorias monista e dualista, existe uma outra abordagem, consagrada pelo pluralismo com subordinação parcial, que tenta conciliar alguns postulados de ambas as teorias. Essa teoria, que ficou conhecida como Teoria Conciliadora, como bem ressalta Celso Mello: "(...) não teve aceitação na prática ou na doutrina e consagra uma distinção entre as normas internacionais que não tem qualquer razão de ser, nem é encontrada na prática internacional"³³.

2.2 QUESTIONAMENTOS SOBRE O DEBATE ENTRE A TEORIA DUALISTA E MONISTA

Atualmente, alguns doutrinadores têm questionado a praticidade da divisão entre teoria monista e dualista, sob o argumento de que, independentemente da teoria que se adote, será a constituição interna de cada país que determinará as regras de internalização e os procedimentos de aplicação de cada tratado internacional - que como anteriormente comentado, constitui a principal fonte de produção de normas estrangeiras ao ordenamento jurídico interno. Então, necessitando tais normas de regulamentação e afirmação interna, tanto faz qual teoria se adota, já que em termos práticos, haveria a consolidação tanto do direito internacional como do direito interno.

Nesse sentido, a discussão entre monistas e dualistas seria puramente doutrinária (como de fato é) e paliativa, já que não teria real aplicação. Esse entendimento é defendido por José Carlos de Magalhães, que coloca:

³³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Op. cit., p. 87.

(...) perdeu sentido a antiga polêmica sobre dualismo e monismo. (...) Tal polêmica, na verdade, pode-se considerar ultrapassada, uma vez que a questão se cinge ao exame da Constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para a celebração e ratificação dos tratados. Trata-se, assim, de matéria constitucional, mais do que internacional, devendo-se sempre examinar a Constituição para se verificar a constitucionalidade de um tratado e, assim, sua regularidade perante a ordem interna.

Mas não basta verificar a constitucionalidade de um tratado, pois há também que se ter em conta a compatibilidade da própria Constituição com as normas cogentes de Direito Internacional, de aplicação geral e obediência compulsória por todos os Estados, por expressarem valores permanentes da comunidade internacional. Dentre estes estão os tratados que dizem respeito aos Direitos Humanos que prevalecem sobre eventuais valores de comunidades nacionais com eles contrastantes.³⁴

Independentemente de ter ou não sentido tal discussão, o fato é que não se pode negar que a constituição é o fator de ligação, o elo entre o direito internacional e o direito interno, concedendo fundamentação e positividade ao primeiro segundo o complexo de princípios e regras sobre os quais se estrutura este último. Assim, é que ensina Paulo Borba Casella:

A Constituição, segundo configurações distintas, conforme o modelo institucional adotado e as exigências estruturais e funcionais de tal modelo decorrentes, será, necessariamente, o elo de união e ponto de partida, no direito interno, e no tratamento por este dispensado não somente aos direitos e obrigações decorridos de tratados, quer na ordem externa, em relação ao Estado, enquanto sujeito de direito internacional, bem como, igualmente, na ordem interna, em relação aos cidadãos e pessoas jurídicas de direito privado interno, mediante a incorporação desses direitos e obrigações, contraídos internacionalmente pelo estado, em seu ordenamento jurídico interno, criando instância de vigência e aplicação interna imediata de tais direitos e obrigações.³⁵

2.3 O POSICIONAMENTO BRASILEIRO DIANTE DA OPOSIÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

A nossa Carta Magna de 1988, em nenhum momento fixa de forma expressa, um dispositivo que estabeleça claramente a posição hierárquica do direito

³⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 18.

³⁵ CASELLA, Paulo Barbosa. *Constituição e direito internacional*. In: Paulo Borba Casella; V. L. V. Liquidato. (Org.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 33.

internacional perante o nosso direito interno. Essa tarefa coube a jurisprudência e a doutrina de ser resolvida. Um precedente importante nessa discussão foi o Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em meados 1977.

O RE nº 80.004 se detinha em analisar a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 427/69 que trata de forma diversa sobre letras de câmbio e da necessidade de registro destes títulos como requisito de validade, sob a alegação de contrariedade à Convenção de Genebra sobre Títulos de Créditos, assinada e ratificada pelo Brasil. Naquele recurso, a questão a ser respondida era a seguinte: pode uma lei interna revogar disposição legal convencionada em um tratado internacional? Em outras palavras: no conflito entre o direito internacional e o direito interno, qual deveria prevalecer?

O recurso foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, embora houvesse divergência entre os fundamentos dos votos vencedores, fixou entendimento no sentido de que lei interna posterior revoga tratado, da mesma forma que tratado posterior revoga lei interna, ou seja, a prevalência acabou sendo em relação a última vontade do legislador, consagrando-se assim, o princípio *lex posterior derogat priori*. Essa decisão, segundo o Min. Xavier de Albuquerque (relator), contrariava um posicionamento histórico da Corte no sentido de se reconhecer a primazia da norma de direito internacional. Alguns autores chegaram a cogitar a saída de um monismo radical para um monismo moderado, mas como bem descreve Estevão Ferreira Couto, sobre a diversidade de opiniões sobre o tema:

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 o monismo com primazia do direito internacional para o dualismo. Para Arosi é de um monismo radical para um monismo moderado. Já Resek acha que foi para o monismo com primazia do Direito Interno.³⁶

O certo é que, como os fundamentos dos votos vencedores foram divergentes, alguns defendendo a corrente dualista de Triepel, e outros, a corrente monista de Kelsen, não se pode precisar com segurança qual a corrente doutrinária

³⁶ COUTO, Estevão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional – concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio: Renovar, 2003. p. 68 e 69.

que os ministros do STF se filiaram, e nesse diapasão, a Excelsa Corte peca pela imprecisão. Espera-se, ao menos, que o STF reveja este posicionamento de declarada "irresponsabilidade internacional", que só vem prejudicar a imagem e a credibilidade do Brasil frente à Comunidade Internacional em relação aos compromissos internacionais expressamente assumidos.

Posto isso, fica a dúvida acerca do critério utilizado na Constituição de 1988. Conforme depreendido do estudo, não há, na Constituição brasileira, qualquer cláusula que indique a supremacia do direito internacional face ao direito interno. Existe, sim, dispositivos que regulamentam o processo de incorporação das normas provenientes de tratados internacionais em razão do direito interno brasileiro, bem como a aplicação desses tratados pelos tribunais internos, uma vez incorporados estes ao direito interno.

Por essa via, parece ser evidente que há, primeiro, a distinção entre o ordenamento pátrio e o externo, nos moldes da corrente dualista, e, segundo, a supremacia do Direito Pátrio sobre o Externo, já que, como abordamos em capítulos anteriores, para que o tratado ingresse em nosso ordenamento, é necessário que passe por todo o procedimento previsto na Carta Magna.

Então, consideramos ser plausível considerar que o Brasil adota a Teoria Dualista, em vista da exigência, pela ordem interna brasileira, de que os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional passem por um procedimento formal de incorporação, a fim de que possam irradiar efeitos na ordem jurídica interna.

Existe também, entendimento em sentido contrário, ou seja, que defende a prevalência do *monismo internacionalista*, por desprendimento do art. 5º, §2º da CF, que trata dos tratados de direitos humanos. Porém, com a publicação do § 3º do mesmo art. 5º da nossa constituição, entendemos que essa corrente já não possui mais fundamento teórico, em vista que o citado parágrafo terceiro também faz menção ao processo de incorporação dos tratados de direito humanos no ordenamento jurídico interno.

Evidencia-se, portanto, a adoção de uma, certa e marcante, inclinação para a teoria dualista, pelo menos em uma dicção imediata do parágrafo terceiro, que eleva ao patamar de Emenda Constitucional os tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, em cada casa legislativa (Senado e Câmara Federal) por dois turnos com três quintos dos votos. E, é justamente sobre essa questão de hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos que trataremos de agora em diante, sendo, pois esta, a temática principal de nosso estudo.

3 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Passaremos agora a analisar as questões pertinentes na relação entre os tratados internacionais e o direito pátrio, principalmente, levando-se em conta posição doutrinária vigente em nosso ordenamento com relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. São, pelo menos, dois pontos importantes que devem ser analisados para abordar o tema de forma pertinente: primeiro, consiste em analisar o mecanismo específico de proteção dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento; e segundo, consiste em estudar qual a força normativa que lhes confere o direito brasileiro. Porém, antes de estudarmos tais precedentes, vamos examinar alguns aspectos gerais dos direitos humanos.

3.1 A Internacionalização dos Direitos Humanos

A origem dos direitos humanos, segundo os ensinamentos de Fábio Konder Comparato, remonta à evolução do próprio homem na busca pela afirmação de sua liberdade como condição essencial à vida em sociedade, ou seja, está ligada à necessidade de se impor limites à atuação do Estado em favor da liberdade do indivíduo, isto é, de impor limites à ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Se por um lado, não se pode conceber sociedade sem o poder Estatal (autoridade), por outro, se torna inexecutável a vida social sem liberdade. Diante dessa premissa, afirma o citado autor, que:

A eclosão da consciência histórica dos direitos humanos se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.³⁷

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

Portanto, observamos que em um primeiro momento a noção “direitos humanos” estaria atrelada à própria concepção de civilização, essencialmente como forma de afirmação dos direitos inerentes à própria condição de pessoa humana e principalmente como início do movimento para a instituição de limites ao poder dos governantes, como bem denota Antônio Augusto Cançado Trindade:

A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio de legitimidade.³⁸

Essa nova concepção, então, pretendeu afastar de vez o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta e passou a proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os seres humanos. Contudo, esse processo de reconhecimento e proteção dos direitos do homem numa *dimensão global*, não aconteceu de uma hora pra outra, mas, foi resultado de árdua militância e fervorosas reivindicações durante várias gerações.

Segundo Norberto Bobbio, em sua obra *A Era do Direito*, antes de efetivamente reconhecidos, esses direitos passaram por três fases distintas e fundamentais. Na primeira fase, valendo-se das teorias filosóficas do jus naturalismo moderno, o autor afirma que o verdadeiro estado do homem seria o natural, segundo o qual os homens nascem livres e iguais. Na segunda fase, teríamos os direitos positivados perante cada Estado, os quais passariam a ser denominados de direitos fundamentais (expressão a qual falaremos posteriormente). Por sua vez, a terceira fase corresponderia a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, “na qual a afirmação dos direitos de proteção do homem é, ao mesmo tempo, a ser universal e positiva”³⁹, ou seja, os direitos humanos passam a transcender e ultrapassar as fronteiras dos Estados, deixando de ser uma questão de interesse nacional exclusiva, para passar a ser de competência internacional.

³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

E, foi principalmente devido às atrocidades e massacres de toda sorte cometidos na 2ª Guerra Mundial (1939-1945) que a humanidade passou de fato a compreender o real valor da dignidade da pessoa humana, o que acabou por deflagrar com maior intensidade o processo de “internacionalização dos direitos do homem”. É nesse período que a Declaração de 1948 se tornou o marco fundamental do processo de internacionalização dos direitos humanos, certificando-se e garantindo formalmente que todos os homens, e não somente os cidadãos de determinados Estados, teriam a proteção dos direitos inerentes a sua pessoa, os quais passariam a ser efetivamente protegidos, inclusive contra o próprio Estado que os tenha violado.

E, nessa contextualização, Norberto Bobbio escreveu que:

Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.⁴⁰

Hoje, há o reconhecimento de que o Estado é responsável perante a ordem internacional, pelo descumprimento de obrigações ou abusos em face da dignidade da pessoa humana. E por sua importância, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, sob fundada universalidade, indivisibilidade e interdependência de seus direitos.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 26-28.

3.2 Conceituação e distinção dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

É de comum preocupação que conceituar ou definir geram risco de exclusão ou de ampliação indevida em relação ao objeto analisado, por isso, desde muito tempo, se diz que todo conceito ou toda definição são perigosos e podem gerar distorções. Porém, para uma melhor formação de idéias e esclarecimento da temática, às vezes, torna-se necessário assumir esses riscos, pois é justamente a partir de conceitos e definições, que se torna possível a expansão das idéias e a delimitação das verdadeiras proporções metodológicas do objeto de conhecimento, muita embora, já se tenha dito que não existem verdades absolutas, principalmente tratando-se de estudos jurídicos.

Diante disso, verifica-se não ser de fácil realização determinar com exatidão o que são direitos humanos, porém, podemos formular conceitos que nos asseguram uma idéia (mesmo que simples) de sua essência. Sendo assim, Norberto Bobbio, utilizando-se de uma abordagem mais concisa, afirma que: “Direito dos Homens são aqueles que pertencem, ou deveriam, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.⁴¹ Adicionalmente, Enoque Ribeiro dos Santos salienta:

O conceito da expressão direitos humanos pode ser atribuído aos valores ou direitos inatos e imanentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana, que não são acidentais e suscetíveis de aparecerem e desaparecerem em determinadas circunstâncias. São direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana, pelo simples fato de ela existir no mundo do direito.⁴²

Em suma, a expressão “direitos humanos” compreende um conjunto de garantias e direitos básicos derivados da pessoa humana e reconhecidos internacionalmente, com o objetivo fundamental de assegurar o respeito à dignidade, liberdade e igualdade para todos os seres humanos, sem que ninguém fique desamparado. Tais direitos são prerrogativas reconhecidas juridicamente em defesa dos indivíduos num sentido universal, porém, nem sempre tais prerrogativas são respeitadas e aplicadas na defesa da liberdade individual, seja em decorrência de interferências ilegítimas ou omissão por parte do Estado.

⁴¹ BOBBIO, Norberto, Op. cit., p. 37.

⁴² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4609>>. Acesso em: 21 maio 2009, p. 5 e 6.

E, é nesse sentido, que a doutrina faz distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, na medida em que, apesar dos direitos dos homens terem “validade” num sentido universal, só terão verdadeira aplicabilidade quando realmente incorporados ao Estado-Soberano, ocasião em que serão denominados de “Direitos Fundamentais”. Os direitos fundamentais, então, seriam os direitos humanos já tutelados e consagrados pela Constituição ou na ordem jurídica de cada país. Por esse raciocínio, o prof. Willis Santiago Guerra Filho, ensina que: “De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são originalmente direitos humanos.”⁴³

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet, também diferencia ambos os termos, conferindo ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção, assim vejamos:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁴⁴

Valendo-se ainda do magistério do autor, apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, ainda não poderiam tais conceitos serem entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto Ingo Wolfgang Sarlet é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direito fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 32.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35 e 36.

(especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.⁴⁵

Já alguns doutrinadores, não fazem distinção (pelo menos semanticamente) entre os direitos humanos e fundamentais e consideram ambas as denominações similares, e nessa esfera apresentam denominações singulares que fundem ambas as expressões. Assim, José Afonso da Silva utiliza a expressão “direitos fundamentais do homem”⁴⁶ ao se referir a tais direitos; já Alexandre de Moraes emprega a expressão “direitos humanos fundamentais”⁴⁷.

Em que pese diferenciação ou não de ambas os preceitos, para Ingo Wolfgang Sarlet estas duas categorias não se excluem, mas ao contrário, estão cada vez mais ligadas, muito embora seja difícil, segundo seus ensinamentos, admitir que sejam a mesma coisa. Se não, vejamos:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso.⁴⁸

⁴⁵ SARLET, Op. cit., p. 40.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

⁴⁸ SARLET, Op. cit., p. 42.

3.3 A Proteção dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988

No Brasil, a Constituição de 1988 refletiu o contexto sociopolítico atravessado pelo país na época da Ditadura Militar (1964-1985). Depois de execráveis anos de violação dos mais básicos direitos da pessoa humana, o legislador constituinte originário tinha o compromisso de não apenas elaborar uma nova constituição, mas tinha o desafio de reconstruir toda a história de um país usurpado de sua dignidade e desacreditado de suas instituições. E, diante de tal incumbência, a nova Carta Magna em seu texto foi insculpida de amplo leque de direitos e garantias fundamentais com vista a promover os Direitos Humanos em nosso ordenamento. E dessa feita, Flávia Piovesa frisa que “a Constituição Brasileira de 1988 constitui um marco da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.”⁴⁹

A nova ordem constitucional de 1988 passou, então, a ampliar consideravelmente o campo dos direitos e garantias que compõem o rol de direitos humanos, colocando-se dentre as Constituições mais avançadas da atualidade no que diz respeito à matéria. E uma das aplicações práticas dessa nova ordem, é que em seus três primeiros artigos, o texto constitucional apresenta princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito, como por exemplo: a legitimação popular nas decisões estatal, a limitação do poder do Estado e prevalência da dignidade da pessoa humana.

E, dentre os mais importantes princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF).

3.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental

A dignidade da pessoa humana é tida como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, ao qual lhe atribui unidade de sentido. Por exemplo: entre os objetivos fundamentais do Estado (art. 3º e incisos, CF) temos: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar*

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses objetivos buscam a defesa da democracia econômica, social e cultural, porém, só irão se concretizar quando inclinados na defesa da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, que é o fator de integração que lhe concedem sustentabilidade e disposição particular. Nesse sentido, Flávia Piovesan assevera:

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. (...) Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1998, imprimindo-lhe uma feição particular.⁵⁰

Logo, temos que a interpretação das normas constitucionais ocorre tendo-se por base critérios valorativos que emergem da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos - refletindo o suporte axiológico de todo o sistema jurídico brasileiro. E, diante de tal força imperativa de interpretação que orienta a aplicação e compreensão do sistema constitucional, Enrique Pérez Luño observa:

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas.⁵¹

3.3.2 A Prevalência dos Direitos Humanos nas Relações Internacionais

O art. 4º, inciso II da Constituição Federal, preceitua que os direitos humanos constituem princípio norteador das relações internacionais exercidas pelo Brasil. Tal

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de direitos humanos e a reforma do judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 407.

⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

premissa assegura que os direitos humanos possuem relevância internacional, devendo reger as relações entre países.

Esse princípio deve ser interpretado de forma ampla, já que a interpretação dada pelo Direito Internacional a este dispositivo leva a crer que qualquer acordo internacional de direitos humanos de que o Brasil faça parte, deve ser respeitado no direito interno, ou seja, a prevalência dos direitos humanos em nível internacional também é princípio integrador e interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, concedendo força imperativa ao exercício de interpretação e aplicação da lei interna.

3.3.3 A Supremacia dos Direitos Humanos como Cláusula Pétrea

É notório que na vigente Constituição Brasileira, o legislador constituinte procurou conceder a certos princípios uma importância diferenciada com relação aos demais. Esses princípios são chamados de *cláusulas pétreas* e estão positivados no artigo 60, § 4º da Carta Magna, estando no meio deles os direitos humanos no rol dos *direitos e garantias fundamentais*, assegurados no inciso IV do citado artigo.

Os Direitos Humanos, por serem essenciais à pessoa humana, são considerados hierarquicamente superiores a outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo, assim, a supremacia daqueles quando entrarem em choque com estes. Por essa disposição, são tidos como cláusulas pétreas e não podem ser objetos de emendas constitucionais.

O objetivo do constituinte ao prevê esse dispositivo, foi mais uma vez, ressaltar a importância dos direitos humanos e sua essencialidade no Estado de Direito Brasileiro. Assim, a relevância que possuem na ordem interna, impede que o poder constituinte derivado e até mesmo o legislador ordinário, disponha contrariamente aos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

3.4 A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

Visto, então, o amplo alcance dos direitos do homem e estabelecida a diferenciação e interligação entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a proteção que a Constituição concedeu a tais direitos; é imprescindível agora estudar a inserção em nosso ordenamento jurídico dos direitos humanos através de tratados de direito internacional.

3.4.1 A Natureza “Constitucional” dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

A Constituição Brasileira de 1988 foi um marco fundamental na defesa dos interesses da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. De forma inédita, a atual Carta acrescentou novas diretrizes aos direitos e garantias fundamentais e passou a consagrar que: “os direitos e garantias expressos na 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). Esse é o teor da importante inovação legislativa no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Esse dispositivo foi bem recepcionado pela doutrina brasileira, que entendeu que com o advento da Constituição Federal de 1988, revigorou-se a tese que reclamava uma nova posição jurídica aos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da redação do § 2º do seu artigo 5º.

De início, observamos que o citado dispositivo, reconhece a presença de direitos implícitos ou mediatos, que são aqueles que não estão “expressamente” delimitados no texto constitucional, mas constituem direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou dos tratados internacionais e que são igualmente tutelados. Em decorrência disso, observamos que são três as vertentes dos direitos e garantias constitucionais protegidos na Constituição Brasileira: 1) os que estão nela expressos; 2) os decorrentes do regime e princípios por ela adotados; 3) e por fim os inscritos em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Com efeito, quis o legislador constituinte afirmar que existem outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira, além daqueles dispostos explícita ou implicitamente na Constituição Federal e que decorrem dos tratados de que o Brasil seja signatário. Daí que, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a significação atribuída ao art. 5º, § 2º, tem o seguinte alcance:

O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece.⁵²

Diante disso, o preceito normativo supracitado visa a dar ao interprete e ao aplicador do direito a mensagem de que o rol de Direitos constantes no art. 5º não é exaustivo. O constituinte apenas explicitou que as normas decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados e as normas decorrentes de tratados internacionais também deveriam ser consideradas como integrantes do ordenamento protetor dos Direitos individuais.

E nessa particularidade, os doutrinadores passaram a defender que a Constituição ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos, os “direitos enunciados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil”, estaria atribuindo automaticamente aos mesmos uma hierarquia especial e diferenciada em relação aos demais tratados: o *status* de norma constitucional. Entre os defensores dessa posição, temos Flávia Piovesan, que bem ensina:

(...) quando a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, é porque “a contrario sensu”, está ela a “incluir”, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”.⁵³

Assim, parece perfeitamente cabível a idéia de que os tratados que versem sobre direitos humanos sejam, com base no art. 5º, § 2º da Carta, considerados materialmente como normas constitucionais, e não como tendo mera paridade normativa com leis ordinária.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 632.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 82.

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, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Isso 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, 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, o que resulta assim, na ampliação do chamado "bloco de constitucionalidade", que é o núcleo mínimo de uma Constituição, o seja, é tudo aquilo que obrigatoriamente deve conter na Constituição para ser considerada como tal.

O "bloco de constitucionalidade" passa, então, a ser composto não somente pelas normas expressas, mas também por princípios implícitos ao sistema, como por exemplo: os direitos e garantias advindos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Dessa maneira, a Constituição não se restringe ao texto, mas ela é "aberta", na medida em que, quando deixa de prever determinados direitos e garantias fundamentais e encontrando-se tal previsão em norma exterior, reconhece como norma constitucional.

3.4.2 A Aplicação Imediata dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

Os argumentos acima podem ser ainda reforçados por outro, segundo o qual os tratados que versam sobre direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Como se já não bastasse o *status* constitucional atribuído pela Carta de 1988 aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é ainda de se ressaltar que a Constituição expressamente determinou que tais tratados, passam a

incorporar-se “automaticamente” em nosso ordenamento, a partir de suas respectivas ratificações. É a conclusão que se extrai do mandamento do § 1.º do mesmo art. 5.º da Constituição, que assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (grifo nosso).

Então, diante dessa determinação, constata-se que, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conseqüentemente os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos também terão aplicabilidade imediata, pois, também contêm normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais de idêntica aplicação imediata. Inclusive, esse é o posicionamento defendido por Valério Mazzuoli, que com fundamento argumenta:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5.º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.⁵⁴

No mesmo sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade, citado por Mazzuoli, assevera:

Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da auto-aplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter auto-aplicável (self-executing) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, 'uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional.⁵⁵

Portanto, ao atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos a condição de aplicabilidade imediata por disposição do §1º do art. 5º, a Constituição

⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pag. 254.

⁵⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Apud*, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 257.

Federal tinha como objetivo dispensar a necessidade de decreto de execução para que pudessem de imediato gerar efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já, com relação aos tratados internacionais que não versarem sobre direito humanos, como nada foi mencionado, o decreto executivo logicamente se faz necessário para que possam se materializar internamente.

Vale lembrar que, como estudamos em linhas anteriores, para que os tratados internacionais venham a vigorar na ordem interna, é preciso que passem por uma série de requisitos e procedimentos formais de incorporação, que pela ordem, resume-se em: a) Celebração do Tratado no plano internacional pelo Presidente da República na condição de chefe de Estado ou por seus representantes (art. 84, VIII, CF); b) Referendo pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo (art. 49, I, CF); c) Promulgação e Publicação pelo Presidente da República por meio de Decreto Presidencial no Diário Oficial da União (art. 84, IV, CF).

Somente, então, após a devida publicação do Decreto presidencial, que ratifica a decisão do Congresso Nacional, é que o tratado internacional estará definitivamente incorporado ao direito brasileiro e passará a vigorar na ordem interna, ou seja, a partir daqui, a norma do tratado pode recaí sobre um caso concreto entre dois particulares. Esse processo é chamado de “internalização” da norma, em que uma norma vem do direito internacional e passa avigorar na ordem interna.

De acordo com o entendimento do §1º do art. 5º, os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, não precisariam se submeter ao processo de internalização da norma, já que teriam aplicação imediata. Porém, não é bem assim que ocorre, pois o Supremo defende o entendimento de que para ter eficácia no ordenamento jurídico interno, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, devem passar pelos procedimentos do processo de incorporação estabelecido pela Carta Constitucional.

Então, apesar de todos os consistentes argumentos trazidos pela doutrina, alguns dos quais antes referidos, a jurisprudência pátria posicionou-se, pela

paridade normativa entre leis ordinária e pactos internacionais firmados pelo Brasil, independentemente do conteúdo dos mesmos.

3.5 As divergências doutrinárias em razão da norma dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988

Vencidas, pois, as disparidades da incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro, o debate, contudo, não se esgota, pois a incorporação do ato internacional ao ordenamento jurídico interno suscita outro questionamento: investigar qual a força normativa com que ingressa o tratado no plano interno. Para tanto, será preciso dividir os tratados internacionais em dois grupos: os que versam sobre direitos humanos e os que versam sobre outras questões, diversas da relativa aos direitos humanos, que podem ser denominados de tratados tradicionais ou comuns.

Com relação a essa diferenciação, explica Flávia Piovesan que:

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-parte, 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.⁵⁶

Quanto aos tratados comuns ou tradicionais, a doutrina e a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é pacífica quanto à análise da natureza jurídica desses tratados. Enfatiza-se, que quando incorporados ao direito brasileiro, os tratados internacionais tradicionais ingressam no ordenamento jurídico pátrio como legislação ordinárias - naturalmente por possuírem um processo de aprovação semelhante ao processo das leis ordinárias, ou seja, há uma aprovação do texto pelo poder legislativo e posterior promulgação e publicação pelo poder executivo; portanto, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.71.

Aliás, esse posicionamento não era apenas defendido para os tratados internacionais, também era considerado para todos os tipos tratados que o Brasil aderisse. Vale a pena rapidamente citar o julgamento da ADIn nº 1480/DF, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regulamente 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 conseqüência, 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 procedência 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 de especialidade.⁵⁷

De qualquer maneira, não existe nenhum tipo de discussões quanto à natureza jurídica dos tratados internacionais tradicionais incorporados ao ordenamento jurídico interno: trata-se de normas infraconstitucionais, com a mesma força da legislação ordinária. Porém, esse posicionamento não pode ser sustentado quando se trata de tratados internacionais de direito humanos, pela própria “proteção constitucional” que a Constituição concede aos direitos do homem, como por exemplo, por força do §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição (ou dos dispositivos outrora analisados).

Então, a doutrina passou a versar nova posição, em que somente os tratados internacionais tradicionais teriam *status* de lei ordinária e os tratados de direitos humanos, deveriam ter uma condição especial dentro do nosso ordenamento jurídico, pois esses tratados versam a mesma espécie de direitos resguardada no art. 5º e que por isso possuem natureza constitucional, e não de lei infraconstitucional.

E é exatamente com respeito a essa nova posição doutrinária, que foi editado o § 3º, do art. 5º da Constituição Federal acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, em seguida comentado.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIN nº 1480- DF, Relator: Min. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, DJ 08-08-2001.

3.6 Da Emenda Constitucional Nº 45 e a Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A Emenda Constitucional nº 45, que cuidou da chamada “Reforma do Poder Judiciário”, foi promulgada em dezembro de 2004 e entrou em vigor a partir de 1º de Janeiro de 2005. Dentre as alterações trazidas pela emenda referentes ao conteúdo da constituição com relação ao direito internacional, destaca-se o acréscimo de dois parágrafos no artigo 5º, que são os §§ 3º e 4º. Contudo, para nosso estudo em questão, apenas o parágrafo 3º tem relevância, pois trata especificamente da incorporação ao direito interno dos acordos firmados na ordem internacional, referindo-se especificamente aos Tratados de Direitos Humanos, cujo, termos são os seguintes:

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.

Num primeiro momento, parece evidente que o legislador constituinte quis conceder aos tratados e convenções internacionais, “que forem aprovados” obedecendo ao procedimento descrito no texto, “equivalência” às emendas constitucionais, já que tal procedimento corresponde ao processo formal para a aprovação de Emenda Constitucional (art. 60, §2º da CF). Portanto, ao se verificar que a aprovação de um tratado internacional tem o mesmo *quorum* exigido para emenda constitucional, poder-se-ia considerar que o mesmo encontra-se formalmente “incorporado” à Constituição.

Com isso, o legislador teve o objetivo de pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, em virtude da interpretação dos §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º. Nesse sentido, Henrique Sathler expõe os seguintes dizeres:

(...) o motivo fundamental para o acréscimo desse parágrafo era terminar com a discussão da questão da hierarquia dos tratados internacionais, deixando bem clara a posição encampada pelo Brasil: os tratados que não versarem sobre direitos humanos serão sempre incorporados como normas infraconstitucionais; já aqueles que tratem de direitos humanos poderão, caso o Congresso Nacional assim decida, ostentar a condição de norma constitucional, desde que tramite com a aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, por dois turnos, com três quintos dos votos.⁵⁸

Porém, muitas foram as interpretações suscitadas com relação a inserção do referido parágrafo 3º do art. 5º, visto que esse dispositivo foi insuficiente para solucionar a controvérsia jurídica em torno do “*status*” dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos dentro do ordenamento Jurídico Brasileiro. Com efeito, surgiram muitos outros questionamentos em face do citado parágrafo, como por exemplo: é possível aplicar a norma a tratados que versem apenas parcialmente sobre direitos humanos? Todos os tratados que versam sobre direito humanos serão submetidos obrigatoriamente a aplicação de tal norma? Quem pode provocar o procedimento competente? Com relação aos tratados aprovados anteriormente a vigência do §3º, esta norma retroage ou não se aplica a tais tratados? Entre muitas outras indagações que podem ser formuladas, como indicam os excelentes estudos de Ingo Wolfgang Sarlet.⁵⁹

Não obstante as incertezas levantadas acima, faz-se oportuno reiterar que por força do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, os tratados de direitos humanos independentemente do *quorum* de sua aprovação, já são “materialmente” constitucionais, compondo assim o bloco de constitucionalidade. Por essa via, o *quorum* de aprovação estipulado no § 3º, estaria apenas reforçando a condição de materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, na medida em que estabelece um lastro de formalidade constitucional aos tratados ratificados que obedecerem tal procedimento, passando, assim, a garantir formalmente a materialidade constitucional já assegurada no ordenamento jurídico interno. Tal

⁵⁸ SATHLER, Henrique Kenup. O §3º do artigo 5º da Constituição Federal: Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In*: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado federal, ano 44, n. 173, 2007. p. 137.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o §3º do art. 5º da constituição*. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338> cessado no dia 22 de maio de 2009.

processo reforça a segurança jurídica no sentido de afirmação interna dessas normas, porém, os seus efeitos parecem ser mais nocivos do que benéficos.

Se, por um lado, o dispositivo avançou por sedimentar a tese doutrinária de que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional e, portanto, de hierarquia máxima dentro do sistema normativo doméstico, por outro, retrocedeu ao limitar tal natureza apenas às normas devidamente internalizadas da forma rígida estabelecida no texto da lei.

Diante disso, acabou a Constituição criando quatro (04) categorias de tratados: 1) os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos e que estão na categoria de normas de legislação ordinária; 2) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial previsto no § 3º do art. 5º, adquirindo equivalência à norma constitucional; 3) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos anteriores à EC. nº 45/2004, que continuam, no sistema, como legislação ordinária; e 4) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que, posteriores à EC. Nº 45/2004, não foram aprovados de acordo com o procedimento que trata o § 3º do art. 5º, e que por isso ingressam no ordenamento com *status* ou hierarquia de legislação ordinária.

Nessas condições, já se suscita uma grande divergência, ou seja, o legislador constituinte passou a regular de maneira diferente os tratados que versam sobre a mesma matéria constitucional, ou seja, o legislador acabou criando “duas categorias distintas” de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos: os aprovados pelo *quorum* de emenda constitucional e que por isso terão *status* constitucional; e aqueles não aprovados pelo procedimento do § 3º que terão *status* de legislação ordinária. Tal diferenciação verifica ser incompatível no nosso ordenamento jurídico, já que, se ambos versam sobre o mesmo assunto com igual tutela no texto constitucional, não parece sensato conceder “importância” ou hierarquia normativa diferenciada ao mesmo precedente, pois, ambos, protegem os mesmos direitos humanos e não existe direito humano mais importante do que outro.

Por tal incongruência, acabaram surgindo várias correntes doutrinárias que tentam explicar a hierarquia das normas internacionais provenientes dos tratados internacionais, principalmente, os que versam sobre direitos humanos, assim, como expõe Ingo Sarlet:

Já no que diz com a posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito infraconstitucional interno, a doutrina encontra-se dividida. Ao passo que uma corrente sustenta a supremacia do direito internacional (que, a exemplo do constitucionalismo português, se encontraria somente sujeito à Constituição), outros consagram a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna, sob o argumento de que, em face da ausência de uma disposição constitucional expressa que consagre a supremacia do direito internacional, deve prevalecer, no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, o princípio do *lex posterior derogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, o que, inclusive, vem sendo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE n 80.004, em 1977, apesar da opinião divergente de alguns de seus mais ilustres integrantes.⁶⁰

Com efeito, para fins didáticos, vamos dividir em 04 as teorias que tentam explicar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, a saber: a) a hierarquia supraconstitucional; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária (legal). Analisaremos agora cada uma delas.

3.6.1 A hierarquia supraconstitucional

Essa corrente, anteriormente, era defendida principalmente por Celso de Albuquerque Mello, que sustentava que “a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tenta revogar uma norma internacional constitucionalizada”.⁶¹

Para os defensores dessa teoria a ordem jurídica internacional tem prevalência em face da ordem jurídica interna dos Estados, e dessa maneira, os tratados internacionais de direitos humanos teriam supremacia caso entrassem em

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 143.

⁶¹ MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

conflito diretamente com as normas internas dos Estados, inclusive com a própria Constituição. Isso significa dizer que nem mesmo a emenda constitucional suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos.

Para tal posicionamento, a prevalência da norma internacional sobre a constitucional se justificava com o princípio da boa-fé e o princípio *pacta sunt servanda* vigente no Direito Internacional, sem esquecer-se do art. 27 da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual não cabe ao Estado, como já se frisou, “invocar disposições de seu Direito Interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado”, dispositivo este que atribui caráter supraconstitucional a quaisquer tratados ratificados pelo Estado.

Também destaque-se a Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928 (que foi devidamente promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5647/29), que estabelece em seu artigo 11:

Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.

Por esses preceitos, a partir do momento que o Estado se submete às normas internacionais e venha a descumpri-las estaria praticando um ato ilícito e, portanto, sujeito a uma reparação internacional. E, se tratando de tratados de direitos humanos, por sua universalidade e indivisibilidade, deveriam eles sobrepor-se à Constituição, pois objetivam a defesa dos interesses e garantias essenciais dos indivíduos. Sendo assim, para evitar que os Estados fossem responsabilizados por descumprimento das normas internacionais de direitos humanos, estas deveriam assumir *status* supraconstitucional no ordenamento pátrio, pois assim, nem mesmo a Lei Magna teria o condão de impedir a aplicação da norma internacional.

Porém, verifica-se que, uma vez aceito o caráter supraconstitucional das normas internacionais, estaria, por consequência, aceitando a impossibilidade de controle de constitucionalidade sobre esses diplomas internacionais. E, uma vez

previsto no art. 102, III, b da nossa Constituição: “Compete ao Supremo Tribunal Federal (...); III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (...)”, conseqüentemente feriria o princípio da Supremacia da Constituição e do Controle de Constitucionalidade. Então, essa posição não teria aplicação num Estado como o nosso, que está fundado num sistema constitucional rígido, em razão da supremacia formal e material da Constituição Federal em relação à todo o ordenamento jurídico.

Além desses questionamentos que a torna inaplicável no Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou com relação ao assunto e acabou adotando a teoria da equiparação legal no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, em que ficou pacificado o entendimento de que entre lei e tratado existe equivalência hierárquica, e que em caso de eventual antinomia entre eles, prevaleceria a mais recente, pela regra de que *lex posterior derogat lex priori*.

No que diz respeito ao momento atual da discussão sobre qual *status* os tratados de direitos humanos ingressam à ordem jurídica, importante deliberação ocorreu no dia 3 de dezembro de 2008, quando o Ministro Celso de Mello, no RE 466.343-SP (com julgamento ainda não concluso), que tem como relator o Ministro Cezar Peluso e se questiona a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior de supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e passou a defender a sua hierarquia constitucional em nosso ordenamento jurídico, posição também defendida pelos Ministros César Peluso, Ellen Grace e Eros Grau.

3.6.2 A hierarquia constitucional

A segunda corrente é defendida, dentre outros, por Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ingo Sarlet e Valério Mazzuolli. Segundo essa teoria, qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil (independentemente do quorum de aprovação) tem índole e nível de *normas constitucionais*.

Para estes doutrinadores, o constituinte originário, concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos um caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, e com isso, ao serem inseridos no ordenamento jurídico pátrio, teriam, com fundamento no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988, *status* de norma constitucional, segundo esclarece Flávia Piovesan, em que a previsão da cláusula aberta inserta no § 2º do art. 5º “está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”⁶²

Por essa via, a Constituição brasileira de 1988 passou a dispensar tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos onde a pessoa humana passa a ocupar posição central. Nessa circunstancia, Cançado Trindade, verifica que a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno constitui-se fundamental e de alta prioridade:

O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.⁶³

Na mesma direção, Flávia Piovesan afirma que:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52.

⁶³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 498.

Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.⁶⁴

Por sua vez, diante da necessidade de interação entre direitos fundamentais constitucionais e direitos humanos internacionais, Ingo Sarlet argumenta que:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.⁶⁵

Cumprido ressaltar, por fim, que, para aqueles que defendem o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, eventuais conflitos entre direitos fundamentais consagrados internacionalmente e constitucionalmente devem ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à pessoa, ou seja, pelo princípio da primazia da norma mais favorável à pessoa humana.

3.6.3 A hierarquia infraconstitucional e supralegal

Essa teoria adota o entendimento de que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, não obstante cedam em face da Constituição, porém, possuem primazia normativa em relação às leis. Adota-se, assim, o caráter infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais. Desse modo, o controle constitucional pode ser exercido em caráter preventivo, e, dado o caráter infraconstitucional, mas supralegal dos tratados, podem eles ser submetidos previamente à ratificação, de modo a evitar antinomias, permitindo que a Constituição se adapte ao tratado ou o tratado se adapte à Constituição.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: Temas de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 58.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Revista de direito do estado, n. 1, p. 75, jan./mar. 2006.

Essa tese foi aventada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 79.785-RJ, em tese levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para quem:

Se assim é, à primeira vista, pacificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximadamente, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (...) e pela ilustrada Flávia Piovesan (...) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.⁶⁶

Dessa maneira, o referido Tribunal defendeu que tais tratados poderiam revogar a legislação geral anterior, mas não poderiam ser revogados por lei posterior incompatível, ou seja, como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição, e os que versam sobre direitos humanos devem ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro, isso significa dizer que estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Os tratados seriam, portanto, infraconstitucionais, porém, diante do caráter especial em relação aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, matéria de natureza essencialmente constitucional (já mencionado em tópicos anteriores), também seriam dotados de um atributo que os tornariam superiores à legislação ordinária.

Recentemente essa idéia foi concebida na manifestação do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, julgado no dia 22 de novembro de 2006, para quem tais tratados contariam com *status* de Direito supralegal:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RHC nº 79.785-RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 2002.

valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁶⁷

O voto do Ministro Gilmar Mendes, foi seguido pelos Ministros Ayres Brito, Menezes Direito, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Ainda não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

3.6.4 A hierarquia legal

Por sua vez, a quarta corrente doutrinária defende o caráter meramente legal ou de paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a lei federal. Essa corrente é mais conservadora e é a corrente prevalecente no entendimento da jurisprudência do STF desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004-SE (que citamos brevemente em passagem anterior), que teve como Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, no caso que versava sobre a Lei Uniforme de Genebra sobre as letras de câmbio e notas promissórias, que colidia em seu conteúdo com o Decreto 427/69.

Por esse julgamento, passou-se a reconhecer o *status* de lei ordinária dos tratados internacionais em geral, sem diferenciar aqueles que tratam especificamente de direitos humanos ou não. Com essa decisão, o STF alterou seu posicionamento tradicional anterior a 1977, em que dava prevalência ao direito internacional (supraconstitucionalidade dos tratados) e passou a adotar a tese de equiparação dos tratados internacionais a leis ordinárias, ou seja, os tratados internacionais estão hierarquicamente abaixo da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes relata que:

O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE n°80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto (julgado em 1.6.1977).

(...) Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n° 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466.343-SP, Relator: Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 2006. p. 21.

os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI n° 1.480 3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE n° 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC n° 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005).⁶⁸

Assim, considerou-se que os tratados internacionais, sejam de direitos humanos ou não, possuem a mesma hierarquia de lei federal e, no conflito entre esses diplomas, aplicam-se os princípios da “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível” (*lex posterior derogat priori*) ou da especialidade, ressalvada, ainda, a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional.

Enfrente a tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal, George Galindo resume os principais argumentos lançados pela tese majoritária no STF, a saber:

1) o caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos minimizaria a soberania brasileira; 2) sendo normas meramente legais, é possível o controle de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos; 3) tal como outros tratados internacionais, o critério para solucionar antinomias entre normas de mesmo patamar (lei e tratado) seria o princípio *lex posterior derogat priori*; 4) o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional; 5) tratados internacionais não podem impedir o Parlamento de legislar; 6) tratados não implicam emendas constitucionais; 7) Haveria em jogo um verdadeiro direito fundamental dos credores de dívidas oriundas de descumprimento de contratos de alienação fiduciária a sobrepor-se ao direito de os devedores de não serem submetidos à prisão civil.⁶⁹

Para o doutrinador Antonio Augusto Cançado Trindade, tal posicionamento é mecanicista e inócua, por não conseguir satisfazer um simples detalhe: como fica a responsabilidade do Estado no âmbito internacional? Pois, de acordo com os defensores dessa corrente doutrinária, os possíveis conflitos envolvendo a norma interna e internacional deveriam ser resolvidos de acordo com o princípio da lei

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466.343-SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça, Brasília, 22 nov. 2006. p. 12-14.

⁶⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, n. 6, v. 6, 2006, p. 123.

posterior revoga a lei anterior, porém, caso de um tratado se equiparar a lei ordinária e acabar sendo revogado pela simples aplicação do critério cronológico (*lex posteriori derogat priori*), o Estado deveria responder internacionalmente em decorrência de tal revogação, passando então, a sofrer sanções internacionais. O referido doutrinador argumenta tal questionamento através da seguinte dedução:

(...) os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam o interesse recíproco entre as Partes, consagram valores comum superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. Como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, dotados que são, ademais, de mecanismos de supervisão próprios. Assim sendo, como sustentar que a um Estado Parte seria dado “derrogar” ou “revogar” por uma lei um tratado de direitos humanos? Tal entendimento se chocaria frontalmente com a própria noção de garantia coletiva, subjacente a todos os tratados de direitos humanos.⁷⁰

Então, além de submeter o Estado a uma situação de vulnerabilidade em face do sistema internacional em razão das responsabilidades que poderão lhe recair, estes argumentos são incompatíveis com os princípios gerais do próprio direito internacional, como por exemplo, o princípio da *pacta sunt servanda*, que concede força normativa as normas internacionais.

Por fim, muito embora a teoria da hierarquia legal dos tratados internacionais seja a teoria predominante no âmbito da jurisprudência pátria, verifica-se que pelos julgados recentes, esse entendimento parece não mais se sustentar, em vista de dois pontos imprescindíveis a matéria: 1) o reconhecimento cada vez mais amplo do caráter constitucional (pelo menos materialmente) dos tratados internacionais de direitos humanos; e 2) uma maior influência das ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos no ordenamento interno dos Estados Soberanos.

Nesta seara, tendo em vista o julgado do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP que ainda não foi concluído, podemos dizer que a doutrina meramente legal (ou tese da paridade) e a tese de supraconstitucionalidade, perderam completamente a sua aplicabilidade, a primeira por negar a responsabilidade no plano internacional dos Estados pactuantes de um tratado internacional e conseqüentemente negar a

⁷⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 438.

natureza constitucional das normas provenientes de tais tratados. E a segunda, por negar o controle de constitucionalidade das normas internacionais quando incorporadas ao ordenamento jurídico interno, o que se mostra ser gradativamente prejudicial, visto que na ocasião de conflito entre a legislação internacional as normas constitucionais, estas últimas perderiam a sua eficácia e aplicabilidade e detrimento das últimas.

Por fim, mediante aos argumentos tecidos até o presente momento, podemos afirmar que os tratados de direitos humanos podem ser (ou são) incorporados no Direito interno brasileiro: 1) como norma de Direito Constitucional, decorrente Emenda Constitucional por força do art. 5º, §§ 2º 3º da CF/88 e, teoria agora adotada pelo Min. Celso de Mello; ou 2) como norma de Direito infraconstitucional mas supralegal, posição doutrinária defendida no voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP.

CONCLUSÃO

Eis uma visão sucinta, simples e condensada sobre alguns aspectos gerais que versam sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da ordem constitucional vigente no Brasil. O tema é polêmico e de suma importância, visto que em meio a atual fase de desenvolvimento das relações internacionais, é inegável a presença de fortes movimentos em prol da efetivação e proteção dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

A problemática, em princípio esbarra na falta de estruturação e organização do direito internacional no que concerne à divulgação e a preocupação de se universalizarem os direitos humanos estabelecidos em compromissos internacionais, pois, cada Estado-soberano adota maneiras diferentes para regulamentar e definir a posição hierárquica de tais preceitos em seus ordenamentos internos. Então, na ausência de normas internas expressas, a questão acaba sendo definida com base em entendimentos jurisprudenciais e posições doutrinárias muitas vezes obscuras em seus posicionamentos.

No Brasil, o cenário não é diferente, visto que não há, a exemplo do que ocorre em diversos países, regra expressa e solidificada quanto à hierarquia dos tratados internacionais ratificados pelo país, seja tratando de direitos humanos ou de outras matérias. Por enquanto, o entendimento predominante com relação ao tema, é de que os tratados ingressam no ordenamento jurídico interno com o *status* de lei ordinária. Porém, essa posição encontra forte obstáculo, por força do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF, que concede natureza materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que forem ratificados pelo ordenamento pátrio, por isso, se encontra acima de qualquer lei.

Além do mais, com base no princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o imenso catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988 (como aqui comentado), reforçam a posição de constitucionalidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Atento a essa nova realidade, o legislador constituinte procurou harmonizar a divergências quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, e acabou inserindo novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal, abrindo uma nova via constitucional de proteção aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Trata-se da edição da Emenda Constitucional nº 45, que acresceu o § 3º ao artigo 5º da Constituição, confirmando a jurisprudência já pacificada no Supremo. Os tratados internacionais, assim, só serão normas constitucionais se submetidos ao *quorum* qualificado próprio das emendas, o que, aliás, é requisito para que qualquer norma integre a Constituição. O argumento da constitucionalidade material, por tal interpretação, não foi amparado de imediato pelo texto modificado.

Porém, não obstante a esse posicionamento, parte da doutrina passou a argumentar que o § 3º da CF, não estaria a negar a materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, mas pelo contrário, estria a reforçá-la na medida em que preconiza um procedimento formal de incorporação desses dentro da ordem jurídica interna.

Por fim, não se deixou de comentar no escopo da dissertação, as correntes existentes a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados ao nosso ordenamento interno. Como demonstramos, podem ser identificadas quatro vertentes de interpretação quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, depois de devidamente internalizados.

A primeira delas atribui natureza supraconstitucional aos tratados dessa matéria. Era defendida, por exemplo, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, que adotava a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. A segunda corrente doutrinária defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º. do artigo 5º, que aduz que natureza constitucional aos tratados de direitos humanos. Essa corrente é defendida principalmente por Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ingo Sarlet, dentre outros. Já, a terceira vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui caráter

supralegal e infraconstitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e tem como principal defensor o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Por último, a quarta corrente doutrinária, ainda prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhece o *status* de lei ordinária a tratados internacionais, inclusive aqueles que protegem direitos humanos. Esse posicionamento foi firmado a partir de 1977 e perdurou mesmo após a Constituição de 1988, porém, tem recebido ferrenha crítica da doutrina.

Com efeito, pelo o que até agora se estabeleceu, todos os direitos inscritos nos referidos tratados de proteção dos direitos humanos, incorporam-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (§ 1º do art. 5º, CF), por serem normas materialmente constitucionais, definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parte final do § 2º, art. 5º, CF), dessa maneira passam a ser *cláusulas pétreas* do texto constitucional, não podendo ser suprimidos nem mesmo por Emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 1.º, inciso IV, da CF, passando a ser formalmente constitucionais e com força de emendas constitucionais quando submetidos a aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 3º, art.5º, CF).

Porém, mesmo com a devida interpretação dos referidos dispositivos constitucionais, não houve até o presente momento pacificação em relação à matéria. Assim é que os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro devem continuar com a natureza de direitos materialmente constitucionais salvo, e a partir da previsão estampada no parágrafo 3º do artigo 5º, se forem observados os requisitos previstos no referido inciso que deverão adotar a classificação de direitos formalmente constitucionais.

Portanto, a situação se encontra controversa enquanto não houver um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal que acabe com todas as divergências. E, ao que parece, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar sobre a extensão e sobre os efeitos do § 3º do art. 5º da CF/88, incluído pela EC nº 45/2004, a controvérsia permanecerá intensa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 846, p. 98, abr. 2006.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, 13^o ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, AGR-CR 8227-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, DJ 10-08-2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIN nº 1480- DF, Relator: Min. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Brasília, DJ 08-08-2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RHC nº 79.785-RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466.343-SP, Relator: Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 2006.

CASELLA, Paulo Barbosa . *Constituição e direito internacional*. In: Paulo Borba Casella; V. L. V. Liquidato. (Org.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO, Estevão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional – concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte Geral, 7^o ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3^o do Art. 5^o da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 6, v. 6, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direito fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6º ed., Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 1º vol., 6º ed., Rio: Freitas Bastos, 1979.

_____. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos humanos e o direito internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 82.

_____. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

_____. Tratados internacionais de direitos humanos e a reforma do judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio: Forense, 1984.

_____. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 9^o ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4609>>. Acesso em: 21 maio 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o §3^o do art. 5^o da constituição*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338> cessado no dia 22 de maio de 2009.

_____. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2^o e 3^o do art. 5^o da Constituição de 1988. *Revista de direito do estado*, n. 1, p. 75, jan./mar. 2006.

SATHLER, Henrique Kenup. O §3^o do artigo 5^o da Constituição Federal: Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado federal, ano 44, n. 173, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SÜSSENKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio: Freitas Bastos Editora, 1981.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional*. ANNONI, Danielle (Org.). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.