



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANA LUIZA NUNES MARTINS

OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS  
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS IMPLEMENTADA PELA  
EC N° 45/04

SOUSA - PB  
2006

ANA LUIZA NUNES MARTINS

OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS  
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS IMPLEMENTADA PELA  
EC Nº 45/04

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB  
2006

ANA LUIZA NUNES MARTINS

OS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS  
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS IMPLEMENTADA PELA EC Nº  
45/04

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Professor(a) Jacyara Farias Souza  
Orientador(a)

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

Sousa - PB  
Novembro-2006

Dedico este trabalho a todos aqueles que me apoiaram. Em especial à minha família, a quem eu agradeço em nome dos meus pais Cacilda e Raimundo, que, mesmo a distância, me encorajaram a vencer mais essa batalha.

A vocês, ofereço mais essa vitória.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus que, como um grande pai, guiou-me pelo caminho da sabedoria, dando inspiração para colocar no papel um pouco do meu singelo conhecimento e que, ainda, a de ajudar a trilhar, da melhor maneira possível, os caminhos vindouros.

Agradeço, também, a todos aqueles que me ajudaram, por ação ou omissão, na confecção desse trabalho, em especial as meninas do NPJ, Núbia e Rocilda, que com as suas alegrias e disponibilidade, foram extremamente prestativas.

Ainda, as meninas da Biblioteca, Rejane e Rozielia, que sempre ajudaram, não só para realização dessa pesquisa, mas, durante toda a minha cruzada universitária nesta casa.

E, como não poderia deixar de ser, a todos os professores, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o enriquecimento dos meus conhecimentos. De modo especial, a minha orientadora, Jacyara, que, pacientemente, dedicou um pouco do seu tempo e préstimos a mim. Como também, a minha querida Giorggia, que se tornou minha mestra e, acima de tudo, amiga, por quem tenho profunda admiração.

E, por fim, ao meu amigo, companheiro, e amor, Kleber, que, não obstante as horas de carinho e confidências que lhes foram furtadas, em virtude desse meu ofício, sempre se mostrou presente e essencial a essa minha nova vitória.



## GLOSSÁRIO

ADIN	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Art.(s)	Artigo(s)
Cf	Confira
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tribunal Nacional
Dec	Decreto
DJU	Diário da Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
Min	Ministro
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TPI	Tribunal Penal Internacional

## RESUMO

O estudo do direito internacional é, por via de consequência, dos tratados e convenções internacionais. Estes, por sua vez, ocupam, na atualidade, posição de destaque, tendo em vista os fenômenos da globalização. Um dos temas que mais tem suscitado entraves no mundo jurídico quanto à matéria é a questão da relação estabelecida entre as ordens jurídicas, interna e internacional. Por sua relevância, o tema merece reflexões por parte dos operadores do direito, mas não só no que respeita às consequências da internalização dos tratados, mas, sobretudo, pelas interferências que advirão em torno dos direitos e garantias individuais expressos na Constituição. Assim, o presente trabalho se propõe a enfrentar, de forma clara e concisa, através do método histórico-evolutivo e da investigação exegética-teleológica nas renomadas doutrinas e no arcabouço jurisprudencial, a problemática da recepção das normas internacionais. Destarte, abordar-se-á, inicialmente, a conceituação e estruturação dos tratados, que são essenciais para o entendimento do tema, à forma de recepção no ordenamento jurídico brasileiro, bem com as posições das diferentes correntes acerca da natureza jurídica dos tratados ratificados pelo presidente da República. Ademais, analisar-se-á as normas internacionais de proteção a direitos humanos, seu alcance, natureza jurídica, conferida pela Constituição e o posicionamento adotado pela jurisprudência pátria. Por fim, pondera-se-á as consequências advindas da inclusão no art. 5º da CF/88, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, do § 3º, proveniente da promulgação da Emenda Constitucional nº45, de 08 de dezembro de 2004, que elevou ao *status* de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o *quorum*(qualificado) de 3/5 dos votos dos respectivos membros. À guisa desse estudo, constata-se os reais efeitos da inclusão do referido parágrafo, que, ao contrário do que se vislumbra inicialmente, gerou uma afronta a toda edificação do direito constitucional presecucionista dos direitos fundamentais, isso porque concedeu natureza jurídica diversas tratados e convenções internacionais de direitos humanos, conferindo status constitucionais aos ratificados após a EC nº 45/04 e considerando os que se incorporaram ao ordenamento jurídico brasileiro antes do advento da referida Emenda como normas infraconstitucionais, ensejando, assim, a alegação de inconstitucionalidade, tendo em vista confrontar diretamente com as cláusulas pétreas.

**Palavras-chave:** tratados internacionais; direitos humanos; status constitucionais

## ABSTRACT

The study of the international law it is, for way of consequence, of treat and the international conventions. These, in turn, occupy, in the present time, prominence position, in view of the phenomena of the globalization. One of the subjects that more have excited impediments in the legal world how much to the substance it is the question of the relation established between the jurisprudences, internal and international. For its relevance, the subject deserves reflections on the part of the operators of the right, but in that it not only respects to the consequences of the application of the treated ones internally, but, over all, for the interferences that will happen around the rights and express individual guarantees in the Constitution. Thus, the present work if considers to face, of clear and concise form, through the method of the historical evolution and the teleologic inquiry of exegesis in the famous doctrines and the jurisprudence, the problematic one of the reception of the international norms. In this way, it will be approached, initially, the conceptualization and structure of the treated ones, that they are essential for the agreement of the subject, to the form of reception in the Brazilian legal system, well with the positions of different chains concerning the legal nature of the treated ones ratified by the president to the Republic. Moreover, one will analyze the international norms of protection the human rights, its reach, legal nature, conferred for the Constitution and the positioning adopted for the native jurisprudence. Finally, inclusion will evaluate consequences happened of in art. 5<sup>o</sup> of CF/88, that deals with the rights and individual and collective duties, of § 3<sup>o</sup>, proceeding from promulgation from Emendation Constitutional n<sup>o</sup> 45, of 08 of December of 2004, that it raised to the status of constitutional emendation treat and the international conventions on human rights that will be approved, in each house to the National Congress, in two turns, with the quorum (qualified) of 3/5 of the votes of the respective members. To it stews of this study, one evidences the real effect of the inclusion of the related paragraph, that, in contrast of that if it glimpses initially, generated one confronts to all construction of the constitutional law in the preservation of the basic rights, this because it granted legal nature diverse treat and to the international conventions to human rights, conferring constitutional status to ratified after the EC n<sup>o</sup> 45/04 and considering the ones that if had incorporated the legal system Brazilian before the advent of the cited Emendation as constitutional rules, trying, thus, the allegation of unconstitutionality, in view of collating directly with the stony clauses.

**Key-words: treat international; right human beings; constitutional status**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 DOS TRATADOS.....	12
1.1 Do conceito.....	12
1.2 Forma de ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico Brasileiro.....	13
1.2.1 Recepção dos tratados .....	16
1.3 Posição hierárquica dos tratados internacionais.....	21
1.3.1 Normas infraconstitucionais ordinárias.....	21
1.3.2 Normas infraconstitucionais especiais.....	24
1.3.3 Status de normas constitucionais.....	25
CAPÍTULO 2 DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.....	28
2.1 Dos direitos humanos.....	28
2.2 O âmbito de atuação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	32
2.3 Da incorporação automática.....	35
2.4 Interpretação jurisprudencial.....	37
CAPÍTULO 3 O NOVO REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS INTRODUZIDO PELA EC Nº45/04.....	42
3.1 Das inovações trazidas pela ECnº45/04.....	42
3.2 Da inconstitucionalidade do § 3º introduzido pela emenda constitucional 45, de 31/12/2004.....	44
3.3 A situação dos tratados e convenções que já estavam em vigor antes do advento da EC nº 45/04.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

## INTRODUÇÃO

Com a chegada do Século XX, mais precisamente no primeiro pós-guerra, entram em cena as organizações internacionais. Nesse palco, surge, também, a codificação do direito dos tratados, com a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas.

Após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo, em virtude das atrocidades cometidas pelo regime nazista, foram criadas inúmeras normas com o intuito de prevenir que essas violações voltassem a ocorrer.

Isso provocou um processo de relativização da soberania absoluta dos Estados, pois se passou a permitir formas de monitoramento e responsabilização internacional quando os direitos humanos forem violados.

O Brasil, somente após o fim da ditadura militar, através da promulgação da Constituição Federal de 1988, começou a adotar medidas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Da análise da Carta Magna percebe-se que a mesma faz referência, em seu texto normativo, aos direitos humanos. O inciso III, do artigo 1º da CF, dispõe que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e, na seqüência, o art. 4º, II, dispõe que nas relações internacionais, o país deverá reger-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Ademais, não se pode deixar de mencionar o § 2º, do art. 5º, também da Constituição Federal, que versa sobre a questão relativa ao ingresso, em nosso direito positivo, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, cujo sentido é de informar o interprete do texto constitucional de

que o rol dos direitos constantes no aludido artigo não é exaustivo, existindo, outrossim, outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira, ou, bloco de constitucionalidade.

Esse tema, por sua relevância no cenário mundial, sobretudo, nacional, merece reflexões, não só no que diz respeito à internalização dos tratados, mas, principalmente, pelas interferências que surgirão em torno dos direitos e garantias expressas na Constituição. *dejetivo específico*

*Formulações do Problema*

A presente pesquisa, pautada no método exegético jurídico e teleológico, embasado na análise da doutrina pátria e alienígena e do direito comparado, bem como de periódicos e jurisprudência, além do método histórico, se propõe a enfrentar a problemática da recepção dos tratados internacionais na ordem interna, bem com a posição hierárquica que os mesmos assumem com relação ao direito nacional antes e depois do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou um novo parágrafo ao art. 5º, elevando ao status de emenda constitucional os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que passarem pelo procedimento de aprovação das emendas constitucionais.

No capítulo inicial analisou-se o conceito de tratados e convenções e sua forma de ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, arrazoando acerca das teorias monista e dualista, que, na atualidade, não tem grande aplicação prática; o procedimento pelo qual o tratado internacional passa até sua internalização no ordenamento pátrio e, após a incorporação, a posição hierárquica que passa a ocupar, definindo sua natureza jurídica.

Em seguida, a pesquisa centrar-se-á na abordagem dos direitos humanos, seu significado, alcance e sua normatividade no ordenamento pátrio. *Dejetivo* Nessa esteira, versará o capítulo a cerca da incorporação dos instrumentos de proteção

aos direitos humanos diante do preceito estatuído nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte e, mais ainda, confere aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, esboçando posições doutrinárias e jurisprudências.

*Problemático* → Por fim, e sem pretensões de esgotar a matéria, posto que se tratar de um tema bastante controverso, analisar-se-á, no terceiro capítulo, do ponto de vista crítico, o novel § 3º introduzido ao art. 5º da Constituição por meio da EC nº 45/04, que, não obstante sua pretensão de pacificar a polêmica acerca do nível hierárquico dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, gerou uma celeuma, ainda maior, acerca do tema. *obj. específico*

Nesse último capítulo, tendo em vista o principal objetivo da pesquisa, abordar-se-á algumas considerações acerca das conseqüências advindas do novo parágrafo, propondo soluções às indagações que pairam no mundo acadêmico, como, por exemplo, em que posição hierárquica se encontra os tratados e convenções que já estavam em vigor antes do advento da Emenda nº 45. *Objetiva específica.*

Desta feita, não se objetiva esgotar o tema. Mas, apenas, de fornecer maiores elementos para entender a seara dos direitos humanos internacionais na sociedade contemporânea, sobretudo, o tratamento jurídico dispensado aos mesmos no ordenamento brasileiro.

## CAPÍTULO 1 DOS TRATADOS

Para que se possa enfrentar corretamente o tema objeto da presente pesquisa, faz-se necessário discorrer acerca do principal instituto do Direito Internacional, que muitas vezes se confundi com o próprio ramo do direito, qual seja, os tratados.

Em busca de uma melhor compreensão, inicialmente, procurar-se-á, neste primeiro capítulo, conceituar o que seja tratado, tentando conciliar as várias expressões utilizadas na prática, para só então ser abordado a questão da internalização no ordenamento jurídico pátrio, analisando as suas conseqüências e as divergências doutrinárias em torno da posição hierárquica ocupada pelos mesmos.

### 1.1 Do Conceito

Os tratados e as Convenções são tidos como expressões sinônimas, como assim estabeleceu a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969(BRASIL,2005), que constitui um importante instrumento no caminho da codificação do Direito Internacional Público, chamado por muitos de o Código dos Tratados.

Esse instrumento dispôs, no seu artigo 2º, § 1º, "a", que os tratados são:

Acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Em uma definição, precisa e completa, conclui o renomado doutrinador pátrio Beviláqua (*apud. Mazzuoli, 2004, p. 1*):

Tratado Internacional é um ato jurídico, em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de algum direito [...] a definição acima exposta abrange todos os atos jurídicos bilaterais ou multilaterais do direito público internacional que realmente podem ser designados pela denominação geral de tratados, mas que recebem, na prática e nos livros de doutrina, qualificações diversas.

Por conseguinte, são atos solenes cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades, rigorosamente distintas e sucessivas.

Este procedimento se inicia com as negociações preliminares e a assinatura ou adoção, pelo Executivo; *a posteriori*, tem-se a aprovação ou adesão do texto convencional, concluindo com a troca dos instrumentos que o consubstanciam.

Obedecido tal rito procedimental e, conseqüentemente, estando o tratado devidamente concluído, o mesmo, como leciona Mirtô Fraga (*apud. Mazzuoli, 2004, p. 02*), “é fonte de direito, expressamente prevista na Constituição, produzida com a elaboração externa, ao lado de outras, emanadas, apenas, de órgãos internos[...]”.

Desse procedimento de internalização ocupar-se-á, detidamente, o tópico seguinte.

## 1.2 Forma de ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Para solucionar as controvérsias causadas pelo choque aparente entre as normas de direito interno e de direito internacional, bem como, para explicar a

relação hierárquica entre elas, os internacionalistas dividiram-se em duas correntes: o monismo e o dualismo.

A doutrina dualista, difundida no âmbito internacional por H. Triepel e Anzilotti, e seguida no Brasil por Almicar de Castro, também tida como paralelismo do Direito Público, considera o Direito Internacional e o Direito Interno como dois sistemas jurídicos igualmente válidos, todavia distintos, independentes e separados.

Para essa corrente, o Direito Interno compreende a Constituição e demais instâncias normativas vigentes no País, elaboradas pela vontade soberana do Estado. Enquanto que o Direito Externo, ou internacional, envolvem tratados e demais critérios que regem os relacionamentos entre os diversos Estados, assentando-se na acomodação das vontades soberanas destes.

Em contrapartida, a concepção monista, desenvolvida por Hans Kelsen, e seguida no Brasil pela maior parte da doutrina, incluindo Tenório, Celso D. de Albuquerque de Mello e Marrota Rangel, preconiza o princípio da unidade, ou seja, o direito internacional e o interno compõem uma única ordem jurídica e, sendo assim, haveria uma norma hierarquicamente superior regendo esse único ordenamento jurídico.

Desta feita, essa teoria apresenta duas variáveis, de compreensão e aceitação, junto à comunidade jurídica.

A primeira vertente, desenvolvida pela Escola de Viena, adota a preponderância do direito internacional. Kelsen, ao formular a Teoria Pura do Direito, enunciou a pirâmide de normas, nela estabeleceu que uma norma tem a sua origem e tira sua obrigatoriedade da que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide está a norma fundamental, a norma base (*Grundnorm*), cuja

origem está em um princípio superior de ordem internacional e consuetudinário, com natureza *pacta sunt servanda*, oriunda de um direito internacional organizador das relações entre os Estados.

Depreende-se esse monismo radical da idéia de Hans Kelsen (*apud* Mazzuoli, 2004, 06):

Se esta norma, que fundamenta os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados, é considerada como norma jurídica positiva - e é o caso, quando se concebe o direito internacional como superior a ordenamentos jurídicos estatais únicos, abrangendo esses ordenamentos delegação - então a norma fundamental - no sentido específico aqui desenvolvido, de norma não estabelecida, mas apenas pressuposta - não mais se pode falar em ordenamentos jurídicos estatais únicos, mas apenas como base do direito internacional.

Já a segunda acepção, chamada de monismo moderado, com raízes no hegelianismo, considera o Estado detentor de soberania absoluta, não estando, em conseqüência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Em sendo assim, o próprio fundamento do direito internacional é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria elaborada por Jellinek.

Porém, a exemplo da teoria dualista, o monismo, em suas duas vertentes, sofreu modificações no que concerne a realidade prática da doutrina quanto à incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno, já que alguns sistemas jurídicos optaram pela técnica da incorporação legislativa, enquanto outros optaram pela simples ratificação do tratado para sua aplicação ao direito interno.

Corroborando com essa assertiva, Magalhães (*apud*, Mazzuoli, 2004, 05) vem dizer que "é por isso que perdeu o sentido a antiga polemica sobre o

dualismo e o monismo”. Tal celeuma, na verdade, pode-se considerar ultrapassada, uma vez que a questão se cinge ao exame da Constituição de cada país e dos mecanismos por ela adotados para celebração e ratificação dos tratados.

Trata-se, dessa forma, de matéria constitucional, mais do que internacional, devendo sempre examinar a Constituição para se verificar a constitucionalidade de um tratado e, assim, sua regularidade perante a ordem interna.

#### 1.2.1 Recepção dos tratados

Por determinação constitucional, os tratados internacionais, entendidos aqui em sentido amplo, entram no ordenamento jurídico brasileiro por um processo de transformação denominado de internação, internalização, incorporação ou recepção dos tratados internacionais.

Os procedimentos internos pelos quais devem passar, antes da ratificação, são fundamentais para sua correta eficácia no âmbito do ordenamento interno do Estado. A eles dar-se o nome de “poder de celebrar tratados”, ou “competência dos poderes constituídos para celebração de tratados”, ou, ainda, a expressão *treaty-making power*, que, nos países de língua inglesa, é usada para designar o conjunto de poderes para a celebração dos tratados.

No Brasil, quando do exame da Constituição de 1988, constata-se que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjunção de duas vontades: A do Congresso Nacional, que resolve definitivamente sobre

tratados, mediante decreto legislativo conforme dispõe o (art.49, I, CF/88); e a do Presidente da República que os assina, ratifica-os e os promulgam internamente, mediante decreto (art.84, VIII da CF/88).

Estes são os dois únicos artigos do texto constitucional de 1988 que tratam do procedimento de ingresso dos tratados internacionais em geral no ordenamento jurídico brasileiro. Eis o que dispõem (BRASIL, 2006):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
[...]

VIII- Celebrar tratados, acordos ou atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]

Em consonância com essa assertiva, Flavia Piovesan (*apud* Mazzuoli, 2004, p. 08) afirma que:

[...] se consagra a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de Tratados internacionais, que não se aperfeiçoam enquanto à vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.

Nessa esteira, ressalta-se que, considerando o histórico das Constituições anteriores, constata-se, no Direito Brasileiro, que a conjunção de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para conclusão dos tratados internacionais.

Grande parte da doutrina pátria aponta três fases distintas do processo de internacionalização dos tratados internacionais convencionais brasileiros.

Na primeira fase, denominada de Negociação e Assinatura, os termos do tratado são discutidos entre os signatários, que no Brasil, é função típica do Ministro das Relações Exteriores.

Na elaboração do texto final, são apreciados os pressupostos de constitucionalidade atinentes à matéria objeto do tratado para que, então, o texto final possa ser assinado. "É um tipo de controle saneador" (Ariosi, 2004, p. 02) preparatório do instrumento para sua posterior assinatura.

Essa, não obstante o art.84, VIII, da CF/88, atribuir competência privativa ao Presidente da República para a celebração de tratados, e tendo em vista o mesmo acumular as funções de Chefe de Estado e de Governo, devido ao regime presidencialista, não podendo estar sempre presente no ato formal da assinatura, tampouco em toda a fase de negociação, pode ser efetivada pela figura do plenipotenciário.

Neste sentido tem-se a orientação da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969 (BRASIL, 2005), que já em seu art. 1º define plenos poderes como sendo:

[...] um documento expendido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designados uma ou várias pessoas para representar um Estado para negociação, a adoção ou autenticação do texto de um tratado, para exprimir o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado.

Completa o ciclo da negociação a assinatura, seja pelo Presidente da República, seja pelo seu representante, que gera, apenas, responsabilidade com relação aos demais signatários e não obrigação na ordem interna.

Terminada a fase de negociação, leciona Rezek (1998, p.68):

[...]o Presidente da República que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso ou não, ao processo determinante do consentimento.

Estando insatisfeito com a negociação, pode mandar arquivar o acordo; caso contrário o submeterá ao crivo do Congresso, representante da vontade na Nação.

Já a segunda fase é denominada de *Referendum*, onde o Congresso Nacional, quando chamado a se manifestar, através da elaboração de um decreto legislativo (art. 59, VI), materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. É aqui que se inicia o fenômeno propriamente dito da internalização ou recepção dos tratados.

Essa espécie normativa, que é dispensada em hipótese de rejeição do tratado, caso em que a comunicação ao Chefe do poder Executivo se dá apenas por meios de uma mensagem, é de competência exclusiva do Congresso Nacional, não estando sujeito à sanção presidencial, sujeitando-se apenas à promulgação do Presidente do Senado e posterior publicação no Diário Oficial.

Apesar desse decreto está dentre as espécies normativas do art. 59 da Constituição, Mirtô Fraga (*apud*. Mazzuoli, 2004, 03). “não tem ele o condão de transformar o acordo assinado pelo executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional”.

Este decreto contém um duplo teor: *a priori*, a aprovação do texto convencional, não sendo admissível qualquer emenda, e, simultaneamente, a autorização do Presidente da República para ratificar a assinatura já depositada, ou mesmo, aderir se já não o tenha feito.

Por fim, há terceira fase, intitulada de ratificação e promulgação, que ocorre após a publicação do Decreto Legislativo aprovando o texto convencional do tratado, no qual o Presidente, como dito anteriormente, recebe “carta branca” para ratificar a assinatura. Contudo, o abono parlamentar, como leciona Rezek (1998, p. 69):

[...] não o obriga a ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto a assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessário, porém não é suficiente.

Desta forma, a manifestação legislativa só vincula o Executivo quando desaprova o texto do tratado anteriormente assinado, quando então, o Presidente da República estará impedido de levar a efeito a ratificação. Mas, se aprovou o tratado submetido à sua apreciação, a decisão será do Chefe do Executivo, que tem a discricionariedade de ratificá-lo ou não, segundo o que julgar conveniente.

Mas, uma vez ratificado o acordo, seguindo uma prática lusitana, exigiu-se no Brasil, do Presidente da República, que seja expedido um decreto de execução, assinado pelo mesmo e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores, promulgando e publicando no Diário Oficial da União, a cópia do texto do ato. A partir de então, passa a ter o tratado plena vigência na ordem interna.

Sendo assim, as normas constantes nos acordos internacionais convencionais, devidamente aprovadas pelo Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, alcançando status de lei *lato sensu*, pois não há disposição constitucional que mencione a posição hierárquica dos mesmos, ou seja, se estes tratados, que não são de Direitos humanos, tendo em vista que

esses têm um regramento diferente, posteriormente elucidado, estariam abaixo das leis, se sobreporiam em caso de conflito, ou se as revogariam ou seriam por elas revogados.

### 1.3 Posição hierárquica dos tratados internacionais

Como alhures mencionado, não há, e nunca houve, no ordenamento positivo brasileiro qualquer disposição, nem mesmo constitucional, que dispusesse em que posição hierárquica normativa se encontram os tratados internacionais.

Sobre essa celeuma há, basicamente, três correntes; uma que advoga o princípio da paridade entre os tratados e demais normas, entendendo quem os mesmos ingressam em nosso ordenamento como normas infraconstitucionais ordinárias; outra que confere aos acordos internacionais a natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais; e, por fim, a que defende a supremacia dos tratados frente as demais leis, atribuindo-lhes o *status* de normas constitucionais.

Diante desse panorama, passa-se a examinar todas as correntes, sendo apresentado, por fim, algumas considerações sobre a aplicabilidade à realidade brasileira.

#### 1.3.1 Normas infraconstitucionais ordinárias

Diante da ausência de dispositivos constitucionais referentes ao conflito de direito internacional e o direito interno, a jurisprudência pátria, orientando-se por parte da doutrina e acórdãos, desde o final dos anos setenta, acolheu o princípio

da paridade que equipara juridicamente o tratado internacional á lei ordinária federal. Tendo como marco desta posição o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004,1977, *in verbis*:

#### RECURSO EXTRAORDINÁRIO

(TRIBUNAL PLENO)

Relator para o acórdão: o Sr. Ministro Cunha Peixoto.

Recorrente: Belmiro da Silveira Góes.

Recorrido: Sebastião Leão Trindade.

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de câmbio e Notas Promissórias – Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de o avalista ser acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto – Lei nº 427 de 22/01/1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto – Lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que oposto.

#### RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO

(R.T.J. 83, p. 809-48)

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. R.T.J. 83/809)

Não obstante todas as críticas, com esse entendimento a Excelsa Corte consagrou as normas internacionais convencionais como tendo o mesmo valor jurídico das demais disposições legislativas internas.

Corroborando, atualmente, com essa orientação o fato de eventual ofensa a um tratado ensejar Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, não Recurso Extraordinário ao Superior Tribunal Federal (art, 105, III, “a”, da CF/88).

Outrossim, nessa mesma linha, acrescenta-se a competência do STF para só se pronunciar sobre matéria envolvendo tratados quando for questionado a sua constitucionalidade, o que, em última análise, consagra o princípio da paridade,

entre tratado e lei ordinária, pois é pressuposto para declaração de inconstitucionalidade a infraconstitucionalidade .

Com isso, estando os acordos internacionais ratificados pelo Brasil no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, deve-se aplicar, em caso de conflito, o princípio geral da *lex posterior derogat priori*, isto é, o critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a anterior com ela conflitante.

Em conseqüência, admite-se que um acordo internacional perca vigência, em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, permitindo-se, desta feita, e a contrário senso, que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes. Não obstante ter o tratado, na maioria das vezes, o objetivo de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários.

Diante disso, assume o Congresso verdadeira obrigação negativa, qual seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas.

Por conseguinte, aprovado o tratado pelo Congresso Nacional, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente.

De tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine a aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhe cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem fielmente regulamentá-las, fazendo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incube o papel preponderante de aplicar os tratados internamente bem como as leis que o regulamentam, afastando-se a aplicação de leis nacionais que lhe sejam contrárias.

### 1.3.2 Normas infraconstitucionais especiais

Passe-se, agora, a análise da segunda corrente sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico que, ao contrário da primeira, que sustenta a paridade entre os acordos internacionais e as leis ordinárias, tendo como princípio *lex posterior derogat priori*, para estes, deve prevalecer o princípio segundo o qual lei especial revoga geral.

De acordo com essa vertente, que tem em Kelsen um dos seus maiores expoentes, os tratados equivalem a leis especiais, por se tratar do resultado de um acordo internacional entre diferentes Estados, não podendo, em conseqüência, ser simplesmente revogado por leis ordinárias nacionais posteriores, sob pena de responsabilização do Estado na ordem internacional e de instaurar-se uma grave crise de credibilidade em torno de futuras convenções e relações internacionais.

Em contrapartida, segundo entendimento do STF (cf. HC 72.131-RJ), nem toda lei nova, somente porque é nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflite. Não basta somente ser lei nova. Exige-se mais; além de nova, deve ser apta a revogar a lei anterior. E esta qualidade só se verifica nas hipóteses em que ambas as leis (nova e anterior) sejam gerais ou, ambas, especiais.

Sendo assim, o STF aplica o princípio da *lex posterior generalis non derogat legi priori specia*, através do qual algumas leis internas

infraconstitucionais têm prevalência sobre alguns tratados, por serem estes considerados normas também infraconstitucionais gerais.

Um exemplo cabal sobre tal aspecto diz respeito à prevalência do Dec. Lei nº 911/69, que permite a prisão civil do devedor – fiduciante, equiparado ao depositário infiel, sobre a norma de direito internacional público, Pacto de San José da Costa Rica, que não permite, por sua vez, a prisão civil por infidelidade depositária.

### 1.3.3 'Status' de normas constitucionais

Por fim, encontra-se alguns doutrinadores que através de uma interpretação, extensiva e sistemática, do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, atribuem o *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Os argumentos daqueles que defendem essa corrente se encontram bem sintetizados no Magistério de Flávia Piovesan (*apud* Mazzuoli, 2004, p. 09):

[...] 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', 'a contrário sensu', está ela a incluir, no catálogo dos direitos constitucionais protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Sendo assim, incorporando ao seu texto esses direitos internacionais estaria a Constituição atribuindo-lhes natureza de normas constitucionais.

Aduzem, ainda, os defensores dessa corrente, que os tratados são aplicados no Direito nacional como Direito Internacional, não se revestindo da

natureza do decreto legislativo. Em outras palavras, seriam recebidos na ordem interna como tratados e não como leis internas, abrangidos por cláusula geral de recepção plena, só podendo ser revogados por procedimento próprio e não por lei.

Em contrapartida, a Constituição é clara ao refutar tais argumentos, isso porque, o próprio legislador erigiu como mandamento constitucional a recepção por meio dos decretos legislativos conforme dispõem os artigos 49, I c/c 84, VII da CF/88, sendo inconstitucional a incorporação automática na ordem jurídica, dispensando-se por via de consequência, a edição do decreto pelo Executivo para produzirem efeitos, tanto interna quanto internacionalmente.

Tem-se ainda, a previsão do art. 60, § 4º da CF/88 que estabelece a rigidez da Constituição Federal ao exigir um quorum de votação de três quintos dos membros de cada casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais.

Por conseguinte, conferir status de normas constitucionais a tratados de direito humanos seria admitir que a Constituição da República pudesse ser emendada por decreto legislativo, que é aprovado por maioria simples. Ferindo, assim, o princípio da segurança jurídica. Muito embora, fosse possível a inclusão dessa espécie de tratados no chamado bloco de constitucionalidade, o que será aduzido mais à frente, evitando, por conseguinte, a violação da norma constitucional.

Desta feita, embora respeitável os argumentos desta corrente de que haveria supremacia, frente à legislação infraconstitucional, dos tratados que versam sobre direitos humanos, a posição que prevalecia no Brasil, na maior

parte da doutrina e jurisprudência, até a EC. Nº 45/04, é a de que os aludidos tratados guardam, também, relação de paridade com a legislação ordinária.

Tal ressalva, feita acima, se deve ao fato de que a citada Emenda acrescentou um novo parágrafo ao art. 5º, qual seja, o § 3º estabelecendo que:

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.

Diante dos posicionamentos analisados, destaca-se que existem duas espécies dos gêneros tratados e convenções internacionais. Aqueles que não versam sobre direitos humanos, e os que tratam dos direitos humanos. Esses últimos se dividem em tratados sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento e *quorum* qualificado das emendas constitucionais, por força do novo § 3 do art. 5º, tendo equivalência destas: e os que não seguiram essa formalidade que, como dito alhures, segundo a posição jurisprudencial e grande parte da doutrina, guardam uma relação de paridade com as normas infraconstitucionais.

No entanto, há de se destacar, como será visto adiante, que a Constituição, seguindo uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, procurou igualar hierarquicamente os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos às normas constitucionais, seja pelo disposto no § 2º, quanto o que foi estabelecido no novel § 3º, ambos do art. 5º da Constituição Federal.

## CAPÍTULO 2 DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Para que se possa entender a maneira pela qual a Constituição Federal de 1988 disciplina o tratamento dispensado aos tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário à compreensão do que, na realidade, significa os direitos humanos.

### 2.1 Dos direitos humanos

A noção de direitos inerentes à pessoa humana desenvolveu-se, ao longo da história, em lugares, épocas e culturas distintas, a partir de correntes filosóficas e doutrinas jurídicas ligadas a movimentos sociais e político, contra o despotismo, arbitrariedade, a asserção da participação na vida comunitária e o princípio da igualdade.

Direito Humanos, como leciona Flávia Piovesan (*apud* Mazzuoli, 2004, p. 01), considerando sua historicidade, detém uma pluralidade de significados, da qual se opta pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fundada na universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Diz-se universal "porque a condição de pessoa a de ser requisito único para titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição"; e indivisível "porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tão pouco há verdadeira igualdade sem liberdade". (*apud* MAZZUOLI, 2004, p.

01)

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, (Mazzuoli, 2004, p. 02), dispõem, no seu parágrafo 5º, que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Classificam-se estes direitos, de acordo com seu momento de surgimento, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 26), em gerações, quais sejam: os chamados direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos), que são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente na Magna Carta; os intitulados de direitos de segunda geração que são os direitos sociais, econômicos e culturais, que surgiram no início do século XX; e direitos de terceira geração ou direitos de solidariedade ou fraternidade, que envolvem o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente.

Paulo Bonavides (1998, p.571) elenca uma quarta geração de direitos que compreenderia os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Tem-se, ainda, outra definição, mais usual, que classifica os direitos humanos como fundamentais, muito embora, na maioria das vezes, sejam utilizados como expressões sinônimas, não obstante serem os direitos fundamentais aqueles positivados nas Constituições dos Estados e os direitos humanos aqueles reconhecidos internacionalmente, em documentos internacionais.

Por sua vez, José Afonso da Silva (1998, p. 182) concluiu que a expressão mais adequada é “direitos fundamentais do homem”, assim elucidando:

[...] porque além de referir-se a princípio que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

Neste sentido, Canotilho (1998, p. 387) afirma que:

[...]direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Porém, não obstante todas essas conceituações, o grande cerne dos direitos humanos não é fundamentá-los e sim o de protegê-los.

O renomado doutrinador português, J.J. Gomes Canotilho (1998 p. 372), ensina que “o constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (1998, p. 51) e, continua explicando que, “a constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos”.

A promoção e proteção desses direitos humanos tem sido uma preocupação da ONU desde 1945, quando os Estados ainda estavam sob o efeito das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

Os Tratados Internacionais de direitos humanos nasceram como uma resposta a esses horrores, tendo como fonte de surgimento o chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (*International Human Rights Law*), criando obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, provocando um processo de relativização da soberania absoluta dos Estados, pois passou-se a permitir formas de monitoramento e responsabilização internacional quando os direitos humanos fossem violados.

O Brasil esteve afastado de uma participação relevante no tratamento internacional de direitos humanos, sendo signatário, até então, de um número reduzido de acordos internacionais relacionados à temática, sobretudo durante o período militar.

Somente após o fim da Ditadura, através da Constituição Federal de 1988, que recebeu a alcunha de “cidadã”, o país começou a adotar medidas de proteção aos direitos humanos, erigindo a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental, pelo qual a República Federativa do Brasil deve-se reger no cenário internacional, como depreende-se dos dispositivos abaixo (Brasil, 2006):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade humana;

[...]

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios

[...]  
II – prevalência dos direitos humanos.

Atualmente, o país é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, dentre eles, se encontra a Convenção Americana de Direitos Humanos e, mais recentemente, o Estatuto de Roma, que criou o TPI, Tribunal Penal Internacional.

## 2.2 O âmbito de atuação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988

Seguindo uma tendência do Constitucionalismo contemporâneo, a Carta Política de 1988 procurou igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais.

Nesse sentido estatuiu o § 2º do art. 5º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da análise desse preceito, percebe-se a existência de três vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais. Têm-se os expressos na Constituição, elencados nos incisos I ao LXXVII do seu artigo 5º, assim como outros fora do rol dos direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, da Carta Magna; os implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e, por fim os inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessas três vertentes, vislumbra-se duas fontes do sistema Constitucional de proteção de direitos: uma interna, que compreende os direitos e garantias expressos ou implicitamente consagrados pelo texto constitucional; e outra internacional, decorrente da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O § 2º do artigo 5º, que constitui uma verdadeira cláusula aberta, a ser somada com outros princípios constitucionais expressos ou implícitos, está a admitir que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Isso porque, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, é dizer, em outras palavras, que, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, o Texto Constitucional os incluem no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade. (MAZZUOLI, 2004, p. 361)

Mas, apesar de esse tipo de tratado ter hierarquia constitucional, não se incorporam no texto da Constituição, tendo em vista tratar-se, somente, de norma materialmente constitucional. Do contrário, demandaria um procedimento de emenda à Constituição previsto no art. 60, § 2º, o qual prevê que tal proposta “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Assim, entende-se que os direitos humanos provenientes de tratados, em face da cláusula de não exclusão do § 2º do art. 5º, passam a incluir-se no bloco de constitucionalidade e não no texto constitucional propriamente dito.

Desta feita, deve o interprete optar, preferencialmente, pela fonte que proporcionar a norma mais favorável à pessoa protegida, visando com isso, a otimização e a maximização do sistema (interno e internacional) de direitos e garantias individuais.

Em relação à otimização das normas, explica Canotilho (1998, p. 1196):

A interpretação da Constituição [...] é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o interprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta.

Quanto ao princípio da máxima efetividade (1998, p. 1208):

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

Guardando semelhanças com a cláusula de não exclusão do §2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 encontramos o art. 45 da Constituição paraguaia de 1992, estabelecendo que a enunciação dos direitos e garantias contidos na constituição não deve ser entendida como negando outros, que sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente nela.

Desta forma, não obstante esta Constituição não fazer referencia expressa aos tratados internacionais, a doutrina paraguaia, segundo Mazzuoli(2004, p.

368), é firme no entendimento de que os “direitos inerentes à pessoa humana não figurados na Constituição, são aqueles provenientes de tratados, que passam, por isso, assim como no Brasil, a ter status de norma constitucional”. Este entendimento é, ainda, reforçado pelo art. 142 da Carta Paraguaia, quando dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos “não poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda à Constituição”. É dizer com isso, pelo procedimento do art. 290, “que exige además de mayorías absolutas, la convocatória a referendum”. (MAZZUOLI, 2004, p. 369).

### 2.3 Da incorporação automática

Além do status de norma materialmente constitucional conferido aos tratados de direitos humanos, conforme alhures explanado, a Constituição, no seu § 1º do art. 5º, estabeleceu que os mesmos, quando da sua ratificação, incorporam-se automaticamente em nosso ordenamento jurídico.

Esse parágrafo, ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, determinou, no dizer de Flávia Piovesan, uma “cláusula geral de recepção automática plena”. (*apud* MAZZUOLI, 2004, p. 13).

Isso significa que todos os direitos e garantias fundamentais terão aplicação imediata, abrangendo não só os direitos individuais e coletivos constantes na Carta Magna, art. 5º ao 17, mas os direitos e garantias em suas três vertentes, antes apontadas, sejam aqueles expressos na Constituição; ou aqueles implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotada, e; os

direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo em consonância com o §2º do art. 5º.

Sendo assim, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, por terem natureza de normas constitucionais, por força do mandamento do citado §1º, passam a ter aplicação imediata, dispensando, desta feita, a edição do decreto de execução para gerar seus efeitos, quer no plano interno, quer no internacional, bastando, para tanto, a simples ratificação.

Essa ratificação se mostra imprescindível, tendo em vista que não é a edição do Decreto Legislativo que confere vigência a um tratado e, sim, a posterior ratificação do Presidente da República, a quem compete, privativamente, celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Assim prescreve a Constituição Federal no art. 84, VIII.

Essa autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos provém, além do §1º do art. 5º da CF/88, das próprias normas de direito internacional. Como bem assevera Antonio Augusto Cançado Trindade (*apud* MAZZUOLI, 2004, p. 372):

Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade 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 autoaplicável (*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.

Nesse diapasão as Constituições de diversos países do ocidente têm proclamado a primazia do direito internacional, bem como, a autoaplicabilidade das normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos.

Seguindo essa linha, a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 16, nº 1, dita a regra de que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, acrescentando que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 16, nº 2). Consagra, ainda, a recepção automática das normas internacionais, dispensando quaisquer procedimentos legislativo ou executivo que as integre internamente, inclusive estabelecendo a superioridade hierárquica das normas da Comunidade Económica Europeia sobre legislação interna. (CANOTILHO, apud MAZZUOLI, 2004, p. 14)

#### 2.4 Interpretação jurisprudencial

Embora seja indiscutível o manifesto objetivo da Constituição de conferir *status* de norma materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, prevalece no STF a interpretação de que esse tratados, após devidamente ratificados pelo Presidente da República, integram o ordenamento jurídico pátrio na condição de norma infraconstitucional, submetendo-se, inclusive, ao controle de constitucionalidade dos atos normativos (compatibilidade vertical).

Isso se deve, sobretudo, ao disposto no art. 102, III, b da CF/88, que atribui competência ao STF para julgar, em Recurso Extraordinário “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Por força desse dispositivo, parte da doutrina acolheu a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais têm a mesma hierarquia, podendo aplicar o princípio “lei posterior revoga lei anterior que com ela seja incompatível”, e o STF, desde 1977(RE 80.004), acolheu o sistema paritário, equiparando o tratado internacional à lei federal.

Por ocasião da apreciação da medida cautelar na ADIn 1480-3 MC/DF, DJ 18/05/2001, o Ministro Celso de Mello assentou que:

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

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os atos internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (STF, DJU 02.08.96, p. 27.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello)

Em outra passagem, enfatizou o Ministro que:

[...]

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de

fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame da constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno [...]

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, **situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias**, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.(grifo nosso)  
[...]

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir- não podem, em conseqüência, versar sobre matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. Informativo do STF, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998)

Nesta mesma linha, “os tratados internacionais não podem transgredir a supremacia da ordem constitucional brasileira. Legitimidade da prisão civil de depositário infiel” (STF- RE 252.748- Rel. Celso de Mello- J. 2.9.99- RDA 218/291).

Acrescenta-se, ainda, o posicionamento do Ministro Carlos Madeira:

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

Desse modo, entendem os magistrados que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a vigor com *status* de lei federal (sistema paritário), sem fazer distinção entre tratados convencionais e tratados de proteção aos direitos humanos. Neste sentido, o acórdão da 3º Turma do STJ, *in verbis*:

O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou de outra regula-se pela sucessão no tempo. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ. 27 nov. 1995).

Dyrceu Aguiar (*apud*. Mazzuóli, 2004, p. 10) contrapõe-se a jurisprudência do STF e STJ e afirma que:

[...] entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm *status* de norma constitucional, sem embargo de que as autoridades do Executivo e do próprio Judiciário, por falta de afinidade com a aplicação das normas de Direito Internacional, têm se equivocado com freqüência, em detrimento dos princípios que devem reger as boas relações internacionais.

Insiste-se, portanto, que a teoria da paridade entre tratado e lei federal não se aplica aos direitos humanos, eis que a Constituição de 1988 atribuiu a estes a natureza de norma constitucional. No mesmo sentido, Carlos Weis (*apud*. MAZZUOLI, 2004, p. 8):

O artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre constitucionalidade de tratado internacional(art. 102, III, b) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais[...] possuem 'privilégio hierárquico' em razão dos demais, conferido pela Constituição Federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade. (grifo nosso)

Observe-se que até mesmo o Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, em voto proferido no RHC. 79.785- RJ, concluiu que:

[...] parificar às leis ordinárias os tratados que alude o art. 5º. §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil da inovação, que, malgrado os termos equívocos de seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internalização dos direitos humanos.[...] ( STF. RHC 79.785- RJ. RECURSO EM

HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.  
Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.  
Publicação: DJ 22-11-2002.)

Piovesan, corroborando com a tese de Mazzuoli que confere um caráter especial ao objeto dos tratados internacionais de direitos humanos para justificar o *status* constitucional atribuído a eles, acrescenta um argumento publicista, no qual os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica sobre os demais atos internacionais de caráter técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens* (normas imperativas de direito internacional público).

Certa, também, é a interpretação de que os direitos advindos dos tratados internacionais direitos humanos são cláusulas pétreas, assim como os demais direitos fundamentais, e não podem, por esse motivo, ser suprimidos, nem mesmo por Emenda Constitucional, conforme art. 60, § 4º. Fica, assim, também, impedida, por parte do Supremo Tribunal Federal, qualquer declaração de inconstitucionalidade.

Disto decorre que a violação de tais tratados, seja pelo não-cumprimento ou a sua não-aplicação, acarreta não só a responsabilidade internacional do Estado, mas, também, constitui violação à própria Constituição que os erigiu à categoria de normas constitucionais.

Então, nesse contexto tendente a conceder tratamento especial aos direitos e garantias internacionais, o Brasil inseriu a inovação constante do art. 5º, § 2º, no qual os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, inserindo os direitos de proteção aos seres humanos no universo dos direitos constitucionalmente protegidos.

## CAPÍTULO 3 O NOVO REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS INTRODUZIDO PELA EC Nº45/04

A promulgação da EC nº. 45/04, que foi intitulada de Reforma do Judiciário, promoveu profundas alterações em diversos dispositivos constitucionais, notadamente, no que se refere ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

À primeira vista, em matéria de Direitos Humanos e sua respectiva tutela, a situação é um tanto paradoxal, ensejando até pensamentos de inconstitucionalidade de algumas de suas normas.

Dessas inovações, no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, ocupar-se-á, detidamente, este último capítulo.

### 3.1 As inovações trazidas pela EC 45/04

Dentre as inovações implementadas pela EC nº 45/04, a que mais se destaca é o novo parágrafo 3º inserido ao art. 5º, cujo teor está redigido, *in verbis*:

[...]

§ 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.

Em um primeiro momento, embora desprovida de relevância prática, é perceptível a inclusão no § 3º da expressão "convenções" ao lado de tratados internacionais, omitida no § 2º, que exigia o emprego da interpretação extensiva

para ser alcançada, não obstante, segundo Bevilaqua (*apud* Mazzuoli, 2004, p. 01), terem o mesmo significado.

No entanto, a modificação mais importante introduzida por esse novel parágrafo foi no sentido de que somente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados por procedimento idêntico ao das emendas constitucionais é que adquirirão *status* constitucional.

Não é condição indispensável à aprovação pelo *quorum* qualificado, mas requisito para que esses tratados e convenções ingressem no ordenamento jurídico em posição hierárquica semelhante à das emendas constitucionais.

Alexandre de Moraes (2006, p. 618) afirma que “a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”.

Já os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos sempre serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que, eventualmente, aprovados pelo procedimento das emendas. Alias, não existindo a possibilidade de serem elevados ao patamar constitucional, materialmente falando, não há necessidade de subsunção ao procedimento legislativo especial, devendo ser submetidos à apreciação em sessão conjunta do Congresso Nacional por maioria simples.

Nesse sentido, após a vigência da emenda 45/04, é possível a coexistência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com força de emenda constitucional e os equiparados, conforme entendimento fixado pelo STF, à legislação ordinária, bem como, os demais tratados e convenções internacionais sempre com natureza infraconstitucional.

### 3.2 Da inconstitucionalidade do § 3º introduzido pela emenda constitucional 45/04

Em princípio, o §3º parecia introduzir uma alteração promissora, a valorizar os tratados e convenções sobre a matéria, pacificando controvérsia travada pelos doutrinadores constitucionalistas e internacionalistas, além da jurisprudência, quanto ao status hierárquico das normas de proteção de direitos humanos.

No entanto, após breve reflexão acerca das conseqüências da referida alteração, essa impressão logo desaparece. Isso porque, a inclusão do famigerado § 3º nada mais fez do que dificultar e fragilizar a vigência interna das normas internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Diz-se “fragilizar”, porque os tratados internacionais que não forem aprovados com o quorum de emenda constitucional, mesmo que em matéria de direitos humanos, terão status de lei ordinária e “dificultar” porque o quorum exigido é muito difícil de ser alcançado, haja vista o que número de parlamentares que se encontram em suas respectivas Casas em cada votação raramente alcança o número exigido, o que torna moroso qualquer votação de emendas constitucionais.

Para Aldo de Campos Costa (2005, p. 05), o problema do dispositivo em questão é não abrir “uma porta para que se possa conferir o mesmo regime jurídico aos tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil àqueles que futuramente serão”.

Assim, coexistirão dois tipos de *status* e, conseqüentemente, hierarquia, para o mesmo tipo de norma.

Com dito alhures, a República Federativa do Brasil rege-se, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e tem como fundamento a dignidade humana.

Desta forma, segundo Anselmo Henrique Cordeiro Lopes (2005, p. 03), “a inexistência de norma concreta que tutele um dos aspectos da dignidade, diminuindo o grau de sua eficácia jurídica, pode ser considerada uma inconstitucionalidade”. E ainda:

[...] para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, CF, sendo pois, inválida.

Por conseguinte, ao considerar, a Emenda Constitucional 45, sua vigência na esfera de conveniência e oportunidade do Legislativo, possibilitando ao Congresso Nacional disciplinar, conforme seu juízo político, a conveniência de conferir a hierarquia constitucional às disposições constantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos, incide em flagrante inconstitucionalidade, por varias razões:

A primeira, tendo em vista que o teor do § 3º colide com o teor dos §§ 1º e 2º, todos do art. 5º da Constituição. Isto porque, enquanto estes incluem, automaticamente, os direitos e garantias constantes de instrumentos internacionais no rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, o § 3º pretende limitar tal proteção, condicionando-a a deliberação do Congresso Nacional.

Já a segunda, emana do art. 60, § 4º, o qual enumera as cláusulas pétreas, que:

Art. 60. (*omissis*)

[...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I- a forma federativa de Estado;
- II- o voto direito, secreto, universal e periódico;
- III- a separação dos poderes;
- IV- os direitos e garantias individuais.

Desta forma, qualquer instrumento que venha a abolir direitos e garantias já consagrados pelo Constituinte Originário, afronta os preceitos constitucionais, devendo ser, portanto, retirado do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o assunto, vale transcrever a explicação de Luis Fernando Sgarbossa (2005, p. 04):

Ora, ao buscar restringir os efeitos de índole constitucional dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, condicionando-os à deliberação do parlamento, enquadra-se a Emenda, evidentemente, na hipótese consubstanciada no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição, retro transcrito, por ser emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Assim sendo, pretendeu a Emenda Constitucional nº 45 modificar o cerne rijo e imodificável da Carta Magna, usando de um verdadeiro jogo de palavras para abolir direitos e garantias fundamentais, por tentar frustrar a intenção do legislador constitucional originário de assegurar a inclusão automática de tais direitos no rol constitucional.

De se atentar para o fato de que os parágrafos 1º e 2º da Constituição de 1988 constituem, em si mesmos, garantias fundamentais, quais sejam: a garantia da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e a garantia da inclusão automática dos direitos e garantias fundamentais consagrados em instrumentos internacionais no rol constitucionalmente protegido.

É emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise dificultar sua incorporação ou exercício, ainda que por meio de jogo de palavras, como no caso presente.

Cabe, no entanto, a verificação da possibilidade de se declarar inconstitucional uma emenda à Constituição.

Alexandre de Moraes (2006, p. 588) sustenta que a alteração constitucional deverá sempre conservar um valor integrativo, isto é, deve conservar na substância o que determinou o constituinte originário. Assim, se qualquer limitação imposta pelo art. 60 for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada “do ordenamento jurídico através da regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna”, sendo plenamente possível o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, no art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. ADI 1946 / DF -DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 03/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-16-05-2003.

Portanto, é plenamente possível a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais através do controle concentrado ou abstrato, devendo ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a sentença de natureza declaratória, uma vez que a nulidade *ab origine* impede a produção de efeitos jurídicos válidos.

E ainda, conforme a cátedra de José Afonso (1998, p.57), “qualquer decisão, que decreta a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia erga omnes (genérica) e obrigatória” e efeito retroativo (*ex tunc*) “desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica”, como leciona Alexandre de Moraes (2006, p. 677).

### 3.3 A situação dos tratados e convenções que já estavam em vigor antes do advento da emenda 45/2004

Como dito anteriormente, a doutrina moderna entendia que existiam dois regimes jurídicos em matéria de instrumentos internacionais no Brasil: o regime jurídico comum, para os tratados em geral, cujo *status* hierárquico é igual ao das leis ordinárias, e o regime especial e próprio dos tratados que versavam sobre direitos humanos, cujo *status* hierárquico era de normas constitucionais matérias de aplicação imediata, devido às disposições dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF/88.

Sendo assim, ao afirmar o referido § 3º que tem *status* de norma constitucional, material e formalmente falando, apenas e tão somente os instrumentos internacionais aprovados em ambas as casas do Congresso

Nacional, por maioria de 3/5, em dois turnos, mesmos requisitos formais do processo legislativo das Emendas à Constituição, determina, *contrariu sensu*, que os tratados internacionais que não foram aprovados mediante tal procedimento, mesmo versando sobre direitos humanos, terão o nível hierárquico de mera lei ordinária.

Neste diapasão, alguns doutrinadores vêm sustentando que somente poderão ser alçados ao nível constitucional os tratados e convenções precedentes que vierem a ser submetidos e aprovados pelo procedimento legislativo especial das emendas.

Nesse sentido, opina Pedro Lenza (2005, p. 274-275):

Diferente da regra da Constituição da Argentina, que é expressa em afirmar que os tratados sobre direitos humanos passam a ter, com a reforma de 1994, hierarquia constitucional, a regra brasileira foi omissa.

Assim entendemos que o Congresso Nacional poderá(e, querendo atribuir natureza constitucional, deverá) confirmar os tratados sobre direitos humanos pelo *quorum* qualificado das emendas e, somente se observada esta formalidade, e desde que respeitados os limites do poder de reforma das emendas, é que se poderá falar em tratado internacional de " natureza constitucional", ampliando os direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição.

O autor Lenza (2005, p. 275) finaliza a sua didática explanação citando a classificação elaborada por Flavia Piovesan, no sentido de que tratados sobre direitos humanos podem ser materialmente e formalmente constitucionais (aqueles que equivalem às emendas constitucionais em razão do procedimento de incorporação mais solenes) e os materialmente constitucionais que, apesar de tratarem sobre direitos humanos, não passaram pelo procedimento mais solene.

Nesta mesma linha de classificação, defende Dirley da Cunha (2005, p.12):

[...] a partir da publicação da Emenda Constitucional 45, passam a existir duas categorias de tratados que versam sobre direitos humanos, quais sejam: a) os tratados internacionais materialmente constitucionais, ou seja, aqueles que são materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º, e aqueles que são material e formalmente constitucionais, equiparando-se as emendas constitucionais.

Na verdade, como bem assevera José Levi Mello do Amaral Junior (*apud*. Brenner, 2005, p. 15), as duas vias convivem, ou seja:

O § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. Claro: nada impede que um tratado já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do § 3º do artigo 5º, combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter *status* constitucional. Em função do caráter *alternativo* do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes.

Essa exegese, como próprio observa Ana Cristina (2005, p. 15), “parece ser consenso na doutrina, inclusive para os filiados à posição divergente, como é o caso de Valério Mazzuoli”, que menciona:

Por ora [...] o que se pode esperar[...] é que a sociedade civil impulsione um forte movimento no Congresso Nacional para aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

No entanto, a despeito dos posicionamentos dos renomados doutrinadores, encontra-se, no art. 5º, inciso XXXVI, o princípio da irretroatividade das leis que consigna norma expressa preconizando, no capítulo reservado aos

direitos e garantias individuais, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, em decorrência da segurança jurídica.

Não obstante a referência a expressão "lei", tanto no texto constitucional, como na própria doutrina, é inquestionável que as emendas constitucionais, como manifestação do poder constituinte derivado, também se submetem à vedação da aplicação retroativa. Tanto que podem ser objeto de controle de constitucionalidade, seja na via direta ou difusa, ao teor da jurisprudência do STF, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal já asseverou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI nº 939 (RTJ 151/ 753) (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 14/09/01)

Assim, a exemplo das demais normas, a emenda constitucional é vocacionada para reger relações futuras e, eventualmente, os efeitos de relações jurídicas constituídas antes de sua promulgação (retroatividade mínima).

O STF consolidou esse entendimento no julgamento do RE 242740/GO – Goiás (DJ 18/05/2001), cujo relator foi o Min. Moreira Alves: °

Já se firmou a jurisprudência dessa Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposições expressas em contrário- e a Constituição pode fazê-lo – eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média).

A regra, portanto, segundo a interpretação da Suprema Corte, é a impossibilidade de retroação, cuja exceção deve constar expressamente no texto constitucional.

Nesse caso, na ausência de disposição transitória relacionada aos tratados e convenções internacionais que já se encontram em vigor, não se pode interpretar que a omissão da norma constitucional imponha a aplicação retroativa de modo a exigir nova aprovação, agora pelo procedimento das emendas.

Ao contrário, diante da omissão legislativa, deve prevalecer a regra da irretroatividade dos atos normativos, pois os tratados precedentes foram incorporados ao ordenamento jurídico com a observância do devido processo legal exigido na época, constituindo ato legislativo perfeito.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não existe inconstitucionalidade formal superveniente.

Na doutrina pátria, encontra-se elucidativa lição de Luis Roberto Barroso (2004, p. 83):

Diferentemente se passa quando a incompatibilidade se dá a Constituição vigente e a norma a ela anterior. Aí, sendo a incompatibilidade de natureza material, não poderá a norma subsistir... Não assim, porém, quando a incompatibilidade superveniente tenha natureza formal. Nessa última hipótese, tem-se admitido, sem maior controvérsia, a subsistência da norma que haja sido produzida em adequação com o processo vigente no momento de sua elaboração. Incidirá, assim, a regra *tempus regit actum*.

O STF também se manifestou sobre a questão:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade: descabimento, segundo entendimento do STF, se a norma questionada é anterior a da Constituição padrão. 1. Não há inconstitucionalidade formal superveniente. 2. Quanto a inconstitucionalidade material, firmou-

se a maioria do Tribunal (ADIn 2, Brossard, 6.2.92) – contra três votos, entre eles do relator desta-, em que a antinomia da norma antiga como Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 3. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante, com ressalva de sua posição pessoal, se rende a orientação da Corte(ADI 438 QO/DF, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 27-03-1992 PP-03800).

Não existe, desse modo, a necessidade de se submeter à nova votação qualquer ato normativo editado precedentemente a constituição, quando esta passou a exigir, em relação à determinada matéria, já regulamentada anteriormente, a veiculação por meio de instrumento normativo que exija *quorum* qualificado.

Um exemplo, comumente citado pela doutrina, é o Código Tributário Nacional, editado em 1965 com lei ordinária, mas recepcionada pela atual constituição como lei complementar, em sentido material.

Nessa oportunidade, não existia a figura da lei complementar, mas o art. 146, III, da CF/88, passou a exigir essa espécie de lei para regular normas gerais em matéria de legislação tributária. Por não haver inconstitucionalidade formal superveniente, o CTN continua em vigor, mas somente pode ser alterado por lei complementar, em função da reserva estabelecida para essa matéria na Constituição.

O mesmo raciocínio vale para os tratados e convenções internacionais de direitos humanos fundamentais, em vigor por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os quais foram inteiramente recepcionados como norma constitucional em sentido material, não sendo necessário a submissão à nova aprovação na forma estabelecida no § 3º do art. 5º da Constituição para serem alçados ao patamar constitucional.

Por conseguinte, a expressão "que forem aprovados", contida no § 3º do art. 5º do Texto Constitucional, tem aplicação apenas para o futuro, ou seja, para os novos tratados e convenções que venham a ser celebrados pelo Brasil, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº. 45 de 31/12/2004.

Nem mesmo a cláusula aberta contida no art. 49, I da CF/88, poderia autorizar eventual deliberação do Congresso Nacional em sentido contrário, pois, sendo a incorporação do tratado um ato complexo, a atuação do parlamento circunscreve-se à sua aprovação, reservando-se ao Chefe do Executivo a ratificação mediante decreto.

A atuação de cada uma das instituições envolvidas no procedimento se encontra didaticamente delineada no seguinte julgamento do STF:

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjunção de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional [...]. (ADI 1.480- MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01)

Isso significa que, o Congresso Nacional não pode, unilateralmente, submeter os tratados e convenções sobre direitos humanos fundamentais, celebrados no passado, a nova aprovação pelo rito das emendas, a pretexto de lhes conferir natureza constitucional, porque já exaurido o devido processo legal, restando consumados a preclusão procedimental e o ato jurídico perfeito, válido e eficaz.

Desta feita, os tratados e convenções que ingressaram em nosso ordenamento jurídico antes de 31/12/2004 foram recepcionados pela EC nº. 45 como norma constitucional em sentido material, constantes no bloco de constitucionalidade, não podendo, por conseguinte, serem revogados ou alterados, nem mesmo pelo procedimento especial das emendas constitucionais, tendo em vista sua natureza de cláusulas pétreas, por força do § 2º do art. 5º e do § 4º art. 60, ambos da Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco do processo de internacionalização dos direitos humanos foi a criação do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, porém, ante a crueldade nazista do século XX, em especial durante a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o surgimento do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), não como uma espécie de direito internacional, mas como ramo autônomo a guiar as relações entre os homens.

O Brasil, que esteve afastado de uma participação relevante no tratamento internacional dos direitos humanos, demonstrou sua preocupação somente após o fim da ditadura militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a denominada Constituição Cidadã, que elevou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos constitucionais e a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios, acrescentando, ainda, duas outras grandes inovações.

A primeira delas diz respeito ao art. 5º, §2º, onde consagrou que a Constituição Brasileira como um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, eis que não excluem outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Já a segunda inovação encontra-se no dispositivo constante no art. 5º, §1º, pelo qual os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Assim, a interpretação conjunta e sistemática de todos estes dispositivos, induz a conclusão de que o constituinte originário pretendeu proteger

constitucionalmente as normas internacionais de direitos humanos, os incluindo no chamado bloco de constitucionalidade.

Não obstante, malgrado jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e posicionamento de alguns doutrinadores, diante da vigência da redação originária do art. 5º da Constituição, prevaleceu que todos os tratados, inclusive de direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como norma de natureza infraconstitucional, submetendo-se, inclusive ao princípio da *lex posterior derogat priori*.

O impasse quanto ao *status* da norma internacional de direitos humanos perdurou até a recente publicação da Emenda Constitucional nº 45/04 que, provavelmente, querendo pacificar as controvérsias, acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o §3º, dando às referidas normas status constitucional, desde que aprovadas com o *quorum* qualificado previsto para as emendas constitucionais.

O que, inicialmente, parecia ser uma mudança promissora, com o objetivo de amenizar as discussões, suscitou mais dúvidas, pois não criou mecanismos para o tratamento dos tratados já ratificados, até o dia 31/12/2004, dando margem para coexistência de normas da mesma espécie, mas de natureza jurídica diversa, quais sejam, tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento das emendas, por força do § 3º, com status de norma constitucional e tratados e convenções internacionais de direitos humanos sem prerrogativa da natureza constitucional, caso não sejam aprovados pelo procedimento especial das emendas.

Assim como as demais normas, a Emenda Constitucional nº 45/04 tem aplicação imediata e vigência para o futuro, podendo, eventualmente, alcançar

os efeitos futuros de relações jurídicas constituídas no passado, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por conseguinte, não havendo dispositivo constitucional transitório expresso a respeito dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados, deve prevalecer a interpretação de que foram recepcionados com norma constitucional em sentido material, já que não se admite a existência de inconstitucionalidade formal superveniente.

No mais, o citado parágrafo colidiu com o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º, além de infringir a regra das cláusulas pétreas que não permite elaboração de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Desta feita, enquanto o STF e, conseqüentemente, os Tribunais, não admitirem ou adotarem uma interpretação evolutiva, direcionada a valores, sempre com olhos na realidade sócio-política, não se encontrará soluções reais aos problemas relativos à aplicação das regras de proteção dos direitos humanos, que continuaram sem implementação no ordenamento pátrio, apesar de eficazes em diversas partes do mundo.

Destarte, resta-se, quanto ao presente tema, aguardar o posicionamento da jurisprudência, no sentido da concretização da Constituição, porém esse caminho apenas poderá ser trilhado se houver o comprometimento do Estado Democrático de Direito com a efetivação dos direitos fundamentais, encarando a análise dos direitos humanos à luz de sua contemporaneidade e complexidade.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALBUQUERQUE, Catarina; MARTINS, Isabel Marto. *Direito internacional humanitário*. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2006.

ARIOSI, Mariângela F. *O rito procedimental da recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico Brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5943>>. Acesso em: 05 jul. 2006

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade dos tratados internacionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 490, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5941>>. Acesso em: 07 jul. 2006

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Coletânea de direito internacional* organizador Valério de Oliveira Mazzuoli. 3 ed. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. DJ 29 abr. 1996.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AC A 0067007. DJ 28 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j.17 jun. 1997.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. DJ 21 fev. 1994.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ 27 nov. 1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. Informativo do STF, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785. DJ 22 nov. 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/279166.htm>. Acesso em: 14.08.2006.

BRENNER, Ana Cristina. *A emenda Constitucional nº 45/04 e a posição hierárquica das normas internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna*. Disponível em: [http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/aemendaconstitucional\\_anacristinabrenner.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/aemendaconstitucional_anacristinabrenner.htm). Acesso em 27.07.2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Aldo de Campos. *Reforma gera tumulto em tratados internacionais*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/252237/>>. Acesso em: 21 abr. 2006.

CUNHA, Dirley Junior. Carlos Rátis. *Emenda Constitucional 45/2004 – Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. .

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONTES, Grazielly dos Anjos. *A inovação constitucional referente aos tratados de direitos humanos fundamentais na Emenda nº 45/2004*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº143, Disponível em: <Http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=811>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

JUNQUEIRA, André Luiz. *Interpretação constitucional relativa aos Direitos Humanos*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº129, Disponível em: <http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional' esquematizado*. 8 ed. Ver. Atual e amp. – São Paulo: Editora Método, 2005.

LONGO, Ana Carolina Figueiró; BRAYNER, Antônio de Arruda; PEREIRA, Arthur Cesar de Moura. *Antecedentes históricos e jurídicos dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/oficinas/dhparaiba/1/antecedentes.html#5>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 2ed. São Paulo: Juarez De Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 3, n. 147, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. *A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 01 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1609>>. Acesso em: 01 ago. 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. iv.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 9. ed ver.. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBOSSA, Luis Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 28.07.2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luciano Nascimento. *A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o Direito dos Tratados e o Direito Constitucional brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 213, 4 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4785>>. Acesso em: 05 jul. 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito público*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TROVÃO, Antonio de Jesus. *Teorias monistas e dualista em direito internacional*. *Boletim Jurídico*, Uberlândia/MG, a. 3, nº172, Disponível em: <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1175>>. Acesso em: 20 abr. 2006.