

# Da prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a Constituição

Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008

<http://www.planalto.gov.br/revistajuridica>

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira Lilian Balmant Emerique<sup>1</sup>

Sidney Guerra<sup>2</sup>

(Coordenadores)

Sumário: 1. Notas introdutórias sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos - 1.1. Os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional 1.2. Os tratados de direitos humanos com natureza constitucional - 1.3. Os tratados de direitos humanos com a natureza de lei ordinária - 1.4. Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal - 1.5. Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal - 2. Considerações sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/04 - 2.1. Direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira - 3. Dimensões procedimentais relativas à internalização no ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais sobre direitos humanos - 3.1. Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos - 4. A incorporação dos tratados de direitos humanos no direito comparado

Referências <sup>1</sup> Pós-Doutora em Ciências Jurídico-políticas (Universidade de Lisboa). Doutora e mestre em Direito Constitucional. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIFLU/Faculdade de Direito de Campos. <sup>2</sup> Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito. Especialista em Direito Internacional pela Academia de Direito Internacional da Haia (Holanda). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Titular da Universidade do Grande Rio, Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos e da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador da CAPES, CNPq e FAPERJ. Advogado no Rio de Janeiro. Contato: [sidneyguerra@terra.com.br](mailto:sidneyguerra@terra.com.br) Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008 <http://www.planalto.gov.br/revistajuridica> 2

## 1. Notas introdutórias sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>3</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao ser promulgada em 1988, atribuiu um valor maior ao estudo dos Direitos Fundamentais, estabelecendo aplicação imediata aos mesmos, seguindo uma tendência internacional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Parágrafo 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Parágrafo 2º: 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.

Todavia, com a dicção do parágrafo segundo se inicia um grande debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A matéria

passou a comportar várias interpretações, transformando-se em assunto extremamente controverso e que dá margem para vários entendimentos.

Embora a matéria suscitasse calorosos posicionamentos em sede doutrinária e jurisprudencial, havia uma tendência natural para aceitação de uma das teses (será apresentada a seguir), mas, com a reforma constitucional ocorrida em dezembro de 2004, o tema ficou ainda mais complicado no Brasil.

A Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, propiciou algumas mudanças significativas na ordem constitucional brasileira e, particularmente para efeito desse estudo, tratou de inserir o parágrafo 3º no artigo 5º:

Parágrafo 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.

Há um intenso debate em torno das correntes que hoje estão se digladiando na doutrina e na jurisprudência em relação à matéria, isto é, sobre qual status se apresentam os 3 O estudo completo encontra-se na obra de GUERRA, Sidney. Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Tratados de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, podem ser apresentadas quatro linhas de pensamento:

- a) a corrente que reconhece natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos;
- b) a corrente que reconhece natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos;
- c) a corrente que afirma que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária;
- d) a corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal.

Passemos a análise de cada uma das teorias.

### **1.1. Os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional**

A primeira teoria que se apresenta, tem como expoente no ordenamento jurídico brasileiro o professor Celso Albuquerque de Mello que faz a defesa das normas internacionais em relação as normas de direito interno. Segundo ele, os tratados internacionais de direitos humanos seriam preponderantes mesmo se confrontados com o texto constitucional.

Isso significa que nem mesmo a emenda constitucional suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos.

Celso Mello apresenta suas considerações valendo-se especialmente do estudo do direito numa perspectiva de natureza política, enfatizando que mesmo no exercício do Poder Constituinte, este estaria subordinado ao próprio Direito Internacional:

Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

Posteriormente, Celso Mello apresenta as teorias que procuram explicar as relações envolvendo o Direito Internacional e o Direito Interno (monismo e dualismo), para depois tecer severas críticas ao Brasil por ignorar o tema no plano constitucional, deixando para que a jurisprudência resolva os casos em que haja o conflito da norma interna e da norma internacional:

A ordem internacional é quem define as competências que o Estado possui.

O próprio Estado só existe em função de tal ordem. (...) No Brasil este tema é praticamente ignorado. As nossas constituições praticamente não o versaram. A omissão mostra o pequeno papel das relações internacionais na vida brasileira, bem como a "existência" do Brasil mesmo como potência de segunda classe na ordem internacional. O conflito entre norma interna e internacional foi sempre resolvido pela jurisprudência. Na década de 50 o Supremo Tribunal Federal dava o primado ao DI. No governo Geisel, em pleno autoritarismo militar, o mesmo tribunal afirma que a norma mais recente revoga a anterior, seja ela interna ou internacional. Foi assim adotado de modo simplista a tese do dualismo.<sup>5</sup>

### Como acentua Mello <sup>6</sup>

, o conflito entre o direito interno e o direito internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do direito internacional;

que ocorre na prática internacional como nas hipóteses: uma lei contrária ao direito internacional dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilidade internacional; uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Com efeito, a jurisprudência e a doutrina internacional têm sido unânime em consagrar a primazia do direito internacional. <sup>7</sup>

Sem embargo, quando o critério nacional consagra a supremacia do direito internacional sobre a ordem interna, não importando se um mandamento constitucional ou lei ordinária, claro está a sua compatibilidade como Direito Internacional Público, eis que, conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as disposições internas de um Estado não podem ser usadas por ele como justificativa para o inadimplemento de uma obrigação fundada em tratado.

<sup>5</sup> MELLO, op. cit., p. 24.

<sup>6</sup> Id., p. 106.

<sup>7</sup> SILVA, Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 13. ed. São Paulo:

Saraiva, 1998, p. 62 e MELLO, Celso Albuquerque. Curso de direito internacional público. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 109.

Quando o critério consagra a supremacia do direito interno, este é incompatível com a principiologia do Direito Internacional Público.

Outro ponto de destaque é a previsão da Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928, que foi devidamente promulgada no Brasil pelo Decreto n.

5647/29 que estabelece em seu artigo 11:

Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.<sup>8</sup>

Já a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 consagra em seus artigos 26 e 27, respectivamente:

Pacta Sunt Servanda Todo tratado que entra em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Direito Interno e observância de tratados Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.<sup>9</sup>

Ou seja, a partir do momento que o Estado se submete às normas internacionais e venha a descumpri-las estaria praticando um ato ilícito e, portanto, sujeito a uma reparação internacional.

Assim Mello dispôs sobre a matéria:

A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan.

Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Vide GUERRA, Sidney. Tratados e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 468.

<sup>9</sup> GUERRA, op. cit., p. 478.

<sup>10</sup> MELLO, op. cit., p. 27.

Embora a teoria apresentada por Celso Mello seja extremamente interessante, fica difícil para acompanhar o posicionamento do saudoso mestre em razão de algumas situações que se manifestam na ordem constitucional brasileira. A começar pela observância dos princípios da supremacia formal e material da Constituição brasileira sobre todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, caso houvesse a aplicação preponderante da tese defendida por Celso Mello ter-se-ia uma limitação inclusive de verificar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

## 1.2. Os tratados de direitos humanos com natureza constitucional

A respectiva teoria tem um grande número de seguidores no Brasil, sendo certo que o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade foi fundamental para a sua aceitação pela doutrina como também pela jurisprudência, como se vê:

A novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.<sup>11</sup>

A Constituição brasileira de 1988 passou a dispensar tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos onde a pessoa humana passa a ocupar posição central.

Mais uma vez sob a batuta de Cançado Trindade, verifica-se que a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno constitui-se fundamental e de alta prioridade:

Da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, <sup>11</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos.<sup>12</sup>

A partir das sementes lançadas por Cançado Trindade e incorporada por grande parte da doutrina, a idéia é a de que os Tratados de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pela dicção dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF. Nesse diapasão o magistério de Cançado Trindade:

O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.<sup>13</sup>

Na mesma linha de raciocínio, a manifestação de Flávia Piovesan:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.<sup>14</sup>

12 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

13 TRINDADE, op. cit., p. 498.

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

A teoria aqui exposta parecia estar “caminhando a pleno vapor” principalmente porque havia entendimento significativo (tanto na doutrina quanto na jurisprudência), de que enquanto os tratados internacionais “gerais” teriam força hierárquica infraconstitucional, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos deveriam apresentar valor de norma constitucional.

A matéria foi retomada “em grande estilo” em dezembro de 2004, com a EC n.º. 45 onde foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º no artigo 5º da Constituição brasileira. A inserção do parágrafo 3º deveria sanar e encerrar todas as controvérsias sobre a matéria, como alguns autores chegaram a afirmar a exemplo de Celso Lafer:

O novo parágrafo 3º do artigo 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.<sup>15</sup>

Entretanto atentem as manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Primeiro para o RHC 19975 / RS - Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2006/0166260-3, tendo como Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, cujo julgamento ocorreu em 21 de setembro de 2006, onde colhe-se a ementa:

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Prisão civil de depositário infiel.

Alienação das cotas da sociedade pelo depositário. Transferência do encargo atrelada à autorização judicial. Possibilidade de decretação da prisão mesmo após o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º no art.

5º da Constituição Federal. Penhora em execução fiscal. Falência superveniente. Súmula 305/STJ. Não incidente na hipótese dos autos.

[...]

4. Quanto aos tratados sobre direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação da sua força normativa - de ordinária para constitucional - também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por quorum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Continua prevalecendo, por isso, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil do depositário infiel.

5. Nos termos do § 3º do art. 5º da CF (introduzido pela EC 45/2004), "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005. p. 16

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Trata-se de exceção à regra geral segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil incorporam-se ao direito interno como lei ordinária.

6. É cabível a prisão civil de depositário infiel de bens penhorados em execução fiscal.

7. Recurso ordinário a qual se nega provimento. (grifei)

Por outro lado, atentem para o RHC 18799 / RS - Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2005/0211458-7 cujo relator foi o Ministro José Delgado, publicado em 09 de maio de 2006:

Constitucional. Processual penal. Recurso Ordinário em habeas corpus.

Execução fiscal. Depositário infiel. Penhora sobre o faturamento da empresa. Constrangimento ilegal. Emenda Constitucional nº 45/2004. Pacto de São José da Costa Rica. Aplicação Imediata. Ordem concedida.

Precedentes.

[...]

c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar 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”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional;

d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;

e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa;

[...]

#### 8. Recurso em habeas corpus provido para conceder a ordem. (grifei)

Com efeito, mesmo com a inserção do referido dispositivo constitucional, não houve até o presente momento pacificação em relação à matéria. Assim é que os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro devem continuar com a natureza de direitos materialmente constitucionais salvo, e a partir da previsão estampada no parágrafo 3º do artigo 5º, se forem observados os requisitos previstos no referido inciso que deverão adotar a classificação de direitos formalmente constitucionais. 16

### 1.3. Os tratados de direitos humanos com a natureza de lei ordinária

Essa teoria foi adotada no Brasil especialmente a partir da manifestação do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial n. 80.004 /SE, que teve como relator o Ministro Xavier de Albuquerque.

Trata-se de uma grande referência nos estudos dos Tratados Internacionais no Brasil por terem os Ministros apresentado opiniões e votos divergentes, onde verificou-se em determinado momento o primado do direito internacional em relação ao direito interno, como também a possibilidade de serem os tratados internacionais modificados por normas internas que fossem posteriores ao mesmo.

O caso versava sobre a Lei Uniforme de Genebra sobre as letras de câmbio e notas promissórias, que colidia em seu conteúdo com o Decreto 427/69.

No julgamento entendeu-se que poderia haver colisões entre as normas de direito internacional com as normas de direito interno, devendo ser aplicada a máxima lex



posteriori derogat priori, na medida em que inexistia um critério expresso na Constituição, prevalecendo, assim, a última vontade do legislador.

A matéria foi retomada pelo STF, apresentando inclusive grande inquietude, sob a égide da Constituição vigente em razão do impulso da teoria desenvolvida por Cançado Trindade. O Plenário do Supremo apreciou a matéria no HC 72.131 RJ, tendo como relator para o acórdão o então Ministro Moreira Alves. O assunto versava sobre a prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, onde colhe-se a ementa:

Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não 16 Na mesma direção o magistério de LAFER, op. cit., p. 17: "com a vigência da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo parágrafo 3º

do artigo 5º."

desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida.

Vale ressaltar a previsão que vem expressa na Constituição brasileira em seu artigo 5º, inciso LXVII que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel; o Pacto de São Jose da Costa Rica estatui no artigo 7º, parágrafo 7º que ninguém deve ser detido por dívidas.

O caso acima mencionado, e que fora apresentado no Plenário do Supremo Tribunal Federal, revestiu-se de grande interesse, criando-se igualmente grande expectativa em relação à matéria.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal com sua decisão, frustrou aqueles que esperavam um posicionamento diverso, haja vista que reafirmou a idéia de que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo status de legislação ordinária e os possíveis conflitos envolvendo a norma interna e internacional deveriam ser resolvidos de acordo com a idéia, já esposada no Supremo Tribunal Federal, da lei posterior revoga a lei anterior.

Ademais, foi apresentado nesse caso que o artigo 7º, 7 do Pacto de São Jose da Costa Rica, por ser norma geral, não poderia também revogar uma legislação ordinária de caráter especial.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apresentar a mesma linha de entendimento em outros casos.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria, não nos parece adequada e que deva prosperar, principalmente a partir da previsão constitucional, conforme demonstrado em tópico precedente.

1.4. Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal O entendimento foi concebido no Brasil, também no STF, em sessão realizada no dia 29 de março de 2000, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que teorizou sobre a possibilidade dos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, terem uma natureza supralegal.

Ou seja, como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição, os que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro, significando dizer que estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Esse pensamento foi retratado no RHC n. 79785-RJ17, como se vê:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau, e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria:

o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da

Constituição, ainda quando esta 17 O Recurso de Habeas Corpus 79.785 — RJ teve como partes Recte. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Recdo. o Ministério Público Federal.

eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADI n.º 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.

4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

Foi a partir daí que houve a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo — como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 — com o entendimento, então majoritário — que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais — preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque — alçados ao texto constitucional — se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição.

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

A tese levantada pelo Ministro Pertence, em verdade se aplica em outros países, como por exemplo, na Alemanha e na França onde os tratados de direitos humanos gozam de uma situação diferenciada.

Na Alemanha, as regras gerais de direito internacional público fazem parte do direito federal e, portanto, se sobrepõem ao direito interno. Na França os direitos humanos têm primazia em relação ao direito interno. Aqui no Brasil, a Constituição da República não estabeleceu esta prevalência.

## **2. Considerações sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/04**

A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o imenso catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988, constituem marcos no processo de redemocratização do país e traduzem o reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Rompe-se com a idéia de soberania absoluta para uma concepção mais flexibilizada, em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos. A ratificação de inúmeros tratados de direitos humanos pelo Brasil confirma o compromisso com essa visão humanizante, reforçada na Constituição de 1988.

No entanto, o tema da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi alvo de grandes controvérsias. Esse debate originou-se do estabelecido no 5º § 2º CF/88, que assim dispõe: “§2º. 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”. Diversas correntes interpretativas surgiram a partir daí para entender como se daria a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil, como já foi explanado anteriormente. Talvez, o único consenso estivesse pautado na necessidade de uma mudança no texto constitucional para eliminar controvérsias. Contudo, mesmo com a chegada da EC nº 45/04, que traz uma inovação na matéria, os questionamentos estão

muito longe de ter fim. Na verdade, o novo §3º do art. 5º da Constituição acabou por suscitar ainda mais incongruências.

O art. 5º §2º, da Constituição de 1988, dispõe sobre a cláusula de abertura, ou da não tipicidade dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura sempre se fez presente nas constituições brasileiras, ainda que sua existência não necessariamente correspondesse à sua eficácia em determinados momentos históricos, em que o País assistiu ao desrespeito aos direitos fundamentais que já eram resguardados pela Lei Magna. Nas constituições brasileiras o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Pela cláusula de abertura permite-se a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, estendendo o rol de direitos fundamentais (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais). Essa ampliação garante que os direitos fundamentais, que são um elemento básico para a realização do princípio democrático, exerçam uma função democratizadora.

Para melhor entender a idéia de abertura a outros direitos fundamentais torna-se importante proceder a um estudo que classifica os direitos fundamentais em duas espécies de acordo com a qual existiriam: os direitos formais e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal) e os direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento expreso no texto constitucional). Partir-se-á desta análise para aprofundar o debate.

## **2.1. Direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira**

Por fundamental entende-se aquilo que é essencial, relevante, necessário, basilar, que serve de alicerce. A noção de direitos fundamentais está diretamente vinculada à característica da fundamentalidade. Conforme o tratamento doutrinário um direito pode ser formal e materialmente fundamental. Identificar esta dupla noção de um direito é um proeminente instrumento para auxiliar na interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre a abertura do rol a direitos não positivados expressamente no seu texto.

Considera-se direito formalmente fundamental aquele que se encontra positivado na Constituição e, por conseqüência: a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o topo de toda a ordem jurídica; b) é norma constitucional sujeita as limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); c) é norma de aplicação imediata e vincula a entidades  
18 EMERIQUE, Lilian M. B.; GOMES, Alice Maria M.; SÁ, Catharine F. de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos de Goitacases, RJ, ano 7, n. 8, p. 123-170, jun. 2006.

públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas.<sup>19</sup>

São normas, portanto, que como todas as demais normas constitucionais contam com a supremacia no ordenamento jurídico e que devido sua importância para o indivíduo

e para a coletividade receberam um tratamento diferenciado pelo poder constituinte destacando-se a aplicação imediata de seus comandos e a maior proteção no que concerne a possibilidade de mudanças do seu conteúdo pelos poderes constituídos.<sup>20</sup>

Por sua vez, considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado e da sociedade e que, podem ou não, encontrarem-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a idéia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.<sup>21</sup>

A indicação do sentido formal e material de um direito fundamental vem consignada por Jorge Miranda, quando apresenta o seu entendimento de direitos fundamentais. Na ocasião adverte que todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material, contudo existem direitos em sentido material para além dos direitos em sentido formal. Portanto, os dois sentidos podem não coincidir.<sup>22</sup>

Jorge Miranda também se preocupa em expor certas dúvidas e objeções levantadas sobre a concepção de direito fundamental em sentido material, sendo a primeira delas a neutralidade que poderia supor-se equivalente a um radicalismo aos valores permanentes da pessoa humana. A segunda, sugere que por abarcar uma diversidade de concepções poderia levar a um relativismo inseguro. A terceira, pontua que conceber os direitos fundamentais a mera expressão escrita numa Constituição de um determinado regime político seria o mesmo que admitir que a não consagração ou a consagração insatisfatória, ou mesmo a violação sistemática de certos direitos seria, no mínimo, natural, só porque foram considerados de menor relevância para um regime político. Nesta ótica não faria 19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 349.<sup>20</sup> EMERIQUE, Lilian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 152.<sup>21</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 349.<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2001. t.iv, p. 7-9.

qualquer diferença acrescentar a um direito a designação de fundamental, pois estes direitos só seriam fundamentais quando dispostos como tais por um determinado regime político.<sup>23</sup>

Contudo, o autor rebate estas críticas ao afirmar que por serem os direitos fundamentais direitos básicos da pessoa que numa determinada época e lugar constituem o nível da sua dignidade, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias históricas.<sup>24</sup> Deste modo, não predominaria uma visão imutável dos valores da pessoa humana que se manteriam indeléveis as mudanças históricas operadas no homem e na sociedade.

O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduz apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas são direitos procedentes da idéia de Constituição e de Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam

totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto. Mesmo que a esta idéia ou sentimento correspondesse a uma Constituição material desfavorável aos direitos das pessoas, o problema não seria tanto dos direitos fundamentais em si mesmos, mas sim um problema relativo ao caráter do regime político correspondente que tem assento na questão de sua legitimidade.<sup>25</sup>

Qualificar como direitos fundamentais apenas os direitos em sentido formal seria o mesmo que abandonar a sua historicidade, pois de pronto se negaria a possibilidade de consagração de outros direitos que, ao longo do tempo, adquiriram relevância para a sociedade ao ponto de serem considerados sob o caráter de sua fundamentalidade.

Nota-se, a partir das considerações trazidas até o momento, que o caráter fundamental dos direitos não está diretamente correlacionado à sua previsão na Constituição.

A noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>26</sup><sup>23</sup> MIRANDA, op. cit., p. 9.<sup>24</sup> MIRANDA, op. cit., p. 10.<sup>25</sup> MIRANDA, op. cit., p. 11.<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos:

notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

### **3. Dimensões procedimentais relativas à internalização no ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais sobre direitos humanos**

O procedimento para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil em data anterior a aprovação da EC nº. 45/04, ensejou o acalorado debate que resultou na afirmação de quatro correntes a sustentar posições diferenciadas sobre a hierarquia dos tratados internalizados na ordem jurídica pátria. Esta matéria já foi objeto de explanação anteriormente e por esta razão tal discussão não será pormenorizada nesta etapa, deixando maiores comentários circunscritos apenas a corrente que pretende-se afirmar.

A posição aqui defendida inspira-se na constatação de que existem inúmeros inconvenientes resultantes da adoção da linha que prega a eventual supremacia dos tratados internacionais na ordem constitucional e também ressalta a inadequação, principalmente após a reforma constitucional que instituiu o § 3º do art. 5º da Constituição, de sustentar a corrente da hierarquia de lei ordinária para os tratados sobre direitos humanos internalizados no país. Por isso, filia-se ao entendimento segundo o qual os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional, ainda mais agora quando submetidos ao procedimento estabelecido pela EC nº. 45/04 e consolida-se na compreensão de que os

tratados ratificados em data anterior a promulgação da referida emenda constitucional foram recepcionados com hierarquia equivalente as normas constitucionais.

Por este raciocínio, compreende-se o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 como uma cláusula abertura para recepção de outros direitos proclamados em tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil. A possibilidade de incorporação de novos direitos indica que a Constituição atribui a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. Sendo certo que, o § 1º do art. 5º assegura a estas normas a aplicabilidade imediata em nível nacional e internacional, desde o ato de ratificação, escusando intermediações legislativas.

A hierarquia constitucional encontra-se assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, em face do seu caráter especial em relação aos tratados internacionais sobre as demais matérias, os quais possuem apenas dimensão infraconstitucional.

Na perspectiva adotada, os conflitos ocasionais entre o tratado e a Constituição devem ser solucionados pela aplicação da norma mais favorável à vítima da violação do direito humano, titular do direito, tarefa hermenêutica de incumbência dos tribunais nacionais e dos órgãos de aplicação do direito.<sup>27</sup> Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem para a proteção dos direitos e interesses do ser humano.<sup>28</sup>

Sustentam esta linha no Brasil, dentre outros, Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>29</sup>

e Flávia Piovesan<sup>30</sup>, os quais defendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 caracterizam-se como garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Segundo Cançado Trindade:

A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional — tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária — não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.<sup>31</sup>

Outra não poderia ser a linha de entendimento propugnada, senão aquela que atribui estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC n.º 45/04, que a partir da sua promulgação e por uma adequada interpretação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 3º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente as emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos.

Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (quorum qualificado) para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos no §§ 1º e 2º do art.

5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e



mais se observa o aumento da abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos.

São perspicazes as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em voto prolatado no Recurso Extraordinário n. 466.343-1 (São Paulo), onde foi relator o Ministro Cezar Peluso, julgado em 26/11/2006, onde sublinha a importância dos direitos humanos:

27 Cfr.: PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: TEMAS de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 44-56.

28 Cfr.: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul./dez. 1993.

29 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

30 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

31 Cfr.: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Existe hoje a demanda clara da necessidade de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cançado Trindade já advertia sobre a impertinência da defesa do entendimento em torno da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da promulgação da EC n.º. 45/04, e ainda hoje suas palavras mantêm-se atuais, conforme abaixo se pode comprovar:

A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.

Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. [...] É esta a interpretação correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos - que na verdade não existem -, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.<sup>32</sup>

As questões procedimentais resultantes da instituição da EC n.º. 45/04, representam algumas das novas dificuldades para internalização dos tratados sobre direitos humanos, por isso elas merecem algum grau de atenção, muito embora não exista aqui a pretensão de responder a todos os questionamentos que perpassam esta matéria. Vejamos alguma delas:

- a) O procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 é compulsório para todos os tratados de direitos humanos assinados após a entrada em vigor da EC n.º. 45/04 ou apenas trata-se de uma faculdade atribuída ao Congresso Nacional?

O dispositivo constitucional contido no art. 5º, § 3º teve como propósito maior acentuar o relevo e o caráter especial atribuído aos tratados de direitos humanos, alçando os ao status equivalente de emendas constitucionais e passando a integrar as disposições de direitos fundamentais, por esta razão o procedimento deve ser obrigatoriamente adotado sempre que pretenda-se proceder a internalização de um tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assinado após a entrada em vigor da EC 45/04.

A mesma orientação é partilhada por Ingo Sarlet:

Parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da 32 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 1, p. 46-47, 1999.

interpretação mais afinada com a ratio e o telos do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um status jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais.<sup>33</sup>

O entendimento divergente, que propugna que o Congresso Nacional tem a faculdade de decidir se um determinado tratado de direitos humanos deve ou não ser submetido ao procedimento estipulado pela EC nº. 45/04, reduz a importância dos tratados de direitos humanos, na medida em que deixa ao critério do Congresso Nacional a decisão sobre a forma como ocorrerá a internalização de conteúdos da maior relevância, ficando ao sabor das contingências dos interesses das maiorias momentaneamente representadas nas Casas Legislativas tal deliberação.

Sublinha-se que a submissão ao procedimento é compulsória, muito embora isto não signifique que todo tratado sobre direitos humanos alcance nas Casas Legislativas o quorum qualificado exigido para a internalização com hierarquia equivalente a norma constitucional.

Neste caso, se uma maioria simples decidir pela aprovação, o tratado será internalizado em consonância com a compreensão defendida pela corrente da suprallegalidade, ou seja, terá hierarquia inferior a norma constitucional, mas superior à lei ordinária.

Resta ainda esclarecer que o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988 para incorporação dos tratados de direitos humanos, uma vez concluído com sucesso, confere aos direitos ali previstos a condição de limites materiais ao Poder de Reforma da Constituição e, por conseqüência, os mencionados direitos de matriz internacional somente poderão ser retirados da condição de direitos fundamentais da ordem jurídica interna através da atuação de uma nova Assembléia Constituinte, pois operam como cláusulas pétreas. Também não seria apropriado sustentar que emendas constitucionais poderiam alcançar estes direitos, isto porque se estaria a permitir que emendas constitucionais pudessem alterar disposições originariamente de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que é de todo incorreto.

- b) Um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil e sujeito ao procedimento estabelecido com a EC nº. 45/04, obtendo o quorum determinado, poderá <sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos:

notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

revogar a previsão constitucional anterior da mesma matéria, ainda que a disposição constitucional precedente seja mais benéfica?

A constitucionalização de um tratado de direitos humanos introduz pontos de contato entre o tratado e a Constituição, bem como com as demais legislações de um Estado:

- i) Aproximações com a constituição nacional – não ocorrendo conflitos entre a legislação internacional e constitucional, surge a questão sobre como se sucederá a interpretação dos conteúdos dos direitos, pois se tratam de documentos com a mesma categoria jurídica, disso resulta a dificuldade de compreensão ou entendimento, no sentido de saber se devem ser interpretados em sintonia com entendimento internacional ou constitucional. A prevalência da interpretação atribuída na esfera internacional deve ser dosada com certa margem nacional que atenda razoavelmente as particularidades nacionais, sempre que elas não desvirtuem a essência do que o tratado internacional pode assegurar.

Um verdadeiro problema coloca-se quando em algum aspecto da disposição do tratado há uma oposição ao texto constitucional. Uma forma de responder ao desafio pode ser ignorá-lo mediante a suposição de que o processo de constitucionalização implicou num estudo e análise do tratado a ser constitucionalizado, levado a efeito pelo poder constituinte e se este não detectou maiores empecilhos para a constitucionalização, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário não poderiam desqualificar o juízo de harmonização feito pelos constituintes reformadores.

Outra maneira, que consideramos mais adequada para transpor esta dificuldade, pode partir do reconhecimento do conflito e seguir para uma busca de compatibilização.

Caso se chegue a um ponto que sinalize para impossibilidade de conciliação, o recurso que a doutrina contemporânea tem mais prontamente apontado indica a priorização da norma mais favorável ao direito pessoal em questão, independentemente de ser a norma constitucional ou internacional.

- ii) Aproximação com outro tratado - pode ocorrer que as normas de dois tratados constitucionalizados entrem em conflito, neste particular, por serem normas de igual hierarquia, é possível recorrer às mesmas fórmulas acima explicitadas.
  - iii) Aproximação entre o tratado constitucionalizado e as leis ordinárias – o tratado constitucionalizado está acima da legislação ordinária, sendo assim, decorre que a legislação infraconstitucional incompatível torna-se inválida em face da sua inconstitucionalidade. Também é cabível proceder a harmonização dos conteúdos normativos, de forma que toda interpretação deve ser conforme, e não contra, o tratado de direitos humanos constitucionalizado.
- c) Há diferença em afirmar que os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional” e dizer que eles são “equivalentes às emendas constitucionais”?

A resposta é positiva. A afirmação de que um tratado internacional conta com “status de norma constitucional” indica que eles integram o bloco de constitucionalidade material da Constituição, e dizer que os tratados internacionais são “equivalentes às emendas constitucionais” significa dizer que além de materialmente constitucionais, eles

deverão ser também formalmente constitucionais, tendo, portanto, a mesma potencialidade jurídica de uma emenda. O que resultaria em dois efeitos elementares:

Em primeiro lugar, implica que eles passarão a reformar a Constituição, sempre que forem mais benéficos que as disposições constitucionais vigentes, pois, caso contrário, aplicar-se-á a regra da disposição mais benéfica para a vítima da violação do direito humano. Em segundo lugar, indica que eles não poderão ser denunciados, pois mesmo que um tratado preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são, em matéria de direitos humanos, cláusulas pétreas do texto constitucional (art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988), tornando a denúncia impossível.

Outras questões na relação entre o direito internacional e o direito interno, decorrem desta situação, visto que o direito enunciado em determinado tratado poderia: a) coincidir com o direito assegurado pela constituição; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; e c) contrariar preceito do direito interno.

Na primeira hipótese podem ser citados alguns exemplos em que um direito previsto e assegurado por diversos documentos internacionais é simultaneamente protegido pela Constituição de 1988. Felizmente essa situação não gera danos ou transtornos, ao contrário, apenas corrobora para a proteção da vítima em ambos os planos normativos (p. ex: o art. 5º, inciso III da Constituição de 1988 prevê que “ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante”, que por sinal é a reprodução literal do artigo 5º (2) da Convenção Americana).

Nessa conjuntura há uma verdadeira integração entre o ordenamento interno e o internacional, no qual os tratados internacionais conferem mais força aos direitos previstos no ordenamento interno, de forma que a eventual violação de direitos humanos implica na responsabilidade não apenas no âmbito nacional como também no âmbito internacional.

A segunda hipótese torna possível a observância de direitos que a constituição não assegura, mas que os tratados internacionais prevêm, proporcionando a abertura do rol de direitos a serem protegidos, conseqüentemente favorecendo a proteção internacional da pessoa humana. Uma situação que afeta a soberania nacional, pois a torna necessariamente flexibilizada, no entanto, esta tem sido a tendência do constitucionalismo atual, e demonstra o compromisso do Estado com a proteção de direitos a cidadãos, ou a grupos de cidadãos específicos, que soberanamente abdicam de parte de sua soberania para proteger a pessoa humana, adquirir legitimidade política na arena internacional e manter o diálogo com outros povos.<sup>34</sup>

A terceira hipótese retrata o caso de eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição, que talvez seja a mais complexa por gerar o questionamento de como solucioná-la. O critério a ser utilizado deve ser a aplicação da norma mais favorável à vítima, pois, dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano, assim como ocorre nas outras duas situações.

Este critério encontra apoio tanto nos próprios tratados internacionais como na jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais, mas no âmbito nacional sua

aplicação fica condicionada a aplicação pelos operadores do direito, em especial dos tribunais nacionais.

A aplicação bem sucedida dos tratados internacionais no Brasil depende que se favoreça a proteção da pessoa humana através de uma integração eficaz que conjugue o âmbito nacional e internacional. Uma vez incorporadas ao texto Constitucional, os direitos humanos reconhecidos pelo tratado internacional acolhido por parte do Brasil passam a ser fundamentais e, por conseqüência, irreformáveis pelo Poder Constituinte Derivado (art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988).

Desde muito antes da Emenda 45/04, a preocupação dos documentos internacionais e de grande parte dos doutrinadores foi de conferir a prioridade da norma mais favorável à vítima em caso de conflito entre uma norma internacional e uma proveniente do direito interno. Em termos doutrinários, sobre a divergência, no que tange aos tratados de direitos humanos, quanto à supremacia da lei interna ou não, vale ressaltar o posicionamento de Cançado Trindade, segundo o qual, em caso de conflito deve-se adotar a lei que, no caso concreto, mais proteja a pessoa humana. Ele assim expõe em sua obra:

No presente contexto, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É 34 Exemplos dessa situação cf. PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 133.

a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.<sup>35</sup>

No mesmo sentido, Flávia Piovesan:

*Acredita-se, ao revés, que conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia.<sup>36</sup>*

Os documentos internacionais também, de modo geral, possuem previsões que explicitam o princípio de aplicação da norma mais favorável à vítima. As decisões das cortes internacionais também sempre utilizaram a argumentação da aplicação da norma mais favorável à vítima, da prevalência da maior proteção aos direitos humanos, decidindo inclusive que um Estado tenha que adequar as suas normas constitucionais e legais aos valores consagrados na Convenção Americana, como foi o caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile<sup>37</sup>, por exemplo.

Como exposto, sempre apareceu nos documentos internacionais e nas decisões das cortes a preocupação de, em caso de conflito entre direito internacional e direito interno, deixar claro que se aplicará o que for mais favorável à vítima, o que mais se compatibilize com a proteção dos direitos humanos.

### 3.1. Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos

A temática relacionada ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais apresenta vários aspectos interessantes e com matizes diversificadas em razão da própria complexidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, somada ao intrincado regime jurídico adotado para a internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil, que desde sempre fomentou intenso debate e infelizmente não encontrou nas disposições do art. 5º, § 3º, introduzidos pela EC nº. 45/04, elementos suficientes para apaziguar a celeuma jurídica a seu respeito.

35 TRINDADE, 2003, op. cit., p. 542-543.

36 PIOVESAN, 2002, op. cit., p. 87.

37 Parte da sentença expõe: “Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que: Adecúe sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, con el fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad”. (...)Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, (...) 4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

Aqui contemplaremos algumas questões consideradas relevantes em torno do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados de acordo com os procedimentos instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não intencionamos fazer uma análise exaustiva do tema.

É imprescindível pontuar que atualmente no Brasil o debate sobre o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais deve ser direcionado à luz da compreensão de que a matéria recebe um tratamento diferenciado em razão do conteúdo ou substância de que seja objeto este mesmo tratado, ou melhor, o pano de fundo para a discussão consiste em saber se o controle de constitucionalidade diz respeito a um tratado internalizado sobre direitos humanos, dado que esta constatação traduz-se em uma série de peculiaridades que irão envolver a disciplina do assunto.

Todo o mecanismo convencional de controle de constitucionalidade frente aos tratados internalizados de direitos humanos deve passar por uma reapreciação e revisão jurisprudencial no STF, pois já não há como manter a linha tradicionalmente corrente na Corte Superior dado que ela não mais se coaduna com a atual disposição constitucional que deu um lugar de relevo no ordenamento jurídico nacional para aquelas disposições de direitos humanos provenientes de tratados internacionais internalizados no país.

Deste modo, em relação aos tratados sobre direitos humanos internalizados antes da EC nº. 45/04, entende-se que estes foram recepcionados com status equivalente a emendas constitucionais e, portanto, ocupam lugar de prestígio na ordem jurídica, configuram disposições amparadas pela proteção imposta como limite material ao poder reformador estabelecida no art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988 e sendo assim, revogam as

disposições em contrário e pelo exercício do controle de constitucionalidade inviabilizam a manutenção no conjunto da ordem jurídica de normas incompatíveis com suas disposições através do controle de constitucionalidade.

Esta mesma linha de raciocínio acima referida também se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados após o advento da EC n.º. 45/04 conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988. E no caso de um eventual conflito entre as disposições contidas no tratado de direitos humanos adequadamente internalizado e as normas constitucionais, deve prevalecer o entendimento que privilegie a norma mais favorável a vítima da violação do direito humano.

O atual procedimento introduzido pela EC n.º. 45/04, contudo, não elimina a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos, vir a ser internalizado com um quorum de maioria simples. Neste caso, no aspecto formal, o mencionado tratado não contará com a hierarquia equivalente a emenda constitucional. A circunstância referida invoca a necessidade de revisão da orientação jurisprudencial seguida pelo STF, a fim de considerar a hierarquia destes tratados com uma hierarquia supralegal, isto é, tratados que no aspecto formal encontram-se abaixo da constituição, porém hierarquicamente situados acima de todas as demais normas infraconstitucionais, revogando as disposições inferiores com ele incompatíveis.

#### **4. A incorporação dos tratados de direitos humanos no direito comparado**

O dilema sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno de um país tem sido preocupação de diversos países. Muitos deles têm optado por uma interpretação que conceda status constitucional aos referidos tratados, por recepção automática inclusive. Independentemente das pequenas diferenças no modo como isso tem se desenvolvido, a perspectiva contemporânea é que, cada vez mais, os países se mobilizem no sentido de conferir maior prevalência às normas de direitos humanos, muito embora alguns outros ainda se mostrem retrógrados nesse aspecto.

A Constituição Portuguesa<sup>38</sup>, no art. 8º, apresenta a recepção automática das normas do direito internacional pelo direito português. Trata-se de uma cláusula de recepção plena que privilegia a proteção dos direitos humanos. Isso significa que as normas e princípios de direito internacional fazem parte integrante do direito português. Assim esclarece o artigo 8º:



Artigo 8.º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2.

As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Além disso, cumpre ressaltar uma outra norma de suma importância para o debate em questão presente na Constituição Portuguesa: o artigo 16 (1) e (2). A leitura desse artigo deixa claro a existência de uma cláusula de abertura na Constituição Portuguesa, que permite a possibilidade de incluir direitos fundamentais com base em leis e regras de direito 38 Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)

internacional. E, além disso, numa visão humanizante e protetiva dos direitos humanos, tem de forma expressa a preocupação de sempre se fazer uma harmonização dos direitos fundamentais com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim expõe o referido artigo:

Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição do Peru<sup>39</sup>, nas disposições finais e transitórias, também explicita a mesma preocupação presente na Constituição Portuguesa, qual seja, de que as normas relativas aos direitos e liberdades presentes na Constituição do Peru sejam interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos. Isso traduz um movimento forte de reconhecimento do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de sua efetiva proteção nos ordenamentos internos. Assim:

Disposiciones finales y transitorias. Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

A Constituição Argentina<sup>40</sup> também confere hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos, muito embora estabeleça quorum para que outros possuam a mesma hierarquia. Expõe o artigo 22:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la 39 Disponible em: <http://tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> 40 Disponible em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpol.php>

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A Constituição da Venezuela<sup>41</sup> também é mais um exemplo de Constituições que admitem o status constitucional das normas expostas em tratados de direitos humanos, por exemplo. Explicita o art. 23:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

A Constituição da Colômbia<sup>42</sup>, principalmente nos artigos 93, 94 e 164, trilha o mesmo caminho, admitindo a prevalência dos direitos humanos na ordem interna e buscando interpretações dos direitos consagrados na Carta Colombiana que sejam compatíveis com o estabelecido em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Eis os artigos:

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (grifo nosso) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el 41 Disponible em: <http://analitica.com/bitbliblioteca/anc/constitucion1999.asp> 42 Disponible em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>

procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”\*

Modificado por el Acto Legislativo 2/2001. Fueron agregados incisos 3º y 4º.

“ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (grifo nosso) “ARTICULO 164.

El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno. (grifo nosso)

Na América Latina alguns países caminharam na direção de sua inserção em contextos supranacionais conferindo aos tratados internacionais de direitos humanos lugar de destaque no ordenamento jurídico e em alguns casos concedendo-lhes estatuto constitucional. No Paraguai o art. 9º da Constituição de 20.06.1992, dispõe:

A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.

A Constituição uruguaia de 1967, inseriu em 1994, novo inciso em seu artigo 60, que prevê que "A República procurará a integração social e econômica dos Estados latinoamericanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos."

A Constituição do Chile<sup>43</sup>, ao se referir à soberania estatal, esclarece que esta não pode mais ser concebida de forma absoluta, mas possui limitações. Uma dessas limitações é justamente o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. Explica o art. 5º:

Art. 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así <sup>43</sup> Disponible em: <http://www.camara.cl/legis/const/c01.htm> como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Portanto, após essa análise, conclui-se que diversos países têm adotado, nas suas respectivas constituições, artigos que conferem status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados internamente, além de também lhes conferir aplicação imediata. Essa é a tendência e esse deve ser o caminho interpretativo a ser seguido

pelo Brasil. O diagnóstico retrata uma convergência contemporânea do constitucionalismo de atribuir maior cotação as normas internacionais de direitos humanos.

Assim, as constituições tanto apresentam maiores elementos de concretização de sua eficácia normativa, quanto partem de uma dimensão aproximativa entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional.

A mudança do modo como os direitos humanos são tratados no Estado brasileiro ainda transcorre de forma lenta e gradual. As idiosincrasias na fórmula como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna são, em certa medida, responsáveis pelo arrastar de entendimentos envelhecidos.

## Referências

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 9, n.197, p.38-39, mar. 2005.
- ARIOSI, Mariângela F. Controle de constitucionalidade dos tratados. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em:  
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5941>>. Acesso em: 02 dez. 2007
- AYALA CORAO, Carlos M. El derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. In:  
CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 1994, Querétaro.
- BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 1994, Querétaro.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- Rev. Jur.*, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008  
<http://www.planalto.gov.br/revistajuridica> 33
- EMERIQUE, Lilian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006.
- \_\_\_\_\_; GOMES, Alice Maria M.; SÁ, Catharine F. de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases*, RJ, ano 7, n. 8, p. 123-170, jun. 2006.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

- FIGUEIREDO, Patrícia Cobiachi. Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, SP, n. 4, p. 635-636, jul./dez., 2004.
- GUERRA, Sidney. *Direito internacional público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Temas emergentes de direitos humanos*. Campos dos Goitacazes, RJ: FDC, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Globalização, informação e direito fundamental à privacidade*. *Revista Z Cultural do Programa Avançado de Cultura Contemporânea*, v. 1, p. 01-35, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e direitos fundamentais*. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 6, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, direitos humanos ou liberdades públicas?*. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- Rev. Jur.*, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008
- <http://www.planalto.gov.br/revistajuridica> 34
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, ano 101, p. 89-109, mar./abr., 2005.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. In: *TEMAS de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.
- SILVA, Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 46, n. 12, jul./dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n. 113-118, 1998, p. 88-89.
- \_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 1, p. 46-47, 1999.
- \_\_\_\_\_. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Ed. Humanidades; UnB, 2000.
- \_\_\_\_\_. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al (Coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- <http://www.planalto.gov.br/revistajuridica>
- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf)