

# Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos e Emenda Constitucional

Eliene Célia Ferreira

## INTRODUÇÃO

A emenda constitucional n. 45, promulgada em 30 de dezembro de 2005, acresceu, ao artigo 5º da Constituição Federal, o parágrafo 3º, o qual pretendeu pacificar a controvérsia que havia acerca da hierarquia e sistemática dos contratos internacionais sobre direitos humanos.

O citado parágrafo dispõe 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.

Assim, pela nova redação, os tratados sobre direitos humanos assinados pelo Brasil, antes recepcionados como norma infraconstitucional, segundo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, agora passarão, caso aprovadas em procedimento análogo ao das emendas constitucionais, a ter hierarquia constitucional.

Ressalta-se que o tema já foi alvo de muitas discussões e divergências. Tal fato porque, antes da promulgação da referida emenda, a Constituição Federal apenas previa, nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo já citado, respectivamente, que:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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.

Devido a tais parágrafos, muitos internacionalistas entendiam que, por serem materialmente constitucionais, os tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, seriam automaticamente incorporados ao sistema interno, e elevados à hierarquia de norma constitucional, expressões do poder constituinte originário. (CANÇADO TRINDADE, 1991; PIOVESAN, 2002)

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, posicionou-se majoritariamente em sentido diverso, admitindo que os tratados internacionais sobre direitos humanos, após sua ratificação pelo presidente da república, só seriam incorporados ao ordenamento interno brasileiro com a subsequente promulgação do decreto pelo Executivo. (STF, 2000, CR n. 8.279)

Considerou-se, ademais, também majoritariamente, que os mencionados tratados, independentemente do assunto tratado, teriam a hierarquia de norma infraconstitucional. (STF, 2003, HC n. 72.131)

Após a citada reforma, uma vez equivalentes às emendas constitucionais, e, portanto, expressões do poder constituinte de reforma, não há mais dúvida de que os contratos internacionais sobre direitos humanos poderão ser alvo de controle de constitucionalidade pelos tribunais.

Há, porém, várias questões que estão em aberto, ainda não analisadas pormenorizadamente pela doutrina ou pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao pouco tempo de promulgação da Emenda Constitucional n. 45.

O objetivo deste trabalho é, pois, analisar as posições doutrinárias acerca dos tratados sobre direitos humanos antes e após a promulgação da referida emenda, de modo a enfrentar as questões divergentes sobre a matéria e traçar um estudo crítico.

Assim, no primeiro capítulo, o presente trabalho esboçará um panorama sobre os princípios que regem o Brasil no cenário internacional, sobre as teorias que disciplinam a relação entre direito interno e internacional, tratará da sistemática dos tratados internacionais em geral e sua evolução e analisará as formas de vínculo com os Estados-parte.

No segundo capítulo, será traçado um histórico do processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos no Brasil e no mundo, analisar-se-á a relativização da soberania do Estado, a abrangência do conteúdo dos direitos humanos, a interdependência entre os direitos à liberdade e à igualdade. Será abordada a necessidade de contratos e convenções internacionais para o estabelecimento de um padrão mínimo de proteção da pessoa humana, bem como os contratos internacionais de direitos humanos no direito comparado.

No terceiro capítulo, será feito um estudo sobre os contratos internacionais sobre direitos humanos pré e pós-reforma constitucional. Tratar-se-á acerca da hierarquia dos tratados no direito comparado, sobre a posição dos internacionalistas que, no Brasil, defendem o *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos, bem como sobre a evolução da matéria na jurisprudência, traçando, ao final, um esboço crítico sobre as discussões e sobre a alteração da emenda.

Por fim, na conclusão, será feito um reexame pontual dos aspectos relevantes da pesquisa, com a apresentação das considerações referentes aos objetivos e hipóteses traçadas para o trabalho.

## **1. DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL**

### **1.1. Princípios constitucionais orientadores das relações exteriores**

Importante ressaltar, primeiramente, que os princípios constitucionais, seguindo a concepção dos constitucionalistas modernos, se inserem em um sistema normativo aberto, no qual se incluem também as regras.

Princípios e regras, conforme ensina Canotilho (1998), podem ser diferenciados com base em alguns critérios: a) Grau de abstração: os princípios possuem grau de abstração mais elevado que as regras; b) Grau de determinabilidade: por serem vagos, princípios necessitam de mediações concretizadoras, sendo as regras de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade: os princípios possuem um papel fundamental no âmbito do ordenamento jurídico; d) Proximidade da idéia de direito: enquanto princípios são padrões juridicamente vinculantes baseados em ideais de justiça ou na idéia de direito, regras podem possuir conteúdo simplesmente funcional; e) Natureza normogenética: por serem fundamento das regras, princípios encontram-se na base destas.

Os princípios, assim, por estarem vinculados a conceitos abertos, fornecem ao intérprete parâmetros gerais, abrindo possibilidade à complementação, à ponderação entre valores e interesses, de modo a se chegar ao resultado mais justo.

No caso específico dos princípios veiculados no art. 4º da Constituição federal, entende-se que estes cumprem, nas relações entre os países, três funções básicas:

[...] a fixação de marcos normativos na condução da política externa; a instituição de limites para a política externa; além da formação de estímulos para a condução da política externa em determinado sentido. (GALINDO, 2002, p. 98)

Com base nessas funções, permite-se uma ampliação do controle das relações externas, incluindo-se os tratados internacionais, pelos poderes Legislativo e Judiciário, os quais terão parâmetros fixos que permitirão a denúncia de atos que descumprem tais princípios, bem como a declaração de sua inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988 é a primeira a ressaltar, no mencionado art. 4º, uma orientação internacionalista na história constitucional brasileira, segundo entendimento de Piovesan (2002). As constituições passadas sempre asseguraram os valores da independência e soberania do país, mas somente na atual, baseada na Constituição portuguesa<sup>1</sup>, foram assegurados, dentre outros, os princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.

Ao comentar o multicitado artigo da Constituição Federal, Ferreira Filho (1990, p. 21) assim orienta:

---

<sup>1</sup> O art. 7º, inciso I, da Constituição Portuguesa de 1982 assim estabelece: “Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito aos direitos do homem, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade”.

É visivelmente ambíguo este dispositivo constitucional (art. 4º da Constituição de 1988) que reflete inspirações nitidamente divergentes. Por um lado existe uma orientação nacionalista que se apegue às idéias de independência nacional (item I), de não intervenção (item IV), de igualdade entre os Estados (item V). Por outro lado, há uma linha internacionalista que se traduz na idéia de que o Brasil nas suas relações internacionais deverá bater-se pela prevalência dos direitos humanos (item II), da autodeterminação dos povos (item VI) e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (item VIII). Ademais, o texto também consagra a adesão a ideais sem dúvida de aplauso universal, como a defesa da paz (item VI) ou da solução pacífica dos conflitos (item VII) e o da concessão de asilo político (item X).

Ao erigir a prevalência dos direitos humanos como princípio constitucional a ser atendido pelo Brasil em suas relações internacionais, o texto da Carta de 1988 foi interpretado por muitos autores no sentido de que, diante da suposta ambigüidade, prevaleceria a tônica internacionalista. Tal conclusão se basearia nos demais princípios e valores consagrados na Constituição.

Com efeito, tanto Galindo (2002), como Piovesan (2002), na linha de Cançado Trindade (1991), defendem que o princípio em questão seria uma norma internacional de caráter peremptório, supraconstitucional (*jus cogens*), condicionando e limitando a soberania estatal.

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, no compromisso em adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2002, p. 63)

Embora o princípio da prevalência dos Direitos Humanos não conste da Declaração de 1970, facilmente pode-se defender que possui ele natureza *jus cogens*. (GALINDO, 2002, p. 121)

É esta exatamente a questão posta em debate no presente trabalho. Discutir-se-á, ao longo dos demais capítulos, a posição divergente do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar o primado da Constituição sobre os tratados internacionais – mesmo versando sobre direitos humanos –, e a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 45.

## **1.2. Relação entre direito interno e internacional – teorias**

De início, impende ressaltar que muito já se discutiu acerca das teorias que tratam do relacionamento entre direito internacional e interno. Esta questão, hoje, embora não pacificada, assumiu um contorno que tornou despiendo prolongar-se na controvérsia, qual seja: a sua inutilidade prática.

Com efeito, delinear precisamente o sistema de um país como dualista ou monista é impossível. Segundo Galindo (2002), nunca, durante a História, existiu um país completamente monista ou dualista. Tais teorias são ideais, apenas havendo maior propensão para um ou outro sistema.

Assim, poder-se-ia afirmar que todos os sistemas adotados derivariam de um dualismo moderado a um dualismo moderado. Não há, pois, limite para a imaginação quando se pretende mitigar tais teorias, o que torna seu estudo, em suma, inócuo.

Ou se admite que determinado sistema jurídico é monista ou dualista, ou se rejeita a terminologia, uma vez que a utilização dos termos dualismo e monismo moderado só gera confusão, além de nada significar para aquele que desconhece a realidade de determinado sistema jurídico. (GALINDO, 2002, p. 70)

No mesmo sentido, posiciona-se Cançado Trindade (1996, p. 16):

O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordarem mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre os Estados e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da “competência nacional exclusiva”; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e, por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser “transformadas” em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas.

Assim, muito embora pretenda este trabalho discutir a relação entre direito interno e internacional no tocante aos tratados sobre direitos humanos, o fará sobre uma perspectiva mais prática, sem a preocupação em designar este ou aquele sistema de monista ou dualista. Tal fato, não obstante, não impede que se revele, em breves linhas, as principais características de cada teoria, para um maior embasamento teórico.

### ***O monismo com prevalência do direito interno***

A vertente nacionalista do monismo encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de ter florescido entre autores soviéticos entre os anos vinte e os anos 80. É a mais antiga das teorias que buscam explicar a relação entre direito interno e o direito internacional, tendo encontrado seu respaldo filosófico já no século XIX, com Spinoza e Hegel. (GALINDO, 2002)

Tal teoria baseia-se na existência de um sistema jurídico uno, tendo como ápice o direito interno de cada país. O direito internacional somente existe em função do direito interno, e a ele deve se adequar. Parte da idéia de que o Estado soberano a ninguém se subordina, e tem na Constituição sua norma fundamental.

As críticas a respeito desta teoria se baseiam no fato de que a idéia da soberania como valor absoluto de um Estado está em muito fragilizada pela existência, cada vez mais intensa, de comunidades políticas globais, supraestatais, que atuam, para uma corrente mais progressista, como sujeitos de direito internacional, assim como os indivíduos, as organizações não governamentais e as empresas transacionais. A soberania como valor absoluto estaria, assim, mitigada.

Ademais, para Verdross<sup>2</sup>, citado por Galindo (2002), as obrigações internacionais dos Estados subsistem, malgrado a modificação da estrutura interna destes.

### ***O dualismo***

Segundo conceitua Rezek (2002, p. 4), para os autores dualistas:

[...] o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional.

Como sistemas independentes, as fontes e destinatários de suas normas são diversos. Ambos não se confundem, suas regras não se interagem. Para ser aplicado no direito interno, o direito internacional deverá, necessariamente, ser transformado por instrumentos previsto no ordenamento jurídico interno de um Estado.

Um dos grandes expoentes da teoria dualista no século XX, ao lado do italiano Dionisio Anzilotti, o alemão Carl Heinrich Triepel defendia que, do ponto de vista formal, inexistia conflito entre direito internacional e direito interno, pois se os sistemas não se tocam, suas normas não podem se enfrentar. Do ponto de vista material, todavia, o juiz interno deve dar prevalência à norma interna em detrimento daquela oriunda de um tratado – mas devidamente transformada em direito interno. (TRIEPEL, 1966)

Kelsen criticou duramente tal vertente, eis que distinguir exatamente as matérias pertencentes a cada sistema seria tarefa impossível. Nada impede, para o autor alemão, que ambos os sistemas tratem de matérias idênticas, as quais podem interagir.

[...] o dualismo é insustentável, pois os sistemas de normas do direito internacional e do direito interno não podem ser diferentes e mutuamente independentes se ambas as normas forem consideradas como válidas em um mesmo tempo e espaço. (KELSEN, 1998, p. 516-517)

### ***O monismo com prevalência do direito internacional***

Esta teoria, criada para combater o dualismo, foi adotada pela maior parte dos internacionalistas. Dela foram adeptos juristas de relevo, como o austro-húngaro Hans Kelsen, bem como outros integrantes da Escola de Viena, como Verdross e Kunz.

A teoria teve várias subdivisões, todas centradas em um ponto comum: a existência de um sistema jurídico único sob o primado do direito internacional, ao qual os Estados deveriam se adequar. O monismo com prevalência do direito internacional pretendeu dar, ao direito internacional, maior relevo e importância, combatendo o centralismo estatal que imperava no início do século XX.

A vertente Kelseniana vislumbrava, ao defender o primado do direito internacional, um ideal pacifista, ao contrário da teoria centrada no Estado, que tenderia ao imperialismo.

Kelsen, em um primeiro momento, conforme cita Galindo (2002), adotou a regra do *pacta sunt servanda* como norma fundamental de todo o direito. Assim, os Estados

---

<sup>2</sup> Componente da Escola de Viena, tal como Hans Kelsen, Alfred Verdross defendia, de início, um monismo com prevalência do direito interno. Posteriormente, se tornou um dos maiores expoentes do monismo com prevalência do direito internacional. (GALINDO, 2002)

só necessitariam obedecer às normas oriundas de pactos a que se vincularam, sendo a eles impossível impor o cumprimento de normas a que não consentiram. Visão, pois, tipicamente voluntarista.

Posteriormente, o autor passa a defender que tal norma fundamental no direito internacional é a que afirma que “os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume” (KELSEN, 1998, p. 525). Esta norma, pois, nasceria do direito internacional consuetudinário.

O processo para esta norma é o mesmo utilizado no Direito Interno. Primeiramente, partir-se-ia da norma mais baixa dentro do Direito Internacional. Esta decisão teria validade, uma vez que foi um tratado quem instituiu o tribunal. Se novamente se pergunta se esse tratado teria validade, chegar-se-ia à norma geral que obriga os Estados a se conduzirem conforme os acordos por ele firmados: a norma *pacta sunt servanda*, do Direito Internacional Geral, a qual seria criada pelo Direito Internacional Consuetudinário. (GALINDO, 2002, p. 45)

Esta visão pacifista, porém, segundo a doutrina mais pragmática, seria utópica, irrealizável. Parte de uma perspectiva ideal de que se estabeleça uma ordem única, na qual os Estados soberanos poderiam conviver harmonicamente frente a um conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes. (REZEK, 2002)

### **1.3. Considerações gerais sobre tratados internacionais**

#### ***Conceituação***

O tratado internacional<sup>3</sup>, principal fonte de obrigação do direito internacional, é conceituado, por Rezek (2002, p. 14), como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

É necessário, como a própria conceituação externa, um elemento formal, que o distingue do costume, este também resultante de um acordo de vontades e também apto a produzir efeitos jurídicos. Esta formalidade se traduz, pois, na necessidade da forma escrita, e em toda uma ritualística própria de adesão pelos sujeitos contratantes.

A aptidão de produzir efeitos jurídicos, gerando obrigações e prerrogativas entre as partes contratantes, confere ao tratado a dupla qualidade de ato jurídico e norma. O acordo formal entre os sujeitos é o ato jurídico que produz a norma, desencadeando os efeitos de direito.

Haja vista a necessidade de disciplinar o processo de formação dos tratados, foi elaborada a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, cujo texto foi ultimado em 23 de maio de 1969. Sua negociação envolveu cento e dez Estados, dos quais apenas trinta e dois firmaram, naquela data, o documento. A Convenção entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, quando atingiu o *quorum* mínimo de trinta e cinco Estados-partes. No Brasil, o Executivo encaminhou ao Legislativo, em abril de 1992, o texto da Convenção para exame e eventual aprovação. (REZEK, 2002)

---

<sup>3</sup> Os termos convenção, pacto, protocolo, carta, convênio, acordo internacional são também utilizados para designar tratado. São expressões sinônimas, no entender de Piovesan e Rezek (2002).

## ***Sujeitos***

Possuem personalidade de direito internacional, para a corrente clássica, os Estados soberanos (aos quais se equipara a Santa Sé) e as organizações internacionais. Para a corrente progressista, além destes, ainda os indivíduos, as organizações não governamentais e as empresas transacionais<sup>4</sup>.

Destes sujeitos, apenas os três primeiros possuem capacidade para celebrar tratados, pois são os que dispõem de prerrogativa ampla de participar, a título próprio, da produção do acervo normativo internacional.

Quem detém competência negocial para agir em nome de tais pessoas jurídicas são, em primeiro lugar, os chefes de Estado e de governo, cuja representatividade é originária. É, pois, prerrogativa inerente ao cargo, que independe de apresentação de carta de plenos poderes.

Os plenipotenciários, cuja representatividade é derivada, compreendem o ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, os chefes de missão diplomática e aqueles que sejam investidos pela outorga de uma carta de plenos poderes.

Os dois primeiros prescindem de qualquer prova documental avulsa para agir em nome da pessoa jurídica de direito internacional à hora do procedimento negocial. A própria investidura na função já confere essa prerrogativa. No caso do chefe de missão diplomática – o embaixador ou o encarregado de negócios – essa plenipotência é reduzida se comparada ao ministro do exterior, a ele somente é possível negociar tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. (REZEK, 2002)

Nas delegações internacionais, apenas seu chefe detém a carta de plenos poderes.

Os demais integrantes do grupo, quer se qualifiquem como *delegados*, como *suplentes*, ou como *assessores*, têm por incumbência dar-lhe o suporte que requeira – suprindo, por exemplo, sua impossibilidade de presença constante à mesa de uma negociação ininterrupta, ou de presença simultânea em duas ou mais câmaras a que, por especialidade, os trabalhos preparatórios se hajam distribuído. Não se concebem conflitos dentro da delegação: há de prevalecer, em face da eventual variedade de opiniões, a voz do chefe, enquanto autorizada – o que se presume até a evidência em sentido contrário – pela origem de seus plenos poderes. (REZEK, 2002, p. 37)

## ***Procedimento***

---

<sup>4</sup> Segundo Rezek (2002, p. 146), adepto da corrente clássica, “para que a idéia da personalidade jurídica do indivíduo em direito das gentes pudesse fazer algum sentido, seria necessário que ele dispusesse da prerrogativa ampla de reclamar, nos foros internacionais, a garantia de seus direitos, e que tal qualidade resultasse de norma geral. Isso não sucede. Os foros internacionais acessíveis aos indivíduos – ou mesmo a empresas – são-no em virtude de um compromisso estatal típico, e esse quadro pressupõe a existência, entre o particular e o Estado co-patrocinador do foro, de um vínculo jurídico de sujeição, em regra o vínculo de nacionalidade.” No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (p. 453, v. 1, 1988-1989): “A regra continua sendo a de negar ao indivíduo a condição de sujeito internacional. Faz-se necessária ainda a mediação do Estado para que o pleito



Não obstante a ritualística referente aos tratados internacionais ser matéria que cabe aos próprios Estados disporem, pode-se definir, como regra geral, que o procedimento para a formação dos tratados se inicia com os atos de negociação e assinatura ou adoção pelo executivo, aprovação pelo Legislativo e, por fim, ratificação ou adesão pelo Chefe do Executivo.

No Brasil, o processo de celebração de contratos segue, como regra geral, a seguinte ordem:

[...] a) negociação; b) assinatura; c) mensagem ao Congresso; d) aprovação parlamentar; e) ratificação; f) promulgação; ou no caso de adesão a determinado tratado: a) mensagem ao Congresso; b) autorização parlamentar; c) adesão; d) promulgação. (GALINDO, 2002, p. 138)

Nas palavras de Piovesan (2002), a assinatura representa apenas um “aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado”.

Muito embora não surta efeitos jurídicos, a assinatura consiste em uma aprovação política, e obriga o Estado a obstar atos que violem os propósitos do tratado. (WALLACE apud PIOVESAN, 2002, p. 71)

Em seguida, haja vista previsão expressa da Constituição de 1988, é necessária a aprovação, mediante decreto legislativo, pelo Congresso Nacional, cuja vontade integra aquela externada pelo Executivo (ratificação). Trata-se, pois, de ato complexo, em que é imprescindível a atuação dos dois poderes para a geração de efeitos jurídicos.

Com efeito, o art. 84, VIII, da Constituição determina que é da competência privativa<sup>5</sup> do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. O art. 49, I, da mesma Carta, por sua vez, dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Expressa, portanto, a necessidade de dois atos distintos para o aperfeiçoamento de um tratado internacional.

A necessidade da conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo sempre esteve presente nas Constituições brasileiras, e demonstra a preocupação do constituinte em limitar a autonomia do Executivo quando da celebração de contratos internacionais, limitação esta que não existe em alguns países europeus.

Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de “checks and balances” talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no executivo, como era então a experiência européia. (HENKIN apud PIOVESAN, 2002, p. 73-74)

Assim, após a aprovação pelo legislativo, imprescindível a ratificação, por meio de decreto, pelo Chefe do Executivo. É o aceite definitivo pelo qual o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.

---

<sup>5</sup> Ressalta-se que as previsões do art. 84, VII e VIII tratam de competências delegáveis. Muito embora tais artigos não se encontrem no rol previsto no parágrafo único do mesmo artigo, entende-se que somente a ratificação é indelegável, não o sendo a negociação e assinatura. Por isso a possibilidade de outorga de poderes aos chamados plenipotenciários. (REZEK, 2002)

Não se pode entender a ratificação senão como *ato internacional*, e como *ato de governo*. Este, o poder executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar – o que no léxico significa *confirmar* –, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Paramentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão renunciado, antes, por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirmar pela ratificação. (REZEK, 2002, p. 49)

A ratificação é ato discricionário do Executivo. Não comete ilícito internacional, portanto, o Estado que não ratifica tratado firmado em foto bilateral ou coletivo. A recusa, entretanto, por vezes pode ser entendida como politicamente inoportuna ou inamistosa. (REZEK, 2002)

Importante ressaltar a análise de Galindo (2002), em sua obra, acerca da controvérsia sobre natureza do decreto: se ato de transformação ou ato de publicação. Tal discussão gira em torno da já antiga polémica a respeito das teorias monista e dualista.

No Brasil, como já mencionado, não se discute a necessidade, após aprovação do tratado pelo Legislativo, da ratificação do chefe do executivo. A questão é saber se o instrumento pelo qual se materializa essa ratificação – o decreto – tem o condão de transformar o direito internacional em direito interno ou possui função de apenas torná-lo público.

Muito embora não haja consenso entre os doutrinadores a respeito de que teoria (monista ou dualista) o Brasil teria adotado, mesmo porque tal discussão em muito perdeu sua força, como já mencionado, a tendência do STF sempre foi no sentido de que o decreto é ato de incorporação do direito internacional.

Torna-se irrecusável admitir, portanto, que o Protocolo de Medidas Cautelares celebrado no âmbito do MERCOSUL ainda não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno do Brasil, razão pela qual não pode ser invocado, no plano doméstico, como fundamento de concessão de *exequatur*, em tema de cartas rogatórias com efeito executório. (STF, 1998, CR 8.279)

No que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos, os quais serão tratados com mais vagar em capítulo próprio, existe o entendimento de alguns doutrinadores de que estes prescindiriam de “transformação” em direito interno para serem aplicados, em virtude da própria dicção do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição.

(...) diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos

humanos, acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto que, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não-automática. (PIOVESAN, 2002, p. 104-105)

Há, ainda, que se fazer uma ressalva quanto aos chamados *acordos executivos*, mencionados tanto por Rezek (2002) como Accioly (1956-1957), e outros internacionalistas, como aqueles que prescindem da aprovação pelo Poder Legislativo.

Para Accioly (1956-1957), existem três categorias de acordos executivos: aqueles que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente, os que decorrem de algum tratado vigente e são seu complemento e os que têm em vista apenas manter as relações já travadas ou estabelecer simples bases para negociações futuras.

Este raciocínio baseia-se em uma interpretação literal do art. 49, inciso I, da Constituição Federal, inspirada na experiência norte-americana, que diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que *acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”.

Assim, *contrario sensu*, os que não representassem tal encargo prescindiriam de aprovação legislativa. Porém, como o próprio Rezek (2002) acentua, essa visão deve ser analisada com muitas reservas, eis que não há compromisso internacional que não imponha às partes algum encargo, ainda que não pecuniário.

Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*. (REZEK, 2002)

Por fim, podem os tratados são suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário. O ato de denúncia, como o ato da ratificação, é de caráter essencialmente executivo e cabe ao órgão incumbido da representação do Estado nas relações internacionais.

Assim, se o ato internacional de que se trate pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida de aprovação do Poder Legislativo, sua denúncia unilateral já terá sido autorizada por este, ao aprovar o respectivo texto, no qual, como acabamos de dizer, a denúncia terá sido admitida. (ACCIOLY, 1956-57, p. 49)

### ***Reservas***

A Convenção de Viena, no artigo 2º, parágrafo 1º, *d*, define a reserva como a declaração unilateral do Estado que consente, visando a “excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a esse Estado”.

A reserva pode ser feita quando da assinatura ou quando do aceite definitivo (ratificação). Neste último caso, ocorre o que os autores costumam chamar de fator surpresa, eis que a reserva não será conhecida dos demais negociadores antes que resolvam sobre sua própria ratificação. Porém, de qualquer forma, entende-se que é possível aos demais Estados pactuantes objetar à reserva, ainda que formulada por Estado ratificante ou por Estado aderente. (REZEK, 2002)

Observa-se, também, que a reserva somente pode ocorrer nos chamados tratados multilaterais ou coletivos, em que nem todos os Estados partícipes terão apreciado positivamente cada uma das normas que compõem o texto. “Ela é maneira de tornar possível que, repudiando inaceitável apenas parte – em geral mínima, ou, quando menos, limitada – do

compromisso, possa o Estado, não obstante, ingressar em seu domínio jurídico”. (REZEK, 2002, p. 67)

Nos tratados bilaterais, em que, por óbvio, ambos os Estados pactuantes possuem inteiro conhecimento do conteúdo do texto, o consenso é necessário para cada tópico do acordo, sem o qual a negociação não pode ir a termo.

Visando uniformizar o tema referente a reservas, para coibir seu uso indiscriminado, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em janeiro de 1952, adotou resolução prevendo que todos os Estados, quando da negociação de tratados coletivos, deveriam apontar os limites ao uso de reservas, proibindo-as ou facultando-as.

Como Poder responsável pelas negociações, o Executivo é quem tratará acerca das reservas, quando da assinatura do pacto, dependendo de aprovação congressional para consentir em definitivo.

Resta saber se ao Congresso é dada a prerrogativa de fazer novas ressalvas ao texto assinado, ou mesmo formular reservas, quando o Executivo não as tenha cogitado, ou ainda rejeitar as reservas já feitas.

Atento aos limites porventura fluentes do tratado que examina, tem o Congresso Nacional o poder aprová-lo com *restrições* – que o governo, à hora de ratificar, traduzirá em *reservas* –, como ainda o de aprová-lo com declaração de desabono às reservas acaso feitas na assinatura – e que não poderão ser confirmadas, desse modo, na ratificação. Nada há que fundamente, com poder jurídico de convencimento, a tese de que a aprovação só se concebe em termos integrais. (REZEK, 2002, p. 68)

Em caso de silêncio do tratado quando à possibilidade de reservas, os contratantes estão, em princípio, livres para decidir se irá opô-las ou não. Em caso de outro Estado se opuser à reserva feita, a ele cabe esclarecer se considera o tratado, como um todo, vigente entre si e o autor da reserva. Em caso afirmativo, conforme prevê a Convenção de Viena, somente a norma objeto da reserva não se aplica nas relações entre ambos.

## 2. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 Direitos humanos – Evolução

Muito embora tenham os direitos humanos começado a melhor se desenvolver já na Idade Moderna, através dos direitos civis e políticos, que eram interesse da classe burguesa em ascensão, seus antecedentes históricos remontam à Idade Média, mas sempre sob o enfoque da religião. Esta era o que, à época, fornecia uma explicação para a origem do Universo e da vida, bem como do destino do indivíduo.

Assim, a Paz de Augsburg em 1555 estabelece a igualdade entre luteranos e católicos. Cabia aos príncipes decidirem a confissão religiosa a ser seguida (*cujus regio e ius religio*), porém aos dissidentes se outorgou o “direito de emigrar”, além de lhes reconhecer a “liberdade de consciência e permitir-lhes o culto privado”. A paz de Westfalia (1648) consagra o denominado “sistema grociano” de DI, isto é, direito interestatal e igualdade de religião é estendida aos calvinistas. A ordem internacional grociana é a que existe até os dias de hoje e que começa a ser abalada pela globalização. (MELLO, 2003, p. 217)

No século XVIII, a Revolução Francesa lançou as diretrizes basilares para o aperfeiçoamento do que mais tarde viria a ser considerado direitos fundamentais (liberdade, igualdade e fraternidade), bem como estabeleceu as raízes, por meio do princípio da nacionalidade, do direito de autodeterminação dos povos, que se transformou em um dos mais importantes direitos humanos. A legitimação dos direitos fundamentais passou a ter seu fundamento não mais na religião, ou em Deus, mas no poder político, no Estado.

Somente no decorrer do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos teve seu desenvolvimento e maturação, com a decadência, no ocidente, da maior parte dos Estados totalitários, e da paulatina modificação do conceito, até então vigente, da absoluta soberania estatal.

Na concepção de Piovesan (2002), os principais marcos de universalização dos direitos humanos se deram com o advento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário, criado ainda no século XIX, tinha por objetivo regular a atuação dos Estados em época de guerra, no sentido de assegurar o atendimento aos direitos fundamentais. Baseou-se, nas palavras de Lafer (1994, p. XXIV-XXV):

[...] numa ampliação do *jus in bello*, voltada para o tratamento na guerra de combatentes e de sua diferenciação em relação a não-combatentes, e faz parte da regulamentação jurídica do emprego da violência no plano internacional, suscitado pelos horrores da batalha de Solferino, que levou à criação da Cruz Vermelha.

A Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, reforçava a idéia de relativização da soberania estatal, tendo, segundo Piovesan (2002, p. 126), “como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos seus membros”.

A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the league*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Estes

dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2002, p. 126-127)

A Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, representa, no entender de Mazzuoli (2004), o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tinha por fim estabelecer padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar, impondo aos Estados-partes o comprometimento de assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e tendo a humanidade presenciado as atrocidades perpetradas em nome da ideologia nazista, vislumbrou-se a necessidade de elevar a pessoa humana para além das barreiras impostas pelo ordenamento interno de um país, considerando-a, também, como sujeito de Direito Internacional. A violação dos direitos humanos passou a ser encarado como um problema de relevância internacional.

Em 1945, a Carta das Nações Unidas demarcou:

[...] o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica nacional e a proteção internacional dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2002, P. 139)

O conteúdo dos direitos humanos foi posteriormente explicitado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a qual abrangia a proteção dos direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais direitos conjugaram os valores da liberdade e da igualdade, os quais foram concebidos, perante a sociedade internacional, como uma unidade interdependente, indivisível e universal.

A universalidade dos direitos humanos ficou evidenciada com a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, na qual acolheu-se a tese de que, ainda que determinados Estados tenham suas particularidades culturais, haveria um padrão mínimo de proteção dos direitos humanos, que deve ser obedecido por todos.<sup>6</sup>

Reitera-se a idéia de que a forma pela qual um Estado trata seus nacionais não se limita à sua jurisdição reservada. A intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2002, p. 161)

Simultaneamente à relativização da soberania estatal, aos indivíduos foi reconhecida a condição de sujeitos de direito internacional – para a corrente mais progressista –, conferindo-lhes mecanismos processuais para a salvaguarda de seus direitos internacionalmente protegidos.

---

<sup>6</sup> Piovesan (2002, 2004) proclama que a submissão dos Estados a tal padrão mínimo de proteção não se restringe àqueles signatários da Declaração, mas a todos os Estados, eis que aquela integraria o direito costumeiro internacional, haja vista reiterada incorporação dos direitos nela previstos nas constituições dos Estados e as decisões proferidas por Cortes nacionais invocando-a como fonte de direito.

No Brasil, após o longo período de repressão ditatorial, a Constituição Federal de 1988 institucionalizou o regime político-democrático no Brasil, consagrando os direitos fundamentais, em especial os referentes à cidadania e dignidade da pessoa humana, como cláusulas pétreas, e, portanto, insuscetíveis de supressão pelo poder constituinte de reforma.

É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. (DA SILVA, 2004, p. 90)

Após a maior abertura, promovida pela Carta de 1988, ao reconhecimento de obrigações internacionais, foram ratificados pelo Brasil importantes tratados internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, em 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, entre inúmeros outros.

## **2.2. As gerações de direitos fundamentais**

A doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em três gerações, com características próprias e provenientes de momentos históricos distintos.

De primeira geração são os direitos da liberdade, os quais correspondem à fase inicial do constitucionalismo no Ocidente (século XIX). Historicamente, refletem, nas constituições, os direitos civis e políticos.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2000, p. 516-525)

Os direitos de segunda geração surgiram já no século XX, frutos da ideologia antiliberal. Estes direitos surgiram em contraposição à tônica individualista, baseada em uma igualdade de fachada (igualdade formal), na qual o papel do Estado era apenas de abster-se, de não interferir na esfera privada do cidadão. O Estado social surgiu para garantir os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os da coletividade; aquele passou de mero espectador inerte, para provedor de direitos mínimos ao cidadão.

Os direitos de terceira geração nasceram a partir da constatação que a garantia de direitos civil e políticos e a existência de um Estado provedor não resolvia o problema das desigualdades sociais e do desequilíbrio entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Partiu-se da concepção de que as garantias não deveriam se restringir a um indivíduo ou a uma coletividade fechada, apenas, mas sim abranger, com base nos ideais de solidariedade, fraternidade e humanismo, o homem enquanto gênero humano, em que esta condição – a de ser humano – seria elevada a um valor supremo.

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário subdesenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. (...) Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade,

os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se nesse fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2000, p. 516-525)

As críticas com relação a essa divisão em “gerações” de direitos fundamentais são inúmeras. Alega-se que a divisão passa a idéia de uma sucessão de direitos no tempo, o que, a rigor, não ocorreu.

Com efeito, somente no plano interno que a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior ao dos direitos civis e políticos. No plano internacional, porém, o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, proporcionou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo. (WEISS, 1999)

Ademais, segundo defendem inúmeros autores, o processo de desenvolvimento dos direitos humanos está em constante cumulação. Para cada um ser efetivado é necessária a implementação de todos; são, portanto, interdependentes, além de universais e indivisíveis.

Na concepção de Weiss (2005, p. 43):

O que parece ser uma questão meramente vocabular acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e interdependência, que se contrapõe à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos. A concepção contemporânea dos direitos humanos conjuga liberdade e a igualdade, do que decorre que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Em decorrência, não há como entender que uma geração sucede a outra, pois há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos mais recentemente.

Atento a essa visão universalista e interdependente dos direitos humanos, o professor Paulo Bonavides reconhece, ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais, que conjugaria o efetivo gozo dos direitos das três “gerações” antecedentes. Seriam estes derivados das críticas ao sistema neoliberal que impera desde o fim do século passado até os dias atuais, conseqüência da globalização econômica.

Nas palavras de Piovesan (2005, p. 201):

O processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado “Consenso de Washington”, passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e estabilização das denominadas “economias emergentes”. Tem por plataforma o neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização dos direitos sociais, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior.

O processo de globalização econômica, criado pretensamente para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento, acabou por agravar as desigualdades sociais, impondo uma política econômica em benefício dos países mais ricos. “Sua filosofia



de poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo tempo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade”. (BONAVIDES, 2000, p. 516-525)

Seriam de quarta geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, os quais somente seriam realmente implementados por meio do real gozo dos direitos relativos às três gerações antecedentes. Tais direitos, universalizados, dariam lugar a um processo de globalização política, o que proporcionaria o real desenvolvimento dos países mais pobres.

### **2.3. Concepção contemporânea dos direitos humanos**

Conforme pormenorizado no item que trata da evolução dos direitos humanos, estes, no início de seu desenvolvimento, tinham sua legitimação baseada na religião, na idéia de um Ser Supremo.

Após a revolução francesa e suas ideologias de ruptura entre Estado e igreja, os direitos constituídos na maior parte dos países ocidentais passaram a ter sua validade dentro de um Estado Laico, sob os ideais de uma sociedade pluralista, justa e democrática.

No estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo, qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado em garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se, de um lado, o Estado contemporâneo busca separa-se da religião, esta, por sua vez, busca adentrar nos domínios do Estado (ex: bancadas religiosas no Legislativo). (PIOVESAN, 2005, p. 197)

Para a professora, esse contexto desafiador é ainda mais evidente nos países islâmicos, onde a intolerância religiosa é profunda e os costumes regionais possuem valor absoluto, e no atual governo dos Estados Unidos, marcado por uma ideologia reacionária, em que os valores morais são elevados a grau extremo, em especial os temas relativos ao aborto, ao reconhecimento de uniões homossexuais e à clonagem terapêutica.

Hoje, para um grande número de autores, em especial os internacionalistas, o instrumento de validade dos direitos humanos – que são, por natureza, fundamentais<sup>7</sup> – é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, não mais a religião ou o poder político constituído.

Esses direitos, consoante já mencionado, devem ser encarados de forma indivisível, universal e interdependente. São indivisíveis e interdependentes porque, para que cada um seja implementado, é necessário que haja efetivo gozo dos demais; universais porque são titulares de direitos humanos todas as pessoas<sup>8</sup>, ou seja, basta a condição de ser humano

---

<sup>7</sup> Fundamentais porque seu conteúdo é ínsito aos valores supremos do ser humano.

<sup>8</sup> Não obstante as pessoas serem diferentes e, por consequência, possuírem diferentes necessidades, Mello (2003) comenta que a unidade do gênero humano é comprovada pela antropologia, por isso, haveria um feixe de necessidades básicas que seriam comuns a todos os seres humanos, daí seu caráter de universalidade.

para que se possa invocar a proteção desses direitos, independente de circunstâncias relativas a sexo, cor, raça, condição econômica, religião, etc.

Essa idéia de universalidade leva a duas importantes consequências, segundo Piovesan (2005, p. 192):

a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; b) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Além da já mencionada crítica às gerações de direitos fundamentais, em virtude de sua indivisibilidade, há, ainda, forte crítica quanto à divisão entre os direitos civis e políticos de um lado, mais ínsitos à esfera individual do cidadão e de aplicação imediata, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, que estariam na esfera programática.

A ONU, em 1966, concluiu dois Pactos de Direitos Humanos; um relativo aos direitos civis e políticos e outro destinado a reger os direitos econômicos, sociais e culturais. A razão pela escolha de dois pactos se prendeu a critérios ideológicos e econômicos, ou seja, o segundo grupo de direitos não teria obrigatoriedade imediata por depender de ações concretas para serem implementadas, e não simples abstenção dos Estados.

Tal fato se deve, segundo Mello (2003), à consagração da filosofia ocidental dos direitos humanos, notadamente em países como os Estados Unidos, em que, historicamente, houve o predomínio dos denominados direitos humanos civis e políticos.

Porém, a crítica, quanto a essa divisão, também se baseia, como naquela referente à segmentação dos direitos fundamentais em gerações, na questão da indivisibilidade desses direitos.

A própria Assembléia Geral da ONU, em 1977, reafirmou, na resolução nº 32, essa característica da indivisibilidade dos direitos humanos, além de sua obrigatoriedade e inalienabilidade.

Ademais, consoante já explicitado, os direitos fundamentais são considerados interdependentes, ou seja, para fruição de um deles, é necessário que os outros também estejam implementados.

O que interessa a liberdade de expressão se não se têm os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação? Na verdade, não se terão condições de exercer a liberdade de expressão, porque se fará parte dos marginalizados pelos quais a sociedade ocidental não se interessa e os economistas denominam de “massa humana excedente”, que bem traduzida significa: não deveriam ter nascido e deveriam morrer o mais rápido possível. E mais, negar o caráter de direitos humanos a tais direitos é abrir a porta para que a sua proteção seja eventualmente retirada da Constituição. (MELLO, 2003, p. 221)

Entende-se, ainda, que a divisão entre esses dois grupos de direitos é atécnica, eis que determinado direito pode ser incluído em qualquer das duas categorias. O direito de propriedade, por exemplo, está enquadrado entre os direitos civis e políticos perante a sociedade internacional, possuindo, portanto, aplicabilidade imediata. Conforme palavras do já mencionado professor Celso Albuquerque de Mello (2003), esse direito precisa de uma atuação do poder do Estado e este não se furta em nenhum momento de promulgar a legislação necessária, vez que ele é do maior interesse do grupo dominante.

Não é totalmente correta a visão tradicional de que os direitos civis e políticos dependem, tão-somente, de mera abstenção estatal, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais dependem de prestações positivas. Não se nega o fato de que os direitos individuais, por excelência, como o direito à liberdade, por exemplo, demandam, para serem exercidos, mais uma abstenção do Estado em não interferir nessa esfera do que propriamente uma ação concreta. Mas tal fato não significa que políticas públicas – que implicam gastos – não sejam necessárias para garantir também esses direitos.

A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como o direito à liberdade e direito à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito de acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplem também um custo. (PIOVESAN, 2005, p. 203)

Ressalta-se que mesmo na Constituição Federal de 1988, promulgada com diretrizes notadamente voltadas para a garantia de direitos mínimos ao ser humano e calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, são considerados expressamente como cláusulas pétreas, no art. 60, §4º, IV, apenas os direitos e garantias individuais. Os direitos sociais, por exemplo, muito embora também façam parte do rol dos chamados direitos fundamentais, estão sujeitos à chamada “cláusula da reserva do possível” para serem implementados, a despeito da previsão do art. 5º, §1º, da Constituição. Isso porque, como implicam em gastos públicos, dependem da disponibilidade de recursos.

Esse argumento da escassez de recursos, segundo explica o Professor Celso Albuquerque de Mello (2003, p. 223), só “seria válido em uma sociedade igualitária, mas não em uma sociedade regida pela desigualdade e que consagra e desenvolve a desigualdade. Todos os dados estatísticos apontam no sentido de cada vez maior concentração de renda em menor número de pessoas”.

Em suma, todos os direitos e garantias ao cidadão e à coletividade implicam em gastos, em maior ou menor grau. Ainda que sejam tais direitos contemplados em instrumentos internacionais, o modo de implementá-los – inclusive o custo destinado a cada ação – dependerá da atuação concreta de cada Estado. Esta atuação, infelizmente, em países como o Brasil, baseia-se em diretrizes que privilegiam alguns em detrimento de muitos.

Resta mencionar, por fim, a já conhecida discussão sobre o âmbito de validade dos direitos humanos, em sua atual concepção: se encontra-se em instrumentos positivados (juspositivismo), ou se seriam direitos inatos ao ser humano, e, portanto, anteriores e superiores a qualquer norma positiva (jusnaturalismo).

A doutrina jusnaturalista dos direitos humanos não encontra tanto respaldo atualmente. Com efeito, parte expressiva dos doutrinadores, entre eles Cançado Trindade (1996), Piovesan (2002), Galindo (2002) e Telles Júnior (2001) defendem a tese de que, muito embora sejam direitos de natureza moral e fundados na dignidade da pessoa humana, devem encontrar seu sustento no universo jurídico.

Não se diga que os Direitos Humanos são anteriores e superiores ao Direito objetivo dos Estados, e existem no homem por natureza, sem dependência com as leis do legislador humano. Tais afirmações resultam de um velho e arraigado equívoco, e não têm mais nenhum sentido. Esta matéria requer especialíssima atenção. Sendo Direitos Subjetivos, os Direitos Humanos são, forçosamente, permissões concedidas por meio de normas jurídicas. Bem sabemos que todo Direito Subjetivo é permissão assim concedida. Ora, as

normas jurídicas não são dados da natureza, mas construções da natureza humana, obras culturais (...). Somente depois de formulados pelo legislador e firmados em leis positivas, é que tais anelos são promovidos a direitos, a Direitos Subjetivos autênticos, a Direitos Humanos legalmente consagrados. Só então, passam a ser, verdadeiramente, predicados concedidos a todas as pessoas, por meio de normas jurídicas. (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 343 e 345)

A concepção jusnaturalista, seja ela calcada no humanismo racionalista e individualista que imperou na Europa nos séculos XVII e XVIII, seja fulcrado nas concepções morais, tendo como a máxima a dignidade humana, é alvo de muitas críticas justamente por não divisar a mera aspiração moral da esfera da coercitividade.

[...] o âmbito jurídico consubstancia-se no marco da institucionalização pelo ordenamento jurídico de instrumentos para o reconhecimento, eficácia e proteção de um instituto jurídico; configurando, por outro lado, o contexto da justificação moral dos direitos, o âmbito de sua fundamentação e do seu conceito. (PENIDO, 2005, p. 426-427)

Na concepção de Bobbio (1988), os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

## **2.4. Universalismo *versus* relativismo cultural**

Uma das principais críticas com relação à teoria universalista dos direitos humanos diz respeito à diversidade de tradições culturais e religiosas e os contextos político-jurídicos de cada Estado, frente a um modelo único de proteção aos direitos humanos.

O comitê dos trabalhos preparatórios para esboço da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi composto por Austrália, Chile, China, França, Líbano, União Soviética, Grã-Bretanha e Estados Unidos, o que denota uma representatividade maior da cultura ocidental. Ao ser submetida à Assembleia Geral, a Declaração contou com oito abstenções: Arábia Saudita, África do Sul, União Soviética, Bielo Rússia, Polônia, Ucrânia, Iugoslávia e Checoslováquia. (PENIDO, 2005)

Segundo explicita Piovesan (2005), na adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979, em que consagrou-se a igualdade entre homens e mulheres, travou-se grande polêmica a respeito das diferenças culturais, tanto que foi o instrumento internacional que mais sofreu reservas por parte dos Estados.

Contrários à tese universalista dos direitos humanos, os relativistas defendem a impossibilidade da formação de uma moral universal em virtude do pluralismo cultural, o que faz ser necessário o respeito às diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu sistema moral.

Os universalistas, por sua vez, defendem a tese de que o argumento que critica a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental não pode justificar graves violações de direitos humanos, tornando os infratores imunes ao controle da comunidade internacional.

Em 1993, a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos assim se posicionou em relação a tal debate, em seu parágrafo 5º:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Sobre os debates que marcaram tal Conferência, Amaral Júnior (2000, p. 38) destaca que:

Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveria sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, sublinharam o relativismo dos direitos humanos, que seria a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos. Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país, com base no relativismo, poderia deixar de reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento destacaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais.

O que se conclui, assim, é que a Declaração de Viena de 1993 permite, até certo grau, as variações culturais no modo e na interpretação de direitos humanos, mas confirma a sua universalidade moral e fundamental. É o denominado “forte universalismo ou fraco relativismo cultural”, segundo palavras de Piovesan (2005, p. 199) que adota a lição de Jack Donnelly.

Assim, para a visão adotada na Declaração de Viena, muito embora exista a possibilidade de interpretação e uma margem de liberdade para aplicação dos direitos humanos, haveria um “mínimo ético irredutível” que “partiria do diálogo entre as culturas, na medida em que cada qual assumisse sua própria incompletude”. (SANTOS, 2004)

Apresentadas essas idéias, e mesmo que se preconize uma maior relativização da soberania estatal, não se pode deixar de ressaltar que existem, de fato, civilizações cuja compreensão de sociedade e de homem é muito diferente da visão ocidental, como, por exemplo, aquelas com tradição budista ou islâmica. Não se pretende defender práticas de clitorectomia ou mutilação feminina adotadas por culturas não ocidentais, mas não se pode deixar de criticar a imposição de uma cultura, qualquer que seja, sem limites ou freios.

Os Estados Unidos, por exemplo, que cada vez mais se firmam como superpotência mundial, e que é voz dominante nas deliberações da ONU, impõe seus dogmas perante a Comunidade Internacional, mas, instados a colaborar com diretrizes voltadas para o desenvolvimento dos países mais pobres, muitas vezes se negam. Como exemplo, cita-se a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, criado com o objetivo de formular políticas de efetivo desenvolvimento dos países de terceiro mundo mediante cooperação internacional. Tal declaração foi adotada por 146 Estados, com oito abstenções e um voto contrário, justamente daquele país.

Pode-se mencionar, ainda, a política instaurada também pelos Estados Unidos pós 11 de setembro, a qual possui como alicerce um “Estado polícia”, guiado pelo lema da força e segurança nacional. A luta contra o terror engendrada a qualquer preço por aquele país, pautada em ataques preventivos e na hegemonia do poderio militar norte-

americano, pode vir a comprometer a proteção dos direitos, liberdades e garantias do ser humano.

A luz deste contexto, marcado pelo fim das bipolaridades definidas (desde o término da guerra fria), pela incerteza do destino de organismos internacionais e pelo poderio de uma única superpotência mundial, o equilíbrio da ordem internacional exigirá o avivamento do multilateralismo e o fortalecimento da sociedade civil internacional, a partir de um solidarismo cosmopolita. São estas as únicas forças capazes de deter o amplo grau de discricionariedade do poder do Império, civilizar este temerário “Estado da Natureza” e permitir que, de alguma forma, o império do direito possa domar a força do império. (PIOVESAN, 2005, p. 210)

### 3. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Após terem sido analisadas algumas questões relacionadas aos tratados internacionais em geral e da evolução e conceituação dos direitos humanos, mister se fazer um estudo específico sobre os tratados que versam sobre os mencionados direitos, bem como sobre as recentes alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45, tema do presente trabalho.

#### 3.1. Tratados internacionais sobre direitos humanos no direito comparado

Para que melhor se possa entender a sistemática da orientação emanada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, orientação esta que foi seguida pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional 45, bem como para se compreender as vozes doutrinárias dissonantes de tal entendimento, faz-se necessário tecer algumas considerações, ainda que sucintas, a respeito da sistemática e hierarquia dos contratos internacionais sobre direitos humanos no direito comparado.

O sistema francês adota o entendimento de que os tratados internacionais em geral, inclusive os que tratam de direitos humanos, não obstante cedam frente à Constituição, possuem primazia normativa em relação às leis. Adota-se, assim, o caráter supralegal dos tratados internacionais.

O controle constitucional na França é exercido em caráter preventivo, e, dado o caráter infraconstitucional, mas supralegal dos tratados, podem eles ser submetidos tal controle previamente à ratificação, de modo a evitar antinomias, permitindo que a Constituição se adapte ao tratado ou o tratado se adapte à Constituição. (GALINDO, 2002)

Na Itália, também se adota o sistema infraconstitucional, mas supralegal dos tratados internacionais. O tradicional dualismo adotado pela cultura jurídica italiana, ao prever a necessidade de o tratado ser transformado em direito interno para nele valer, significa também que, como qualquer outra norma inferior à Constituição, o tratado também pode ser submetido ao controle de constitucionalidade.

A Espanha, embora não adote dispositivo expresso que confirme a supralegalidade dos tratados internacionais, possui expoentes na doutrina que defendem que, diante da tradição do direito espanhol e do próprio art. 96, 1, da Constituição<sup>9</sup>, possuem os tratados esse *status* especial. Podem, pois, sofrer controle de constitucionalidade, prévio ou *a posteriori*. (GALINDO, 2002)

A redação do artigo 16, 1, da Constituição Portuguesa<sup>10</sup>, em muito se assemelha ao texto do parágrafo 2º, artigo 5º, da Constituição pátria, o que levou muitos

---

<sup>9</sup> Garcia Júnior (1997, p. 170) cita em sua obra o artigo 26, 1, da Constituição espanhola: “os tratados internacionais regularmente concluídos, uma vez publicados oficialmente na Espanha, formarão parte do ordenamento jurídico interno. Suas disposições só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do direito internacional”.

<sup>10</sup> “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

doutrinadores a defenderem que, tanto aquele país, como o Brasil, consagram o caráter supraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Quanto aos demais tratados, não há outras normas que tratem a respeito da hierarquia. Segundo Galindo (2002), a doutrina majoritária em Portugal entende que os tratados possuem caráter supralegal, prevalecendo sobre as normas infraconstitucionais posteriores ou anteriores ao tratado.

O controle de constitucionalidade dos tratados em Portugal pode ser prévio ou posterior. Quanto à inconstitucionalidade formal dos tratados, o sistema português adota um entendimento peculiar ao permitir a aplicação daqueles, mesmo inconstitucionais orgânica ou formalmente, conforme artigo 277º, 2, da Constituição Portuguesa:

Art. 277.º Inconstitucionalidade por acção.

(...)

2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

O sistema alemão sempre foi marcado por um apego à Constituição e à doutrina dualista de incorporação dos tratados internacionais, o que levou a que a jurisprudência e doutrina se orientassem no sentido de conferir aos tratados uma hierarquia infraconstitucional, possibilitando o controle de constitucionalidade, tanto prévio como *a posteriori*.

A tradição dualista alemã sempre influenciou o posicionamento hierárquico dos tratados no ordenamento jurídico interno. Se é certo que o artigo 25 da Lei Básica consagra a supremacia do Direito Internacional Geral sobre as leis, a jurisprudência, embora dê sinais sólidos de abertura no trato de questões relativas ao Direito Internacional, nunca chegou a consagrar, de modo peremptório, a superioridade dos tratados frente às leis internas, sem contar o apego à Constituição alemã (...). (GALINDO, 2002, p. 237)

No continente americano, as constituições dos países latinos em geral, consoante pontua Cançado Trindade (1991), tem conferido, aos tratados internacionais, primazia em relação às normas infraconstitucionais; alguns deles alçando a nível constitucional os tratados que tratem sobre direitos humanos.

Enquanto as Constituições do Peru, da Argentina e da Nicarágua atribuem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, as Constituições da Guatemala e da Colômbia atribuem a estes hierarquia especial, com preeminência sobre a legislação ordinária e o restante do Direito interno.

Também a Constituição do Chile, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile. (PIOVESAN, 2002, p. 97-98)

Dada a tradição norte-americana de reverência à Constituição, aos tratados internacionais, em consequência, sempre foi conferida hierarquia equivalente às normas infraconstitucionais (paridade entre tratado e lei), posição esta adotada paulatinamente, a partir de 77, pelo Supremo Tribunal Federal, com algumas vozes dissonantes, e que foi ratificada com a recente edição da Emenda Constitucional nº 45.

Não obstante não haja, por parte do Judiciário norte-americano, uma posição uniforme quanto à aceitabilidade das normas internacionais, exceto quando benéficas ao



governo e aos cidadãos americanos, a Suprema Corte nunca julgou um tratado inconstitucional, “e se necessitasse um dia se defrontar com a questão, muito provavelmente a consideraria como uma questão política. (GALINDO, 2002, p. 236)

### 3.2. Tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil

#### *A posição dos internacionalistas*

Até a Carta de 1988, nenhuma outra constituição brasileira tratou a respeito da hierarquia assumida pelos tratados internacionais no direito interno. O único diploma legal que abordou especificamente o tópico dos tratados foi o Código Tributário Nacional – apenas no que diz respeito ao âmbito tributário, obviamente – no artigo 98. Tal artigo teve seu campo de atuação restringido pelo STF, por prever que tratados ou convenções internacionais deveriam ser obedecidos por legislação tributária posterior.

Assim, com o objetivo de dar um tratamento constitucional ao tema, em virtude dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, abordou a matéria nos seguintes termos:

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.

A partir de então, muitos internacionalistas, na linha do que defendia o Prof. Cançado Trindade quando encaminhou a redação do citado parágrafo 2º para aprovação, perfilharam o entendimento de que tais os tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil teriam *status* constitucional.

Os argumentos para a aceitação da hierarquia constitucional dos compromissos internacionais que tratem sobre direitos humanos se centram em dois pontos centrais, um mais genérico e outro que pode ser entendido no contexto específico da Constituição brasileira.

O primeiro ponto encara os tratados internacionais de direitos humanos como normas com força *jus cogens*, que encerrariam preceitos imperativos de direito internacional geral, aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, que não admitem acordo em contrário e que só podem ser modificados por uma norma posterior de direito internacional geral, que tenha o mesmo *status*. Tais normas, previstas nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo nos informa Piovesan (2002, p. 89) estariam no topo da hierarquia das fontes do direito internacional, como uma “supralegalidade internacional”.

O segundo ponto nos remete à redação do parágrafo 2º, artigo 5º, da Constituição Federal. Os internacionalistas baseiam-se na interpretação excludente (a *contrario sensu*) do dispositivo constitucional para defender seu *status constitucional*, ou seja, se os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes de tratados internacionais, então significa que incluem. Esta interpretação seria, na visão destes autores, consonante com a máxima efetividade das normas constitucionais.

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de norma constitucional ficaria sem sentido tal

previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto no texto constitucional. (PIOVESAN, 2002, p. 77-78)

Quanto ao momento de aplicação dos tratados em exame no ordenamento interno, os internacionalistas defenderam que, como o parágrafo 1º do mencionado artigo da Constituição Federal externou a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, os tratados sobre direitos humanos prescindiriam da promulgação de ato com força de lei, após ratificação pelo Presidente da República. Tal ato seria apenas a forma como os tratados se exteriorizam, para lhes conferir publicidade:

A razão parece estar com os que acreditam que o Decreto tem o mero efeito de dar publicidade ao tratado internacional devidamente ratificado. Embora não seja expressa neste sentido, deve-se notar que a Constituição sempre se refere a tratado, o que significa que ele existe de forma autônoma em relação ao Decreto. Este não transforma o tratado em Direito Interno. O tratado é tanto fonte de Direito Internacional como fonte do Direito Interno Brasileiro. (GALINDO, 2002, p. 152-153)

Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese de que com a ratificação os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advier a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais. (PIOVESAN, 2002, p. 99)

A publicação de ato com força de lei seria exigível para os tratados internacionais em geral, mas não para aqueles que versassem sobre direitos humanos, uma vez que estes, após a ratificação, passariam “a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e indiretamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 30-31)

Os autores citados, portanto, adotam a teoria monista<sup>11</sup>, a qual reconhece o Direito Internacional e o direito interno como uma unidade jurídica única. Não havendo separação entre as duas ordens jurídicas, não se concebe como necessária a publicação de ato para, uma vez assinado e ratificado, internalizar o tratado. A aplicação de uma ou outra norma dependerá da adoção, pelo país, de um sistema monista com prevalência do Direito Internacional ou do Direito Interno. A maior parte dos monistas, porém, entendem que o Direito Internacional deve prevalecer. (PIOVESAN, 2002)

A ênfase dos autores citados, assim, foi sempre a de priorizar o cumprimento dos compromissos internacionais ratificados pelo Estado, dentro e fora de seu território, haja vista o princípio da boa-fé vigente no direito internacional e do *pacta sunt servanda*. Reflexo desta posição foi externado na Convenção de Viena sobre o direito dos

---

<sup>11</sup> Ressalta-se que a adoção do sistema monista, para Cançado Trindade e Piovesan (1993, 2002) refere-se apenas aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, como outrora mencionado. Para os tratados internacionais em geral, exige-se a publicação de ato com força de lei, o que reflete, assim, a adoção da teoria dualista. Portanto, os autores citados optam por um sistema misto, que depende do conteúdo do tratado.

tratados, que, no artigo 27, disciplinou não caber ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

Quando esses tratados versam sobre direitos humanos, garantir seu cumprimento, na linha dos citados autores, é ainda mais relevante, eis que lida com direitos fundamentais ao ser humano, com conteúdo *jus cogens*.

### ***A evolução jurisprudencial***

Até antes do *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, havia diversos acordãos consagrando o primado do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais (caráter supralegal).

(...) é o caso da união Federal c. Cia Rádio internacionais do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelfo de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”. (PIOVESAN, 2002, p. 85)

Com o julgamento do RE 80.004<sup>12</sup>, em 1º.06.1977, ficou pacificada a tese da paridade entre lei e tratado. Em caso de eventual antinomia entre as normas, prevaleceria a mais recente.

O prof. Rezek (2002, p. 99), comentando o mencionado julgado, dispôs que:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

A tese desenvolvida pelo STF no indigitado recurso adotou o sistema já consagrado nos Estados Unidos. Assim, em caso de conflito entre tratado internacional (seja ou não de direitos humanos), prevalece naquele país o texto mais recente. Pode, portanto, uma lei federal repelir a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. “Se assim não fosse – observa Bernad Schwartz –, estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional” (REZEK, 2002, p. 98)

Já após o advento da Constituição Federal de 1988, em outra situação de antinomia entre lei e tratado submetida à sua apreciação, o Pleno do STF, por maioria, conferiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, após ratificada e publicada<sup>13</sup>, o *status* de norma infraconstitucional. Tão controvertida e polêmica era a questão que o acórdão, com

---

<sup>12</sup> O julgamento atestou a obrigatoriedade do registro da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Prevalência do disposto no Decreto-Lei nº 427 de 1969 em detrimento da Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias.

<sup>13</sup> Após ratificação pelo Presidente da República, o texto aprovado foi publicado no Decreto n. 678, de 06/11/1992.

quatro votos vencidos<sup>14</sup>, e cujo julgamento ocorreu em 23/11/1995, só foi publicado nove anos depois, em 1º/08/2003:

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 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. (STF, 2003, HC n. 72.131)

A questão cingia-se na possibilidade de haver prisão civil do depositário infiel. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25/09/1992, excluiu, no artigo 7º, 7, a possibilidade dessa hipótese de prisão civil, apenas a ressaltando nos casos de obrigação alimentar.<sup>15</sup>

Entretanto, a própria Constituição Federal estabeleceu, no artigo 5º, inciso LXVII, a hipótese de prisão civil em caso de depósito infiel, dispositivo que, segundo aquela Corte Suprema, independeria de regulamentação infraconstitucional.

Também foi travada grande discussão acerca do Decreto-Lei 911 de 1º/10/1969<sup>16</sup>, que previa a prisão nos casos de alienação fiduciária. Tal diploma legal, por ser norma infraconstitucional especial, consoante entendimento também firmado por aquela Corte, não teria sido revogada pelo Pacto de San José Da Costa Rica, norma infraconstitucional geral. Assim pronunciou-se o Ministro Moreira Alves sobre o tema:

[...] o Pacto de San José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. [...] Não diz esse dispositivo que não haverá prisão civil, podendo a legislação permitir que nesses dois casos, ou apenas em um deles, haja essa modalidade de prisão. Diz, sim, que nesses casos – que independem de regulamentação infraconstitucional [...] - haverá prisão civil [...]. (STF, 2000, RE n. 274.183)

A maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, uma vez estabelecido o *status* hierárquico do contrato internacional de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender, diversamente da já citada posição adotada por essa Corte Suprema, que a legislação infraconstitucional sobre a prisão civil por dívidas estaria revogada com o advento da multicitada Convenção Americana. Não caberia, portanto, a prisão civil em caso de depositário infiel, pela simples regra de que *lex posterior derogat lex priori*.

---

<sup>14</sup> Os votos vencidos foram dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Resek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

<sup>15</sup> Artigo 7º, 7: “Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

<sup>16</sup> Segundo entendimento do Supremo, a posse de bem pelo alienante é hipótese de depósito legal, e que também enseja prisão em caso de não restituição do bem pelo depositário (STF, 2000). Há também dispositivos gerais que tratam dessa modalidade de prisão no artigo 902 e 904 do Código de Processo Civil e no artigo 652 do Código Civil (1.287 no Código Civil de 1916).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos. (STJ, 2000, REsp n. 223.110)

Alienação fiduciária. Prisão civil. A incorporação a nosso ordenamento jurídico das disposições constantes do Pacto de São José de Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, tratando-se de alienação fiduciária. (STJ, 2000, EREsp n. 149.518)

O Decreto-Lei 911/69 continuou sendo amplamente aplicado, e as decisões em *habeas corpus* em torno de sua legitimidade ora eram de concessão da ordem – seguindo a jurisprudência do STJ, ora de negação – pelo entendimento majoritário no STF.

Importante ressaltar o entendimento diferenciado do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgado que tratava acerca do alcance interpretativo do segundo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O citado ministro, não obstante reconhecer o caráter infraconstitucional dos direitos humanos, defendeu sua suprallegalidade.

(...) 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 à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim o é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. (STF, 2000, RHC 79.785)

No que diz respeito ao momento de aplicação dos tratados que versam sobre direitos humanos, muitos internacionalistas, como já citado, sempre defenderam que a publicação de ato com força de lei seria exigível para os tratados internacionais em geral, mas não para aqueles que versassem sobre direitos humanos (teoria monista), uma vez que estes, após ratificação, passariam “a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e indiretamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 30-31)

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não faz distinção quanto à ritualística dos tratados internacionais em geral e aqueles que versem sobre direitos humanos. A aplicação interna de norma advinda do Direito Internacional dependeria, assim, independente de seu conteúdo, da internalização pelo Direito Nacional, por meio de decreto expedido pelo Presidente da República (teoria dualista).

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU ("Droit International Public Approfondi", p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera "discussion d'école", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República. (STF, 1998, p. 34)

[...] é com a promulgação pelo Presidente da República que culmina a inserção dos tratados do Direito Brasileiro. A partir daí passam a integrar o sistema jurídico do país, e a ter força de lei, desde que, no plano internacional, tenham entrado em vigor. (BAPTISTA, 1998, p. 393)

Percebe-se, pois, no Brasil, a evolução da jurisprudência sempre no sentido de garantir a supremacia do texto constitucional. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, a indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado. (STF, 1995, HC 72.131)

### ***Alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45***

A emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2005, no parágrafo 3º do artigo 5º, pretendeu, em uma análise inicial, pacificar qualquer resquício de dúvida que poderia ainda existir com relação à hierarquia dos referidos tratados. Estes, se submetidos ao procedimento previsto no parágrafo acrescido pela emenda<sup>17</sup>, passarão a ser formalmente constitucionais.

Pela redação do parágrafo, como tais tratados são decorrentes do poder constituinte derivado, portanto equivalentes às emendas constitucionais, poderão ser objeto de controle de constitucionalidade, caso conflitantes com as cláusulas pétreas previstas no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Porém, desde a promulgação da emenda, é possível se enumerar vários questionamentos que não foram ainda exaustivamente tratados pelos estudiosos da matéria, nem tampouco pelos Tribunais. Como grande parte das leis que são elaboradas no país, há a preocupação em solucionar apenas parte do problema, restando os demais conflitos para que o intérprete solucione.

Há que se mencionar, de início, a questão da obrigatoriedade do novo rito. Em outras palavras: a disciplina tratada no parágrafo 3º do referido artigo da Constituição vincula a ação do Congresso? Está ele obrigado a, uma vez ratificado um contrato de direitos humanos, submetê-lo à apreciação para aprovação pelo *quorum* qualificado?

A redação do artigo não leva a entender que seria uma obrigatoriedade. Apenas diz que, se aprovados pelo *quorum* qualificado, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais. A idéia é de ser apenas uma faculdade.

Entretanto, há quem entenda que:

A simples presença, no tratado ou convenção, do tema direitos humanos impele o CN a adotar o rito inserido no art. 5º para a respectiva parte do tratado (ou, eventualmente, todo ele). [...] Contrariamente, se de uma opção se tratasse, ter-se-ia uma alteração constitucional sem qualquer utilidade, por sempre pôde o CN aprovar, como emenda constitucional, novo direito fundamental. (TAVARES, 2004, p. 43-44)

Outra indagação diz respeito à situação dos tratados sobre direitos humanos ratificados antes da reforma constitucional. Deve-se ponderar, primeiramente, que o acréscimo do inciso ocorreu exatamente para condicionar o reconhecimento de determinado tratado de direitos humanos como constitucional ao procedimento do *quorum* qualificado. Vale dizer: o parágrafo incluído não recepcionou a tese de que os tratados internacionais, sendo materialmente constitucionais, imediatamente gozariam desse *status* privilegiado.

---

<sup>17</sup> Aprovação por três quintos dos membros do Congresso Nacional.

Por conseguinte, os tratados internalizados antes da reforma, não se submetendo ao procedimento previsto pelo referido parágrafo, continuarão a ter hierarquia de norma infraconstitucional.

Como ficam os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC n. 45? Quanto a essa questão, acredita-se também poder ser resolvida facilmente: os tratados aprovados continuam a vigorar com *status* de lei ordinária, já que não se submeteram ao *quorum* privilegiado estabelecido na emenda [...]. (TIBÚRCIO, 2005, p. 126)

Contudo, há entendimento no seguinte sentido:

Assim, se a nova “regra” constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, versando (e adotando) direitos humanos, possam ser incorporados ao Direito Positivo Brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente do Brasil. Só que, a partir de então, seu *status* passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (e, pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (proibição do retrocesso). (TAVARES, 2005, p. 48)

Há discussão, ainda, sobre a possibilidade de denúncia pelo Presidente da República do tratado sobre direitos humanos, após ter sido ele aprovado pelo *quorum* qualificado.

É importante mencionar que, antes da citada reforma, Piovesan (2002, p. 94-95), admitia a possibilidade de o Chefe do Executivo denunciar o tratado, mesmo versando sobre direitos humanos, mas ressaltava entendimento pessoal de que, como o processo de incorporação dos tratados passava pela aprovação do Poder Legislativo, havia que se disciplinar o mesmo procedimento para o caso de denúncia, tal como já ocorre no Direito comparado.

Entretanto, embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, parágrafo 4º, e não possam ser eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos são suscetíveis a denúncia por parte do Estado signatário. Cabe considerar, todavia, que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo processo aplicável ao ato da ratificação. Isto é, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento. Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo de denúncia, como assinada o Direito comparado. (PIOVESAN, 2002, p. 94-95)

Há entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, antes da referida emenda, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade que versava sobre a denúncia pelo Executivo da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no sentido de que o ato do Presidente depende, para ter eficácia plena, de referendo do Congresso Nacional:

[...] o Min. Maurício Corrêa, relator, entendendo evidenciado o caráter normativo do decreto impugnado, e considerando que a derrogação de tratados e convenções internacionais, à semelhança do que ocorre para que sejam positivados, exige, para a sua concretização no âmbito interno, a manifestação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, proferiu voto no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta, a fim de emprestar, ao decreto impugnado, interpretação conforme ao art. 49, I,

da CF, segundo a qual a denúncia formalizada pelo Presidente da República condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produzirá eficácia plena, no que foi acompanhado pelo Min. Carlos Britto [...]. (STF, 2003, ADI n. 1625)

Com as alterações promovidas pela reforma constitucional, a possibilidade de denúncia por ato privativo do Presidente da República enseja ainda mais controvérsias, uma vez que os tratados de direitos humanos, após aprovação nos termos do parágrafo 3º, serão formalmente constitucionais.

Há autores que defendem, inclusive, que uma vez incorporados ao texto da Constituição, tais tratados, por versarem sobre direitos humanos, abrangeriam o conceito de cláusulas pétreas, e, portanto, conforme artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, não seriam passíveis de supressão, quer pelo Presidente da República, quer pelo Congresso Nacional:

O art. 60, §4º, IV, da CF determina que não serão apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de direitos humanos à emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratem da matéria não podem ser objeto de denúncia pelo presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. (TIBÚRCIO, 2005, p. 127)

Mas caso o tratado de direitos humanos tenha sido aprovado nos termos do §3º do art. 5º, o Brasil não pode mais desengajar-se do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (devendo tal denúncia ser declarada ineficaz). (MAZZUOLI, 2005, p. 55)

Esta última posição, entretanto, conflita com a idéia de que as cláusulas pétreas foram criadas dentro do sistema rígido adotado pela Constituição pátria, para proteção de um núcleo essencial querido e delineado pelo constituinte. Mesmo que se admita a existência de cláusulas pétreas implícitas, ou derivadas de direitos consagrados em convenções e tratados internacionais, elas devem pertencer a esse núcleo essencial que a Constituição visa proteger. Ou seja, não é possível a criação, mas a explicitação de direitos fundamentais implícita ou explicitamente previstos no texto constitucional.

A criação de cláusulas pétreas, sejam elas relacionadas a direitos fundamentais ou qualquer outra matéria, conflita com a própria idéia de rigidez da Constituição. Não faz sentido se postular, dentro de um sistema constitucional como o adotado no Brasil, que o Poder Constituinte de reforma, e ainda menos convenções ou tratados internacionais, possam limitar o próprio Poder Constituinte de reforma.

### ***Considerações críticas***

Como mencionado, os dois principais argumentos, suscitados pelos internacionalistas, para a adoção da hierarquia constitucional dos tratados que versem sobre direitos humanos consistem:

- 1) Existência de normas *jus cogens* de direito internacional, aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional dos Estados, e por isso de observância obrigatória e caráter vinculativo. Os direitos humanos fariam parte desse rol *jus cogens*.
- 2) Interpretação do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal no sentido de que se a Carta não exclui outros



direitos e garantias expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, então significa que os inclui. A redação do parágrafo levaria a crer que normas que veiculam direitos humanos seriam, assim, materialmente constitucionais.

Primeiramente, importa ressaltar que o reconhecimento de normas *jus cogens* não é unânime entre os doutrinadores. A existência de um direito imperativo, que abriga um conjunto de normas de observância obrigatória dos Estados, segundo comparação de Rezek (2002), se assemelharia às normas de ordem pública dentro do ordenamento interno do Estado, as quais têm o condão de limitar a liberdade contratual das pessoas.

Entretanto, diferentemente das normas internas de ordem pública, cuja observância é “vigiada” pela autoridade do Estado, “não se sabe quem pode legitimamente definir o suposto direito internacional imperativo. Além disso, não há como nivelar a estatura do tratado, em direito internacional público, à do contrato em direito interno”. (REZEK, 2002, p. 111-112)

Definir a posição de um tratado, seja ou não sobre direitos humanos, dentro do ordenamento interno de um Estado passa, inevitavelmente, pela análise do sistema de hierarquia de normas por ele adotado. Entender de forma diversa seria não somente mitigar, mas aniquilar toda a idéia de soberania das nações.

Não se está combatendo a idéia de que deve existir um “mínimo ético irreduzível”, um conteúdo mínimo de direitos humanos a serem atendidos pelos Estados, independentemente de suas particularidades culturais. O que não se pode defender é que, além de determinar uma observância obrigatória pelos Estados, essa força *jus cogens* possa até mesmo impor a hierarquia das normas de direito internacional dentro do ordenamento interno de um país.

Assim, obrigando-se o Estado internacionalmente, por meio da ratificação de uma convenção ou acordo, deve ele zelar pelo seu cumprimento perante a comunidade internacional, principalmente em se tratando de direitos humanos. A hierarquia assumida dentro do ordenamento, contudo, depende do sistema adotado em cada país.

No caso específico do Brasil, a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º não conduz automaticamente ao entendimento que o tratados sobre direitos humanos deverão ter aplicação imediata e *status* de norma constitucional. Não obstante tenha sido a intenção do Prof. Cançado Trindade, ao redigir o texto do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, dar a tais compromissos internacionais hierarquia constitucional, uma vez que a norma nasce, vale o que nela está declarado, prevalece a vontade objetiva da norma.

Está claro que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo; é possível, portanto, que outros instrumentos normativos estenda o rol. A aquisição, por estes instrumentos, de *status* constitucional, em um sistema constitucional rígido, como o Brasil, dependerá do cumprimento de certos requisitos, como, aliás, expressamente previsto no parágrafo 3º do mesmo artigo, acrescido pela Emenda Constitucional 45.

Em suma, entender como constitucional um compromisso internacional que trate sobre direitos humanos, ratificado pelo Brasil por maioria simples do Congresso, afetaria a própria noção de rigidez da nossa Constituição.

O próprio professor Canotilho (1993, p. 982), citado por muitos internacionalistas para embasarem sua tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos, menciona que, em se tratando de direitos fundamentais não formalmente

constitucionais (como os veiculados nos tratados), apenas os que derivassem ou explicitassem aqueles já consagrados pelo Poder Constituinte originário poderiam fazer parte do bloco de constitucionalidade:

O problema dos direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo da legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição, como a portuguesa, consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos económico, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controle de constitucionalidade de actos normativos. Os únicos problemas que se podem suscitar dizem respeito aos direitos fundamentais não formalmente constitucionais, isto é, os direitos constantes de leis ordinárias ou de convenções internacionais (cfr. art. 16). Todavia, os estes direitos são ainda densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e nesta hipótese, formam parte do bloco de constitucionalidade, ou são direitos autónomos não-reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade.

No que diz respeito à aplicabilidade imediata de tratados, ou quaisquer outros instrumentos que versem sobre direitos fundamentais, a simples positivação da norma no parágrafo 1º do artigo 5º não resolve todas as questões. Do ponto de vista prático, a garantia de um direito fundamental pelo Estado depende, sim, da existência de recursos financeiros. Seja relacionado a aspectos sociais ou económicos, ou mesmo a aspectos civis ou políticos, a efetivação de um direito fundamental está vinculado, em maior ou menor grau, a uma atuação do Estado.

A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. (DA SILVA, 2004, p. 180)

Mais relevante do que do que essa discussão sobre hierarquia de tratados sobre direitos humanos no plano interno de um Estado é garantir meios de tornar efetivos esses mesmos direitos, independente de sua posição no ordenamento. O Brasil já possui um vasto rol de direitos, a exemplo da Constituição portuguesa, sem, no entanto, garanti-los efetivamente, seja por questões de saúde financeira, de má gestão do patrimônio público, enfim, de questões de ultrapassam o escopo de discussão do presente trabalho.

Com efeito, Suzana Toledo Barros (2003, p. 47) ratifica a idéia de que um extenso rol de direitos fundamentais não garante a implementação desses mesmos direitos:

(...) o nacional-socialismo transformou a Alemanha em comunidade rracica e corrompeu a Constituição de Weimar, levando à ditadura do *Führer*, que legou ao povo alemão da dolorosa experiência da Segunda Grande Guerra, mostrando que a positivação de um bem elaborado catálogo de direitos não é suficiente para amparar esses mesmos direitos.

Com a edição Emenda Constitucional 45, prevaleceu, enfim, a visão do STF sobre a matéria, não obstante todas as críticas dos internacionalistas. O escopo da alteração foi, realmente, de enfatizar a sistema constitucional rígido e, conseqüentemente, o princípio da supremacia da constituição. A Carta Magna, como norma suprema, só pode ser modificada por meio de certas formalidades nela expressamente previstas.



## CONCLUSÃO

Disciplinar um rol de direitos fundamentais universais, e implementá-los, é preocupação da quase totalidade dos países tidos por democráticos. Seja com maior ênfase àqueles mais ligados à liberdade e propriedade, seja conferindo maior relevância aos direitos sociais, os Estados democráticos buscam incluir em suas Constituições princípios e fundamentos básicos para atendimento destes mesmos direitos.

O Brasil, com a sua “Constituição cidadã”, foi modelo de país que adotou essa tônica de priorização e efetivação dos direitos fundamentais, por isso o extenso rol do artigo 5º e a proteção inabalável conferida por meio da previsão contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, que estabelece as cláusulas pétreas.

No plano internacional, no decorrer do século XX e início deste, também se priorizaram as questões relativas aos direitos humanos. Como abordado no capítulo 2 do presente trabalho, inúmeros pactos internacionais trataram do tema, estabelecendo diretrizes relacionadas ao fim da discriminação racial e sexual, à proteção da criança e adolescente, à proteção da liberdade, em todas as suas nuances, do trabalho, do meio-ambiente, a condições de vida dignas. Os Estados totalitários, começando pela queda da ditadura nazista, foram perdendo espaço a cada dia para um discurso libertário, principalmente dos países ocidentais.

Com a ampla divulgação e preocupação de se universalizar os direitos humanos estabelecidos em compromissos internacionais, os Estados-parte adotaram diferentes regramentos para internalização e definição da posição hierárquica de tais pactos. Na ausência de normas internas expressas, a questão se definia com base em entendimentos jurisprudenciais e posições doutrinárias.

No Brasil, não há, a exemplo do que ocorre em diversos países, regra expressa quanto à hierarquia dos tratados internacionais ratificados pelo país, seja tratando de direitos humanos ou outras matérias. A forma de inserção do ordenamento brasileiro, conforme explicitado no primeiro capítulo, segue um procedimento que, para a maior parte dos autores, é aplicável, em regra, a todos os tipos de tratado: assinatura pelo Executivo, aprovação pelo Legislativo e ratificação novamente pelo Executivo, que promulga um decreto divulgando o conteúdo do tratado.

Dada essa ausência de norma expressa sobre a internacionalização dos tratados, e em virtude do tema – direitos humanos –, cada vez mais relevante perante a comunidade internacional, muitos doutrinadores brasileiros, na linha do Professor Cançado Trindade, defenderam, com base nos parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, o *status* constitucional dos tratados que versassem sobre o assunto, bem como sua aplicabilidade imediata, independente de decreto presidencial.

A questão da antinomia entre norma interna e tratado internacional, consoante detalhado no capítulo 3, ganhou grande relevo com a discussão acerca da prisão civil do depositário infiel, permitida no ordenamento brasileiro expressamente pelo artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e proibida no Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.

Embora toda a doutrina internacionalista defendesse a hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que não há previsão, no ordenamento, de qualquer norma que autorize a paridade entre norma constitucional e tratado internacional. Estes, qualquer que seja o assunto que tratem, terão hierarquia de lei ordinária. Ademais, seu rito procedimental

não se difere do previsto para os demais tratados, ou seja, dependem, sim, do decreto presidencial para a sua internalização.

A edição da Emenda Constitucional 45, que acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, confirmou a jurisprudência já, há algum tempo, pacificada no Supremo. Os tratados internacionais serão normas constitucionais se submetidos ao *quorum* qualificado próprio das emendas, o que, aliás, é requisito para que qualquer norma integre a Constituição. O argumento da constitucionalidade material, assim, não foi amparado pelo texto modificado.

Não obstante todas as críticas a respeito da modificação trazida pela emenda, demonstrou-se, ao longo do terceiro e último capítulo deste trabalho, que ela serviu para referendar o próprio modelo constitucional rígido adotado pelo Brasil.

É fundamental que um Estado, ao fazer parte de um compromisso internacional, deva zelar pelo seu cumprimento, mas a hierarquia dessas normas no sistema interno de um país é matéria que deverá ser regulada de acordo com as particularidades do seu ordenamento.

Não se pretendeu, ao longo deste trabalho, refutar a necessidade de defesa de um mínimo ético irreduzível, que seria aplicável, independente de particularidades de cada Estado. Os direitos humanos devem ser buscados e respeitados. Porém, conferir hierarquia constitucional a eles, quando veiculados em tratados, não promove, automaticamente, a sua implementação. Mais importante do que insistir na discussão da hierarquia de um tratado sobre direitos humanos dentro do ordenamento interno é encontrar meios de implementar esses mesmos direitos. Afinal, não é por falta de um extenso rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição que o governo brasileiro – com todo o seu aparato político – os tem constantemente violado.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores, 1956-1957. 3 v.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC/Editora Revista dos Tribunais, Ano 8, n. 31, p. 27-28, abril/junho de 2000.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Inserção das normas do Mercosul no direito brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coords.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 393.
- BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo, vols. 1 e 2, Saraiva, 1988-1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 ago. 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial* n. 223.110/GO. Embargante: Álvaro de Castro Morais. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. 28 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2005.
- 
- \_\_\_\_\_. *Recurso Especial* n. 223.110/GO. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Anísio José do Rosário Junior. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 25 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 274.183/GO. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e outro. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 2 de outubro de 2003. TIBÚRCIO, Carmem. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al (Coords.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 127.
- 
- \_\_\_\_\_. *Agravo Regimental na Carta Rogatória* n. 8.279/Argentina. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Agravada: Daniela Rocha Bessone Corrêa e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 10 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2005.

- 
- \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vittoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1º de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2005.
- 
- \_\_\_\_\_. *Recurso em Habeas Corpus* n. 79.885/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 35 maio 2006.
- 
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário* n. 274.183/GO. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Júlio César da Serra Campos. Relator: Ministro Moreira Alves. 24 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, vol. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.
- 
- \_\_\_\_\_. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos, in *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, coletânea cuja qual o autor prefacia. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Revista. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- 
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988: arts. 1º a 43*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol.1.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 436 p.
- GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema? O caso brasileiro*. São Paulo: LTR, 1997.
- HENKIN apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. Prefácio ao livro de LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva/Fundação Alexandre Gusmão, 1994.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos. *Justilex*, Brasília, n. 39, p. 54-55, 2005.
- 
- \_\_\_\_\_. Universalização e internacionalização do direito internacional dos direitos humanos: do pós-segunda guerra aos dias atuais (estudo em homenagem à Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Flávia Piovesan). *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, v. 5, n. 49, p. 33-51, 2004.

- PENIDO, Laís de Oliveira. As aporias dos Direitos Fundamentais e a sua incorporação na institucionalização do Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de et al (Coords.). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais, Homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 421-441.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos e relações internacionais: desafios e perspectivas contemporâneas. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coords.). *Direito Constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- REZEK, J. F. *Direito internacional público*. Curso Elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TIBÚRCIO, Carmem. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al (Coords.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 121-139.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Trad. Amílcar de Castro. *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, v. 17, p. 7-64, 1966.
- VERDROSS apud GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WALLACE apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.