

# SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 4/2009

DIREITOS HUMANOS

ISSN 2175-5760



9 772175 576000

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434  
e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Secretaria  
de Assuntos  
Legislativos

Ministério  
da Justiça



FACULDADE DE  
DIREITO DE  
CAMPOS



Secretaria  
de Assuntos Legislativos

Ministério  
da Justiça





**PROJETO  
PENSANDO  
O DIREITO**

**SÉRIE PENSANDO O DIREITO**

**Nº 4/2009 – versão publicação**

Direitos Humanos  
**Convocação 01/2007**

Faculdade de Direito de Campos

**Coordenação Acadêmica**

Sidney Guerra

Lílian Balmant Emerique

Érica de Souza Pessanha Peixoto

**Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)**

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434

CEP: 70064-900 – Brasília – DF

[www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)

e-mail: [sal@mj.gov.br](mailto:sal@mj.gov.br)



Secretaria de Assuntos Legislativos  
Ministério da Justiça





# CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de colaboração técnico-internacional (BRA/07/004) com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito**.

Em princípio os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

Todavia, o que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria, acabou se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno integra o conjunto de publicações da *Série Projeto Pensando o Direito* e apresenta a versão resumida da pesquisa denominada **A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira**, conduzida pela Faculdade de Direito de Campos (FDC).

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

**Pedro Vieira Abramovay**

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça



# CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

O presente estudo foi realizado sob os auspícios do MJ/PNUD, conforme estabeleceu o edital Projeto BRA/07/004 "Projeto Pensando o Direito" que estabeleceu em seu objeto parcerias com instituições públicas ou privadas da área acadêmica visando o fomento à pesquisa dos assuntos jurídicos que estão em discussão na sociedade brasileira.

Dentre as várias áreas temáticas que foram identificadas para a realização dos estudos, de acordo com o que estabeleceu o referido edital, a Faculdade de Direito de Campos, através de seu Grupo de Pesquisas de Direitos Humanos, candidatou-se para desenvolver a temática que versava sobre "*A Emenda Constitucional nº 45/2004 e Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direito Humanos no Brasil*" em parceria com a Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Inicialmente as Instituições envolvidas deveriam desenvolver um único relatório, todavia a partir de divergências doutrinárias que foram suscitadas desde o primeiro relatório, entendeu-se (o próprio MJ/PNUD) que seria mais rica a abordagem da referida temática contemplada por pesquisadores experientes de forma diversa e, portanto, o debate seria ainda melhor por abordar estudos com olhares distintos de tema tão complexo e novo na ordem jurídica brasileira

A partir dessa realidade, a equipe da Faculdade de Direito de Campos constituída pelo Prof. Dr. Sidney Guerra, Profa. Dra. Lílian Balmant e Profa. Msc. Érica Peixoto se debruçou sobre algumas questões que afligem os estudiosos e operadores do direito sobre a matéria, a saber: os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda n.º45/2004 são automaticamente constitucionalizados pela via da recepção constitucional? Se não o são, como se deve proceder? Qual a ordem desejável de priorização? O acervo legislativo, assim como seus mecanismos de execução hoje existentes no Brasil, é adequado para a efetivação da Emenda n.º 45/2004? Se esses instrumentos jurídicos existem e são aplicáveis, levam à constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos? Se existem e são ineficazes, quais as propostas capazes de implementar as pretensões do Constituinte derivado que formulou a Emenda? Se os mecanismos jurídicos não existem, quais os instrumentos que podem ser apresentados para solucionar a questão colocada pela Emenda n.º45/2004? Estas são algumas questões que procurou-se trazer à colação para sanar problemas que emergem no Estado brasileiro sobre essa questão tão complexa.

É claro que várias outras questões poderiam ser suscitadas na presente pesquisa, entretanto o prazo para a realização da mesma foi extremamente curto (agosto – dezembro) o que demandou esforço hercúleo da equipe para o cumprimento do prazo avençado com o MJ/PNUD, conforme dispôs o edital.

Por outro lado, não se pode olvidar de mencionar a importância de iniciativa como essa desenvolvida pelo MJ/PNUD para aproximar a discussão de questões relevantes com a academia e sociedade civil.

Rio de Janeiro, setembro de 2009.

**Sidney Guerra**

Coordenador Acadêmico



Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

**FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**

Sidney Guerra\*, Lilian Balmant Emerique\*\*

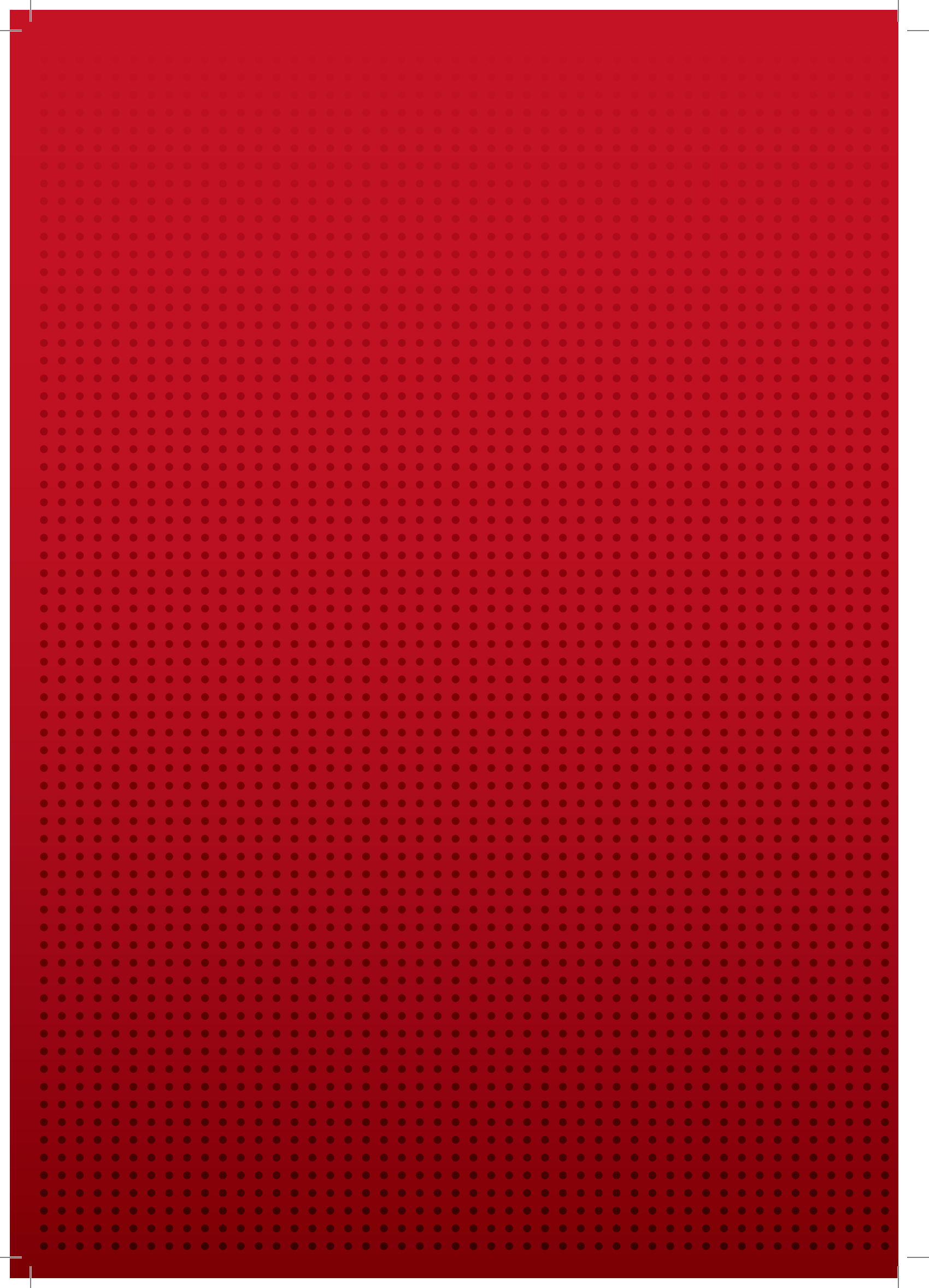
**A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE  
DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

---

*\* Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito. Especialista em Direito Internacional pela Academia de Direito Internacional da Haia (Holanda). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Titular da Universidade do Grande Rio, Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos e da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador da CAPES, CNPq e FAPERJ. Advogado no Rio de Janeiro. Contato: sidneyguerra@terra.com.br*

*\*\* Pós-doutora em Ciências Jurídico-políticas (Universidade de Lisboa). Doutora e mestre em Direito Constitucional. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIFLU/Faculdade de Direito de Campos.*





# SUMÁRIO

## 1. INTRODUÇÃO .... 11

## 2. RESULTADOS DA PESQUISA TEÓRICA .... 13

- 2.1 Notas introdutórias sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos .... 13
  - 2.1.1 Os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional .... 14
  - 2.1.2 Os tratados de direitos humanos com natureza constitucional .... 17
  - 2.1.3 Os tratados de direitos humanos com a natureza de lei ordinária .... 20
  - 2.1.4 Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal .... 22
- 2.2 Considerações sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 45/04 .... 24
  - 2.2.1 Direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira .... 25
- 2.3 Dimensões procedimentais relativas à internalização no ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais sobre direitos humanos .... 28
  - 2.3.1 Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos .... 35
- 2.4 A incorporação dos tratados de direitos humanos no direito comparado .... 37

## 3. CONCLUSÃO .... 41

- 3.1 Qual a importância da dignidade da pessoa humana para o estudo dos direitos fundamentais? .... 41
- 3.2 Quais as diferenças terminológicas entre as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e liberdades públicas? .... 41
- 3.3 Quais são as características dos direitos fundamentais? .... 42
- 3.4 Qual a importância da positivação dos direitos fundamentais nas constituições? .... 42
- 3.5 Quais as teorias existentes sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda 45/04? .... 43

- 3.6** Qual a importância da cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais expressa no art. 5º §2º CF/88? ....44
- 3.7** Quais as diferenças entre direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais? .... 44
- 3.8** Qual a hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos possuem após a Emenda 45/04? .... 45
- 3.9** O procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 é compulsório para todos os tratados de direitos humanos assinados após a entrada em vigor da EC n. 45/04 ou apenas trata-se de uma faculdade atribuída ao Congresso Nacional? .... 45
- 3.10** Um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil e sujeito, com sucesso, ao procedimento estabelecido com a EC 45/04, poderá revogar disposição constitucional a cuidar anteriormente da mesma matéria, ainda que a disposição constitucional precedente seja mais benéfica? .... 46
- 3.11** Uma vez ratificados um tratado de direitos humanos, sob quais condições seria cabível falar em aplicabilidade imediata? .... 46
- 3.12** É possível a aprovação de um tratado sobre direitos humanos com *quorum* de maioria simples mesmo depois do advento da EC n. 45/04? .... 47
- 3.13** Após a aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos de acordo com o procedimento previsto pela EC n. 45/04, estes podem ser denunciados pelo Poder Executivo, seguindo a regra geral de denúncia dos tratados? .... 47
- 3.14** De que forma o texto dos tratados, uma vez incorporados pelo rito fundado pela EC n. 45/04, passariam a integrar o bloco de constitucionalidade? .... 48
- 3.15** **Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição de 1988? .... 48**
- 3.16** Há diferença em afirmar que os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional” e dizer que eles são “equivalentes às emendas constitucionais”? .... 49
- 3.17** A adoção do procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 é compulsória ou facultativa em relação aos tratados ratificados antes da EC n. 45/04? .... 50
- 3.18** A internalização de um tratado sobre direitos humanos conforme o procedimento previsto no § 3º, do art. 5º da Constituição de 1988 imporia a promulgação direta pelas mesas da Câmara e do Senado, assumindo a forma de emenda e perdendo a forma de tratado incorporado ou, após a promulgação, seria ainda exigível a ratificação do tratado-emenda através do depósito? .... 50
- 3.19** Como se desenvolve o Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos após a Emenda 45/04? .... 51

## **REFERÊNCIAS .... 53**

# 1. INTRODUÇÃO

O estudo empreendido procurou realizar análises das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos, com o objetivo de propor medidas jurídicas concretas viabilizadoras da efetivação da Emenda n.º 45/2004.

O Constituinte derivado brasileiro promulgou a Emenda n.º45/2004, que prevê que todos os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, têm o *status* de lei constitucional. No entanto, apesar dessa mudança significativa, não se observou até o momento qualquer esforço no sentido de constitucionalizar qualquer tratado dessa natureza.

A investigação guarda relevância singular porque é necessário que se cumpra o previsto no texto constitucional, o que ainda não se verificou e a polêmica persiste na doutrina e nos tribunais em razão das posições divergentes adotadas acerca do tema.

Além disso, a pesquisa busca trazer respostas visando mecanismos de implementação capazes de agilizar o processo de constitucionalização, traduzindo os anseios da sociedade e do Poder Público de ver implementados os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Procuramos indicar, inclusive, sugestões de modificações no acervo normativo e nos modos de execução existentes para interferir na realidade do reconhecimento e implementação de normas que ainda carecem de efetivação.

Finalmente, as propostas jurídicas apresentadas perduram no tempo e podem ser utilizadas para estabelecer, por exemplo, uma linha de prioridades – ou de pauta do Legislativo e do Executivo – para a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos no futuro.

Enfim, o objetivo geral do estudo consiste na produção de uma proposta de regulamentação jurídica da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, em atendimento ao ditame da Emenda n.º45/2004, constitucionalmente adequada, e que, portanto, consagre a intenção do Constituinte derivado de fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno.

Além disso, a pesquisa procura formular, a partir de um estudo analítico, um referencial teórico-prático que sirva de guia para a articulação de medidas jurídicas adequadas e desenvolver modelos jurídicos que possam auxiliar na imediata implementação da Emenda n.º45/2004; bem como elaborar *propostas legislativas* e *programas de ação* a serem implementados pela Administração Pública, a fim de se alcançar o objetivo proposto.

As principais questões equacionadas pela pesquisa são: Os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda n.º45/2004 são automaticamente constitucionalizados pela via da recepção constitucional? Se não o são, como se deve proceder? Qual a ordem

desejável de priorização? O acervo legislativo, assim como seus mecanismos de execução hoje existentes no Brasil, são adequados para a efetivação da Emenda n.º 45/2004? Se esses instrumentos jurídicos existem e são aplicáveis, levam à constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos? Se existem e são ineficazes, quais as propostas capazes de implementar as pretensões do Constituinte derivado que formulou a Emenda? Se os mecanismos jurídicos não existem, quais os instrumentos que podem ser apresentados para solucionar a questão colocada pela Emenda n.º 45/2004?

Optou-se pela metodologia de pesquisa aplicada para gerar conhecimentos com aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos, relacionados a verdades e interesses locais relativos a interpretação que, à luz da Constituição Federal de 1988, devem guiar a aplicação da Emenda n.º 45/2004. É ainda uma pesquisa qualitativa, pois versa sobre a interpretação dos fenômenos (não constitucionalização dos tratados, número e conteúdo dos tratados em vigor no país antes e depois da Emenda n.º 45/2004) e a atribuição de significados no processo de pesquisa. Por último, é também pesquisa descritiva, porque denota a tendência a analisar os dados indutivamente.

A pesquisa bibliográfica e o levantamento da normativa jurídica (tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil; procedimentos legislativos; normas administrativas; jurisprudências) são instrumentos de análise para o desenvolvimento de pesquisa explicativa, identificando os fatores que determinam ou contribuem para a dificuldade (ou inércia) quanto à aplicação da Emenda n.º 45/2004 (*ex post facto*), para então, sistematicamente, buscar respostas para a eliminação do problema.

Nas etapas do estudo primeiramente são expostas as dificuldades terminológicas concernentes a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em seguida apresentam-se as principais correntes que abordam a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, representadas pelo: i) reconhecimento da natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos; ii) reconhecimento da natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; iii) afirmação de que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária; iv) afirmação de que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal.

Optamos pela corrente que aborda a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n.º 45/04, pelo paradigma que privilegia as referências aos direitos formais e materialmente fundamentais e a abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira consagrados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, desenvolvemos alguns aspectos procedimentais relativos à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil e encerramos os trabalhos com elementos sobre o tratamento da matéria no direito comparado.

## 2. RESULTADOS DA PESQUISA TEÓRICA

### 2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A QUESTÃO DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS<sup>1</sup>

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

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

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

Parágrafo 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Todavia, com a dicção do parágrafo segundo se inicia um grande debate sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A matéria passou a comportar várias interpretações, transformando-se em assunto extremamente controverso e que dá margem para vários entendimentos.

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

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

---

<sup>1</sup> O estudo completo encontra-se na obra de GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

“Parágrafo 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.”

Há um intenso debate em torno das correntes que hoje estão se digladiando na doutrina e na jurisprudência em relação à matéria, isto é, sobre qual *status* se apresentam os tratados de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, podem ser apresentadas quatro linhas de pensamento:

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

Passemos a análise de cada uma das teorias.

### **2.1.1 Os tratados de direitos humanos com natureza supraconstitucional**

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

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

Celso Mello apresenta suas considerações valendo-se especialmente do estudo do direito numa perspectiva de natureza política, enfatizando que mesmo no exercício do Poder Constituinte, este estaria subordinado ao próprio Direito Internacional: “Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer

norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado.”<sup>2</sup>

Posteriormente, Celso Mello apresenta as teorias que procuram explicar as relações envolvendo o Direito Internacional e o Direito Interno (monismo e dualismo), para depois tecer severas críticas ao Brasil por ignorar o tema no plano constitucional, deixando para que a jurisprudência resolva os casos em que haja o conflito da norma interna e da norma internacional: “A ordem internacional é quem define as competências que o Estado possui. O próprio Estado só existe em função de tal ordem. (...) No Brasil este tema é praticamente ignorado. As nossas constituições praticamente não o versaram. A omissão mostra o pequeno papel das relações internacionais na vida brasileira, bem como a “existência” do Brasil mesmo como potência de segunda classe na ordem internacional. O conflito entre norma interna e internacional foi sempre resolvido pela jurisprudência. Na década de 50 o Supremo Tribunal Federal dava o primado ao DI. No governo Geisel, em pleno autoritarismo militar, o mesmo tribunal afirma que a norma mais recente revoga a anterior, seja ela interna ou internacional. Foi assim adotado de modo simplista a tese do dualismo.”<sup>3</sup>

Como acentua Mello<sup>4</sup>, o conflito entre o direito interno e o direito internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do direito internacional; que ocorre na prática internacional como nas hipóteses: uma lei contrária ao direito internacional dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilidade internacional; uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Com efeito, a jurisprudência e a doutrina internacional têm sido unânime em consagrar a primazia do direito internacional.<sup>5</sup>

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

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

---

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

<sup>3</sup> MELLO, Celso Albuquerque, *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>5</sup> SILVA, Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62 e MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 109.



Outro ponto de destaque é a previsão da Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928, que foi devidamente promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5647/29 que estabelece em seu artigo 11:

“Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.”<sup>6</sup>

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

“Pacta Sunt Servanda

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

Direito Interno e observância de tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”<sup>7</sup>

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

Assim Mello dispôs sobre a matéria: “A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan. Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.”<sup>8</sup>

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

---

6 Vide GUERRA, Sidney. *Tratados e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 468.

7 GUERRA, Sidney. *Op. Cit.*, p. 478.

8 MELLO, Celso A., *Op. Cit.*, p. 27.

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

### 2.1.2 Os tratados de direitos humanos com natureza constitucional

A respectiva teoria tem um grande número de seguidores no Brasil, sendo certo que o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade foi fundamental para a sua aceitação pela doutrina como também pela jurisprudência, como se vê: “A novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.”<sup>9</sup>

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

Mais uma vez sob a batuta de Cançado Trindade, verifica-se que a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito interno constitui-se fundamental e de alta prioridade: “Da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos.”<sup>10</sup>

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

---

<sup>9</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

<sup>10</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

e 2º do artigo 5º da CF. Nesse diapasão o magistério de Cançado Trindade: “O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”<sup>11</sup>

Na mesma linha de raciocínio, a manifestação de Flávia Piovesan: “A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.”<sup>12</sup>

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

A matéria foi retomada “em grande estilo” em dezembro de 2004, com a EC nº. 45 onde foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º no artigo 5º da Constituição brasileira. A inserção do parágrafo 3º deveria sanar e encerrar todas as controvérsias sobre a matéria, como alguns autores chegaram a afirmar a exemplo de Celso Lafer: “O novo parágrafo 3º do artigo 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.”<sup>13</sup>

---

11 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. Cit.*, p. 498.

12 PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, p. 58.

13 LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 16

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

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Prisão civil de depositário infiel. Alienação das cotas da sociedade pelo depositário. Transferência do encargo atrelada à autorização judicial. Possibilidade de decretação da prisão mesmo após o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal. Penhora em execução fiscal. Falência superveniente. Súmula 305/STJ. Não incidente na hipótese dos autos.

[...]

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

5. Nos termos do § 3º do art. 5º da CF (introduzido pela EC 45/2004), “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Trata-se de exceção à regra geral segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil incorporam-se ao direito interno como lei ordinária.

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

7. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (grifei)

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

“Constitucional. Processual penal. Recurso Ordinário em habeas corpus. Execução fiscal. Depositário infiel. Penhora sobre o faturamento da empresa. Constrangimento ilegal. Emenda Constitucional nº 45/2004. Pacto de São José da Costa Rica. Aplicação Imediata. Ordem concedida. Precedentes.

[...]

c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com *quorum* de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional;

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

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

[...]

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

Com efeito, mesmo com a inserção do referido dispositivo constitucional, não houve até o presente momento pacificação em relação à matéria. Assim é que os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro devem continuar com a natureza de direitos materialmente constitucionais salvo, e a partir da previsão estampada no parágrafo 3º do artigo 5º, se forem observados os requisitos previstos no referido inciso que deverão adotar a classificação de direitos formalmente constitucionais.<sup>14</sup>

### **2.1.3 Os tratados de direitos humanos com a natureza de lei ordinária**

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

Trata-se de uma grande referência nos estudos dos Tratados Internacionais no Brasil por terem os Ministros apresentado opiniões e votos divergentes, onde verificou-se em determinado momento o primado do direito internacional em relação ao direito interno,

---

<sup>14</sup> Na mesma direção o magistério de LAFER, Celso. *Op. Cit.*, p. 17: "com a vigência da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º."

como também a possibilidade de serem os tratados internacionais modificados por normas internas que fossem posteriores ao mesmo.

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

No julgamento entendeu-se que poderia haver colisões entre as normas de direito internacional com as normas de direito interno, devendo ser aplicada a máxima *lex posterior derogat priori*, na medida em que inexistia um critério expresso na Constituição, prevalecendo, assim, a última vontade do legislador.

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

“*Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida.”

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

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

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

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

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

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

#### 2.1.4 Os tratados de direitos humanos com natureza supralegal

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

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

Esse pensamento foi retratado no RHC n. 79785-RJ<sup>15</sup>, como se vê:

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

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

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

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

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

---

<sup>15</sup> O Recurso de Habeas Corpus 79.785 - RJ teve como partes Recte. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Recdo. o Ministério Público Federal.

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

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

## **2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04**

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

No entanto, o tema da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi alvo de grandes controvérsias. Esse debate originou-se do estabelecido no 5º § 2º CF/88, que assim dispõe: “§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Diversas correntes interpretativas surgiram a partir daí para entender como se daria a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil, como já foi explanado anteriormente. Talvez, o único consenso estivesse pautado na necessidade de uma mudança no texto constitucional para eliminar controvérsias. Contudo, mesmo com a chegada da EC nº 45/04, que traz uma inovação na matéria, os questionamentos estão muito longe de ter fim. Na verdade, o novo §3º do art. 5º da Constituição acabou por suscitar ainda mais incongruências.

O art. 5º §2º, da Constituição de 1988, dispõe sobre a cláusula de abertura, ou da não tipicidade dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura sempre se fez presente nas

constituições brasileiras, ainda que sua existência não necessariamente correspondesse à sua eficácia em determinados momentos históricos, em que o País assistiu ao desrespeito aos direitos fundamentais que já eram resguardados pela Lei Magna. Nas constituições brasileiras o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

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

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

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

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

Considera-se direito formalmente fundamental aquele que se encontra positivado na Constituição e, por conseqüência: a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o topo de toda a ordem jurídica; b) é norma constitucional sujeita as limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); c) é norma de aplicação imediata e vincula a entidades

---

<sup>16</sup> EMERIQUE, Lillian M. B.; GOMES, ALICE Maria M.; SÁ, Catharine F. de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, n. 8, jun 2006, p. 123-170.

públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas.<sup>17</sup>

São normas, portanto, que como todas as demais normas constitucionais contam com a supremacia no ordenamento jurídico e que devido sua importância para o indivíduo e para a coletividade receberam um tratamento diferenciado pelo poder constituinte destacando-se a aplicação imediata de seus comandos e a maior proteção no que concerne a possibilidade de mudanças do seu conteúdo pelos poderes constituídos.<sup>18</sup>

Por sua vez, considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado e da sociedade e que, podem ou não, encontrarem-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a idéia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.<sup>19</sup>

A indicação do sentido formal e material de um direito fundamental vem consignada por Jorge Miranda, quando apresenta o seu entendimento de direitos fundamentais. Na ocasião adverte que todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material, contudo existem direitos em sentido material para além dos direitos em sentido formal. Portanto, os dois sentidos podem não coincidir.<sup>20</sup>

Jorge Miranda também se preocupa em expor certas dúvidas e objeções levantadas sobre a concepção de direito fundamental em sentido material, sendo a primeira delas a neutralidade que poderia supor-se equivalente a um radicalismo aos valores permanentes da pessoa humana. A segunda, sugere que por abarcar uma diversidade de concepções poderia levar a um relativismo inseguro. A terceira, pontua que conceber os direitos fundamentais a mera expressão escrita numa Constituição de um determinado regime político seria o mesmo que admitir que a não consagração ou a consagração insatisfatória, ou mesmo a violação sistemática de certos direitos seria, no mínimo, natural, só porque foram considerados de menor relevância para um regime político. Nesta ótica não faria qualquer diferença acrescentar a um direito a designação de fundamental, pois estes

---

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 349.

18 EMERIQUE, Lillian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 152.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 349.

20 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 7-9.

direitos só seriam fundamentais quando dispostos como tais por um determinado regime político.<sup>21</sup>

Contudo, o autor rebate estas críticas ao afirmar que por serem os direitos fundamentais direitos básicos da pessoa que numa determinada época e lugar constituem o nível da sua dignidade, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias históricas.<sup>22</sup> Deste modo, não predominaria uma visão imutável dos valores da pessoa humana que se manteriam indelévels as mudanças históricas operadas no homem e na sociedade.

O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduz apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas são direitos procedentes da idéia de Constituição e de Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto. Mesmo que a esta idéia ou sentimento correspondesse a uma Constituição material desfavorável aos direitos das pessoas, o problema não seria tanto dos direitos fundamentais em si mesmos, mas sim um problema relativo ao caráter do regime político correspondente que tem assento na questão de sua legitimidade.<sup>23</sup>

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

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

A noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>24</sup>

---

21 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 9.

22 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 10.

23 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 11.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988." *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

## **2.3 DIMENSÕES PROCEDIMENTAIS RELATIVAS À INTERNALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

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

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

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

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

Na perspectiva adotada, os conflitos ocasionais entre o tratado e a Constituição devem ser solucionados pela aplicação da norma mais favorável à vítima da violação do direito humano, titular do direito, tarefa hermenêutica de incumbência dos tribunais nacionais e

dos órgãos de aplicação do direito.<sup>25</sup> Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem para a proteção dos direitos e interesses do ser humano.<sup>26</sup>

Sustentam esta linha no Brasil, dentre outros, Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>27</sup> e Flávia Piovesan<sup>28</sup>, os quais defendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 caracterizam-se como garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Segundo Cançado Trindade: “A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.”<sup>29</sup>

Outra não poderia ser a linha de entendimento propugnada, senão aquela que atribui estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº. 45/04, que a partir da sua promulgação e por uma adequada interpretação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 3º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente as emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos.

Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (*quorum* qualificado) para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos no §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e mais se observa o aumento da abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos.

São perspicazes as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em voto prolatado no Recurso Extraordinário n. 466.343-1 (São Paulo), onde foi relator o Ministro Cezar Peluso, julgado em 26/11/2006, onde sublinha a importância dos direitos humanos: “Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao

---

25 Cfr.: PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, p. 44-56.

26 Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos*. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

27 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

28 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

29 Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 113-118, 1998, pp. 88-89.

aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.”

Existe hoje a demanda clara da necessidade de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cançado Trindade já advertia sobre a impertinência da defesa do entendimento em torno da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da promulgação da EC nº. 45/04, e ainda hoje suas palavras mantêm-se atuais, conforme abaixo se pode comprovar: “A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. [...] É esta a interpretação correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos - que

na verdade não existem -, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.”<sup>30</sup>

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

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

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

A mesma orientação é partilhada por Ingo Sarlet: “Parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda n.º 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais.”<sup>31</sup>

O entendimento divergente, que propugna que o Congresso Nacional tem a faculdade de decidir se um determinado tratado de direitos humanos deve ou não ser submetido ao procedimento estipulado pela EC n.º. 45/04, reduz a importância dos tratados de direitos humanos, na medida em que deixa ao critério do Congresso Nacional a decisão sobre a forma como ocorrerá a internalização de conteúdos da maior relevância, ficando ao sabor das contingências dos interesses das maiorias momentaneamente representadas nas Casas Legislativas tal deliberação.

---

30 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar; 1999, p. 46-47.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988.” *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.



Sublinha-se que a submissão ao procedimento é compulsória, muito embora isto não signifique que todo tratado sobre direitos humanos alcance nas Casas Legislativas o *quorum* qualificado exigido para a internalização com hierarquia equivalente a norma constitucional. Neste caso, se uma maioria simples decidir pela aprovação, o tratado será internalizado em consonância com a compreensão defendida pela corrente da supralegalidade, ou seja, terá hierarquia inferior a norma constitucional, mas superior à lei ordinária.

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

- b) Um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil e sujeito ao procedimento estabelecido com a EC nº. 45/04, obtendo o *quorum* determinado, poderá revogar a previsão constitucional anterior da mesma matéria, ainda que a disposição constitucional precedente seja mais benéfica?

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

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

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

Outra maneira, que consideramos mais adequada para transpor esta dificuldade, pode partir do reconhecimento do conflito e seguir para uma busca de compatibilização. Caso se chegue a um ponto que sinalize para impossibilidade de conciliação, o recurso que a doutrina contemporânea tem mais prontamente apontado indica a priorização da norma mais favorável ao direito pessoal em questão, independentemente de ser a norma constitucional ou internacional.

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

A resposta é positiva. A afirmação de que um tratado internacional conta com “*status* de norma constitucional” indica que eles integram o bloco de constitucionalidade material da Constituição, e dizer que os tratados internacionais são “equivalentes às emendas constitucionais” significa dizer que além de materialmente constitucionais, eles deverão ser também formalmente constitucionais, tendo, portanto, a mesma potencialidade jurídica de uma emenda. O que resultaria em dois efeitos elementares:

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

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

Na primeira hipótese podem ser citados alguns exemplos em que um direito previsto e assegurado por diversos documentos internacionais é simultaneamente protegido pela Constituição de 1988. Felizmente essa situação não gera danos ou transtornos, ao contrário,

apenas corrobora para a proteção da vítima em ambos os planos normativos (p. ex: o art. 5º, inciso III da Constituição de 1988 prevê que “ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante”, que por sinal é a reprodução literal do artigo 5º (2) da Convenção Americana).

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

A segunda hipótese torna possível a observância de direitos que a constituição não assegura, mas que os tratados internacionais prevêm, proporcionando a abertura do rol de direitos a serem protegidos, conseqüentemente favorecendo a proteção internacional da pessoa humana. Uma situação que afeta a soberania nacional, pois a torna necessariamente flexibilizada, no entanto, esta tem sido a tendência do constitucionalismo atual, e demonstra o compromisso do Estado com a proteção de direitos a cidadãos, ou a grupos de cidadãos específicos, que soberanamente abdicam de parte de sua soberania para proteger a pessoa humana, adquirir legitimidade política na arena internacional e manter o diálogo com outros povos.<sup>32</sup>

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

Este critério encontra apoio tanto nos próprios tratados internacionais como na jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais, mas no âmbito nacional sua aplicação fica condicionada a aplicação pelos operadores do direito, em especial dos tribunais nacionais.

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

---

32 Exemplos dessa situação cf. PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 133.

Desde muito antes da Emenda 45/04, a preocupação dos documentos internacionais e de grande parte dos doutrinadores foi de conferir a prioridade da norma mais favorável à vítima em caso de conflito entre uma norma internacional e uma proveniente do direito interno. Em termos doutrinários, sobre a divergência, no que tange aos tratados de direitos humanos, quanto à supremacia da lei interna ou não, vale ressaltar o posicionamento de Cançado Trindade, segundo o qual, em caso de conflito deve-se adotar a lei que, no caso concreto, mais proteja a pessoa humana. Ele assim expõe em sua obra: “No presente contexto, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas”.<sup>33</sup> No mesmo sentido, Flávia Piovesan: “Acredita-se, ao revés, que conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia.”<sup>34</sup>

Os documentos internacionais também, de modo geral, possuem previsões que explicitam o princípio de aplicação da norma mais favorável à vítima. As decisões das cortes internacionais também sempre utilizaram a argumentação da aplicação da norma mais favorável à vítima, da prevalência da maior proteção aos direitos humanos, decidindo inclusive que um Estado tenha que adequar as suas normas constitucionais e legais aos valores consagrados na Convenção Americana, como foi o caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile<sup>35</sup>, por exemplo.

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

### 2.3.1 Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos

A temática relacionada ao controle de constitucionalidade dos tratados internacionais apresenta vários aspectos interessantes e com matizes diversificadas em razão da própria

---

33 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, 2003, pp. 542-543.

34 PIOVESAN, F. *Op. cit.*, 2002, p. 87.

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

complexidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, somada ao intrincado regime jurídico adotado para a internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil, que desde sempre fomentou intenso debate e infelizmente não encontrou nas disposições do art. 5º, § 3º, introduzidos pela EC nº. 45/04, elementos suficientes para apaziguar a celeuma jurídica a seu respeito.

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

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

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

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

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

O atual procedimento introduzido pela EC nº. 45/04, contudo, não elimina a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos, vir a ser internalizado com um *quorum* de maioria simples. Neste caso, no aspecto formal, o mencionado tratado não

contará com a hierarquia equivalente a emenda constitucional. A circunstância referida invoca a necessidade de revisão da orientação jurisprudencial seguida pelo STF, a fim de considerar a hierarquia destes tratados com uma hierarquia supralegal, isto é, tratados que no aspecto formal encontram-se abaixo da constituição, porém hierarquicamente situados acima de todas as demais normas infraconstitucionais, revogando as disposições inferiores com ele incompatíveis.

## 2.4 A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO COMPARADO

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

A Constituição Portuguesa<sup>36</sup>, no art. 8º, apresenta a recepção automática das normas do direito internacional pelo direito português. Trata-se de uma cláusula de recepção plena que privilegia a proteção dos direitos humanos. Isso significa que as normas e princípios de direito internacional fazem parte integrante do direito português. Assim esclarece o artigo 8º: **Artigo 8.º (Direito internacional)** 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Além disso, cumpre ressaltar uma outra norma de suma importância para o debate em questão presente na Constituição Portuguesa: o artigo 16 (1) e (2). A leitura desse artigo deixa claro a existência de uma cláusula de abertura na Constituição Portuguesa, que permite a possibilidade de incluir direitos fundamentais com base em leis e regras de direito internacional. E, além disso, numa visão humanizante e protetiva dos direitos

---

<sup>36</sup> Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)

humanos, tem de forma expressa a preocupação de sempre se fazer uma harmonização dos direitos fundamentais com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim expõe o referido artigo: Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição do Peru<sup>37</sup>, nas disposições finais e transitórias, também explicita a mesma preocupação presente na Constituição Portuguesa, qual seja, de que as normas relativas aos direitos e liberdades presentes na Constituição do Peru sejam interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos. Isso traduz um movimento forte de reconhecimento do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de sua efetiva proteção nos ordenamentos internos. Assim: “Disposiciones finales y transitorias. Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

A Constituição Argentina<sup>38</sup> também confere hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos, muito embora estabeleça *quorum* para que outros possuam a mesma hierarquia. Expõe o artigo 22: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

---

37 Disponível em: <http://tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

38 Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

A Constituição da Venezuela<sup>39</sup> também é mais um exemplo de Constituições que admitem o *status* constitucional das normas expostas em tratados de direitos humanos, por exemplo. Explicita o art. 23: “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

A Constituição da Colômbia<sup>40</sup>, principalmente nos artigos 93, 94 e 164, trilha o mesmo caminho, admitindo a prevalência dos direitos humanos na ordem interna e buscando interpretações dos direitos consagrados na Carta Colombiana que sejam compatíveis com o estabelecido em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Eis os artigos: “ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (grifo nosso) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.” \* Modificado por el Acto Legislativo 2/2001. Fueron agregados incisos 3º y 4º. “ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (grifo nosso) “ARTICULO 164. El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno.” (grifo nosso)

Na América Latina alguns países caminharam na direção de sua inserção em contextos supranacionais conferindo aos tratados internacionais de direitos humanos lugar de destaque no ordenamento jurídico e em alguns casos concedendo-lhes estatura constitucional. No Paraguai o art. 9º da Constituição de 20.06.1992, dispõe: “*A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.*”

---

39 Disponível em: <http://analitica.com/bitbliblioteca/anc/constitucion1999.asp>

40 Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>



A Constituição uruguaia de 1967, inseriu em 1994, novo inciso em seu artigo 6º, que prevê que “A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos.”

A Constituição do Chile<sup>41</sup>, ao se referir à soberania estatal, esclarece que esta não pode mais ser concebida de forma absoluta, mas possui limitações. Uma dessas limitações é justamente o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. Explica o art. 5º: “Art. 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Portanto, após essa análise, conclui-se que diversos países têm adotado, nas suas respectivas constituições, artigos que conferem *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados internamente, além de também lhes conferir aplicação imediata. Essa é a tendência e esse deve ser o caminho interpretativo a ser seguido pelo Brasil. O diagnóstico retrata uma convergência contemporânea do constitucionalismo de atribuir maior cotação as normas internacionais de direitos humanos. Assim, as constituições tanto apresentam maiores elementos de concretização de sua eficácia normativa, quanto partem de uma dimensão aproximativa entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional.

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

---

41 Disponível em: <http://www.camara.cl/legis/const/c01.htm>

## 3. CONCLUSÃO

### 3.1 QUAL A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA O ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

A dignidade da pessoa humana é o valor supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, corroborando para um imperativo de justiça social. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional. Dentre suas diversas funções destacam-se as seguintes: a) reconhecer a pessoa como fundamento e fim do Estado; b) contribuir para a garantia da unidade da Constituição; c) impor limites à atuação do poder público e à atuação dos cidadãos; d) promover os direitos fundamentais; e) condicionar a atividade do intérprete; f) contribuir para a caracterização do mínimo existencial.

Os valores da dignidade da pessoa humana se apresentam como parâmetros axiológicos a orientar o texto constitucional brasileiro, devendo-se acrescentar a idéia que vem estampada no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais.

### 3.2 QUAIS AS DIFERENÇAS TERMINOLÓGICAS ENTRE AS EXPRESSÕES DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS?

As expressões direitos humanos, direitos fundamentais e liberdades públicas apresentam um conteúdo variado, muito embora, em razão de uma imprecisão terminológica sejam empregadas como sinônimas.

As liberdades públicas são aqueles direitos e garantias fundamentais da pessoa humana que tem por escopo resguardar a dignidade e condições mínimas adequadas de vida, no sentido de proibir os excessos que por ventura, sejam cometidos por parte do Estado, no sentido de dar melhores condições no desenvolvimento da personalidade humana no contexto social.

A terminologia “direitos humanos” é, freqüentemente, empregada para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, como também as exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade de pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo.

Geralmente, a doutrina nacional e estrangeira situa os direitos fundamentais como direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Contudo, esta apreciação não deve ser tomada apenas no seu caráter formal, pois pode não retratar corretamente o sentido e o alcance conferido pela Constituição aos direitos fundamentais e estaria em desarmonia com a sua feição sistêmica aberta. Também obstaria imensamente a compreensão do conteúdo e do significado de certas disposições referentes a estes direitos. Isso é o que se verifica em relação à norma contida no art. 5º, § 2º, na qual estão previstos como direitos fundamentais não só os direitos referidos no corpo da atual Constituição, mas inclusive os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, ou seja, situações onde não há uma positivação direta e expressa de determinados direitos fundamentais.

Logo, o entendimento de direitos fundamentais como direitos positivados constitucionalmente deve ser encarado de maneira ampla e em consonância com a noção de Constituição como um sistema aberto composto por normas e princípios, a fim de não excluir do seu campo direito que, em face do seu conteúdo e relevância, devem compor a categoria dos direitos fundamentais.

### **3.3 QUAIS SÃO AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?**

A caracterização dos direitos fundamentais não é fácil devido as suas peculiaridades, complexidades de conteúdo e variedade. A doutrina jurídica, ao ventilar sobre as características dos direitos fundamentais, geralmente recorre aos traços inicialmente referidos no campo do jusnaturalismo, daí fazer menção à inalienabilidade, à imprescritibilidade, à irrenunciabilidade e à inerência; ou apela às concepções mais contemporâneas de direitos humanos, cuja influência das discussões em torno do direito internacional faz-se visível, mencionando a historicidade, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência.

### **3.4 QUAL A IMPORTÂNCIA DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES?**

A importância da positivação dos direitos fundamentais pode ser observada na própria condição de imprescindibilidade dos mesmos para a configuração de um Estado democrático de Direito. O Estado democrático de direito tem nos direitos fundamentais um dos critérios de legitimação do poder estatal, de modo que o poder não se faz mediante o uso indiscriminado, arbitrário da força, e nem pode manifestar-se alheio aos condicionamentos introduzidos pela ótica dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são reserva de Constituição, isto é, tomam parte entre os elementos que identificam a posição do homem no mundo estruturante/estruturado da ordem constitucional e são reserva de justiça, o que significa dizer que há necessidade de uma ordem que aspire ser justa.

### **3.5 QUAIS AS TEORIAS EXISTENTES SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTES DA EMENDA 45/04?**

Podem ser apresentadas quatro grandes correntes:

- i) a corrente que reconhece natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos → A primeira teoria que se apresenta, tem como expoente no ordenamento jurídico brasileiro o professor Celso Albuquerque de Mello que faz a defesa das normas internacionais em relação às normas de direito interno. Segundo ele, os tratados internacionais de direitos humanos seriam preponderantes mesmo se confrontados com o texto constitucional. Isso significa que nem mesmo a emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria versar sobre direitos humanos.
- ii) a corrente que reconhece natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos → a Constituição de 1988 estabelece em seu parágrafo 2º, do artigo 5º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte e o parágrafo 1º estabelece que os direitos fundamentais tenham aplicação imediata. Ao fazer a interpretação da constituição entende-se, por essa tese, que poderão ser incorporados novos direitos fundamentais a partir do momento que o Brasil tenha ratificado os citados documentos internacionais sobre direitos humanos.
- iii) a corrente que afirma que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária → Essa teoria foi adotada no Brasil especialmente a partir da manifestação do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 80004/SE entendeu-se que poderia haver colisões entre as normas de direito internacional com as normas de direito interno, devendo ser aplicada a máxima *lex posteriori derogat priori*, na medida em que inexistia um critério expresso na Constituição, prevalecendo, assim, a última vontade do legislador. Por essa teoria, os tratados ingressam no ordenamento como lei ordinária.
- iv) a corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal → Essa idéia foi concebida no Brasil, também no Supremo Tribunal Federal, em

sessão realizada no dia 29 de março de 2000, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição, os que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro, significando dizer que estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

### **3.6 QUAL A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA DE ABERTURA OU DA NÃO TIPICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXPRESSA NO ART. 5º §2º CF/88?**

O art. 5º §2º, da Constituição de 1988, dispõe sobre a cláusula de abertura, ou da não tipicidade dos direitos fundamentais: “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.”

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

A doutrina pátria, de forma geral, nota que o rol dos direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988, apesar de extenso, não possui caráter taxativo, mas apenas exemplificativo. A existência do art. 5º §2º, no texto constitucional consagra a abertura a outros direitos não expressamente nele referidos.

### **3.7 QUAIS AS DIFERENÇAS ENTRE DIREITOS FORMALMENTE FUNDAMENTAIS E DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS?**

Considera-se direito formalmente fundamental aquele que se encontra positivado na Constituição e, por conseqüência: a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o topo de toda a ordem jurídica; b) é norma constitucional sujeita às limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); c) é norma de aplicação imediata e vincula a entidades públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas.

Considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado

e da sociedade e que podem ou não encontrarem-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a idéia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.

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

### **3.8 QUAL A HIERARQUIA QUE OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS POSSUEM APÓS A EMENDA 45/04?**

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o *quorum* que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988.

### **3.9 O PROCEDIMENTO PREVISTO NO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 É COMPULSÓRIO PARA TODOS OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ASSINADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC N. 45/04 OU APENAS TRATA-SE DE UMA FACULDADE ATRIBUÍDA AO CONGRESSO NACIONAL?**

A melhor resposta para o questionamento suscitado segue o raciocínio de que o comando exarado da norma constitucional prevista no art. 5º, § 3º teve como propósito maior acentuar o relevo e o caráter especial atribuído aos tratados de direitos humanos, alçando-os ao

*status* equivalente de emendas constitucionais e passando a integrar as disposições de direitos fundamentais, por esta razão o procedimento deve ser obrigatoriamente adotado sempre que pretenda-se proceder a internalização de um tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assinado após a entrada em vigor da EC 45/04.

### **3.10 UM TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADO PELO BRASIL E SUJEITO, COM SUCESSO, AO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO COM A EC 45/04, PODERÁ REVOGAR DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL A CUIDAR ANTERIORMENTE DA MESMA MATÉRIA, AINDA QUE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PRECEDENTE SEJA MAIS BENÉFICA?**

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

Outra maneira que consideramos mais adequada para transpor esta dificuldade pode partir do reconhecimento do conflito e seguir para uma busca de compatibilização. Caso se chegue a um ponto que sinalize para impossibilidade de conciliação, o recurso que a doutrina contemporânea tem mais prontamente apontado indica a priorização da norma mais favorável ao direito pessoal em questão, independentemente de ser a norma constitucional ou internacional.

### **3.11 UMA VEZ RATIFICADOS UM TRATADO DE DIREITOS HUMANOS, SOB QUAIS CONDIÇÕES SERIA CABÍVEL FALAR EM APLICABILIDADE IMEDIATA?**

Segundo Cançado Trindade existem dois grupos formados em torno da questão da aplicabilidade dos tratados: (i) os que possibilitam um efeito direto a suas disposições, tidas como *self-executing* ou de aplicabilidade direta; e (ii) os que o direito constitucional determina que, apesar de ratificados, não se transformem *ipso facto* direito interno, posto que para alcançarem tal efeito carecem de legislação especial.

No que concerne à aplicação, no entanto, não deve prosperar a tese de que os tratados de direitos humanos só terão aplicabilidade imediata após a aprovação pelo *quorum*

estabelecido no §3º do art. 5º da Constituição de 1988, pois quando o Constituinte originário preceituou que “as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, incluiu quer as normas expressas no texto constitucional, quer as normas implícitas, como também as definidoras desses direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais, sem estipular quais deveriam ser essas normas, se provenientes do direito interno ou do direito internacional, acentuando apenas que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria simples ou qualificada.

### **3.12 É POSSÍVEL A APROVAÇÃO DE UM TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS COM QUORUM DE MAIORIA SIMPLES MESMO DEPOIS DO ADVENTO DA EC N. 45/04?**

Segundo o posicionamento jurisprudencial tradicional, a resposta é afirmativa e nesta condição os tratados aprovados por *quorum* de maioria simples adquirem *status* de lei ordinária, como qualquer outro tratado ratificado pelo país, sujeitando-se a regra geral de que a lei posterior derroga lei anterior.

Contudo, nosso raciocínio é um pouco diverso, tendo por fundamento a compreensão de que após a EC n. 45/04, tornou-se compulsório para internalização de um tratado sobre direitos humanos submetê-lo ao procedimento instituído no art. 5º, § 3º da Constituição, no caso de não se alcançar o *quorum* qualificado para sua aprovação com *status* equivalente as normas constitucionais, atingindo-se apenas o *quorum* de maioria simples, o tratado internalizado adquire um *status* normativo diferenciado, ou seja, hierarquicamente se posicionará abaixo da constituição, mas acima da lei (supralegalidade).

### **3.13 APÓS A APROVAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS DE ACORDO COM O PROCEDIMENTO PREVISTO PELA EC N. 45/04, ESTES PODEM SER DENUNCIADOS PELO PODER EXECUTIVO, SEGUINDO A REGRA GERAL DE DENÚNCIA DOS TRATADOS?**

A nova redação dada pela EC n. 45/04, ao equiparar os tratados internacionais de direitos humanos à emenda constitucional, impossibilitou a denúncia dos mesmos, pois os referidos tratados dizem respeito a direitos e garantias individuais, e uma vez introduzidos no ordenamento jurídico do país tornam-se materialmente e formalmente constitucionais, sendo considerados cláusula pétrea conforme disposição do art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988, isto é, asseguram o núcleo material da constituição que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional, portanto passam a ser insuscetíveis de denúncia.



### **3.14 DE QUE FORMA O TEXTO DOS TRATADOS, UMA VEZ INCORPORADOS PELO RITO FUNDADO PELA EC N. 45/04, PASSARIAM A INTEGRAR O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE?**

Uma mera formalidade envolve esta indagação, mas que não deixa de ser importante. Para este questionamento existem três hipóteses, primeiro os tratados poderiam ser acrescidos no interior catálogo constitucional, contudo esta alternativa parece ser a menos apropriada tendo em vista o rol já extenso e asistemático dos direitos fundamentais contido na Constituição. Uma segunda hipótese seria o acréscimo dos tratados internalizados ao final do texto constitucional, ou ainda o tratado poderia ser um texto constitucional em separado, configurando uma situação de uma norma formalmente constitucional, porém sem estar integrada ao texto da Lei Maior.

Contudo, todas as hipóteses acima suscitadas não parecem ser as fórmulas mais adequadas para cumprir esta formalidade, pois o novo dispositivo pretendeu atribuir aos tratados sobre direitos humanos um *status* privilegiado equivalente as normas constitucionais, isto porque a doutrina sobre a constitucionalização dos tratados não significa que os tratados passem a fazer parte literalmente da Constituição, mas indica que estes valem como um texto constitucional. Portanto, nada obsta que no aspecto formal continue o mesmo modelo normativo utilizado para a internalização dos tratados em geral, desde que sujeito ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição e assegurado que sendo bem sucedido o procedimento de internalização do tratado, seu conteúdo passará hierarquicamente a equivaler a uma norma constitucional.

### **3.15 EM QUE MOMENTO DO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS TEM LUGAR O NOVO PROCEDIMENTO PREVISTO NO §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988?**

Há duas linhas de raciocínio para enfrentar esta questão. A primeira, parte da idéia de que os tratados devem sofrer todo o trâmite tradicional previsto pela constituição antes da EC n. 45/04, em que somente depois de assinados pelo Presidente da República, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso Nacional nos termos no art. 49, I da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados, poderiam, mais tarde, quando o Parlamento optasse por atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, poderiam ser novamente apreciados pelas Casas Legislativas, para cumprirem a exigência do *quorum* qualificado preceituada no §3º do art. 5º da Constituição de 1988.

O segundo raciocínio parte da concepção de que depois de assinados pelo Chefe do Poder Executivo, tais tratados seriam imediatamente submetidos ao procedimento estabelecido pela EC n. 45/04, suprimindo-se, em função do critério da especialidade, a fase prevista no art. 49, I da Constituição de 1988, autorizando a futura ratificação do acordo com a aprovação necessária para que o tratado, uma vez encaminhado para o Presidente da República e sendo por ele ratificado e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico em situação de equivalência as emendas constitucionais. Neste caso, ficaria dispensada a segunda manifestação congressional após o tratado encontrar-se concluído e produzindo efeitos.

Um questionamento dirigido a este posicionamento pontua que um tratado mesmo já ratificado poderá jamais entrar em vigor, como por exemplo, nos casos dos tratados condicionais ou a termo, em que o procedimento internacional exige um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Assim, não se poderia conceber que algo que nem mesmo existe juridicamente tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico, inclusive com poder de reformar a Constituição.

Entretanto, é preciso considerar que a submissão obrigatória e imediata ao procedimento estatuído pela EC n. 45/04 não significa a automática internalização do tratado, pois a exigência do *quorum* qualificado constitui-se, em certa medida, num obstáculo para sua aprovação. Além disso, é preciso considerar que o conteúdo do tratado que versa sobre direitos humanos é que se pretende proteger e, neste sentido, mesmo que o documento internacional não entre em vigor, importa que a substância contida no tratado que visa à proteção da pessoa humana passa a ter alcance interno de direito fundamental acolhido com base nos dispositivos integrados do §§ 1º, 2º e 3º da Constituição de 1988.

### **3.16 HÁ DIFERENÇA EM AFIRMAR QUE OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS TÊM “STATUS DE NORMA CONSTITUCIONAL” E DIZER QUE ELES SÃO “EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS”?**

A resposta é positiva. A afirmação de que um tratado internacional conta com “*status* de norma constitucional” indica que eles integram o bloco de constitucionalidade material da Constituição, e dizer que os tratados internacionais são “equivalentes as emendas constitucionais” significa dizer que além de materialmente constitucionais, eles deverão ser também formalmente constitucionais, tendo, portanto, a mesma potencialidade jurídica de uma emenda. O que resultaria em dois efeitos elementares:

Em primeiro lugar, implica que eles passarão a reformar a Constituição, sempre que forem mais benéficos que as disposições constitucionais vigentes, pois, caso contrário, aplicar-se-á a regra da disposição mais benéfica para a vítima da violação do direito humano. Em segundo lugar, indica que eles não poderão ser denunciados, pois mesmo que um

tratado preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são, em matéria de direitos humanos, cláusulas pétreas do texto constitucional (art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988), tornando a denúncia é impossível.

### **3.17 A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 É COMPULSÓRIA OU FACULTATIVA EM RELAÇÃO AOS TRATADOS RATIFICADOS ANTES DA EC N. 45/04?**

A melhor resposta consiste em considerar a observância do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 de caráter facultativo para os tratados internalizados após a EC n. 45/04, pois seria intrincado e até contraditório promover a conciliação da fórmula que trouxe complexidade para ratificação de um tratado de direitos humanos sob a nova regra, com a generosidade e abertura para inclusão no catálogo de novos direitos fundamentais, consagrada no art. 5º § 2º da Lei Maior, e o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, previsto no art. 4º da constituição, isso sem levar em consideração a discussão em torno do § 1º do art 5º da Constituição.

### **3.18 A INTERNALIZAÇÃO DE UM TRATADO SOBRE DIREITOS HUMANOS CONFORME O PROCEDIMENTO PREVISTO NO § 3º, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 IMPORIA A PROMULGAÇÃO DIRETA PELAS MESAS DA CÂMARA E DO SENADO, ASSUMINDO A FORMA DE EMENDA E PERDENDO A FORMA DE TRATADO INCORPORADO OU, APÓS A PROMULGAÇÃO, SERIA AINDA EXIGÍVEL A RATIFICAÇÃO DO TRATADO-EMENDA ATRAVÉS DO DEPÓSITO?**

A doutrina sobre a “constitucionalização” dos tratados não significa que os tratados fazem parte da Constituição, mas indica que “vale” como um texto constitucional. O tipo de procedimento de assimilação pode ocorrer de diversas formas:

- 1) *Constitucionalização mediata e imediata*: i) Imediata - Se a Constituição menciona explicitamente quais são os instrumentos internacionais em questão (por exemplo: art. 75, XXII da Constituição Argentina), trata-se de uma hierarquia constitucional imediata do tratado de direitos humanos; ii) Mediata - O próprio caso argentino autoriza a “constitucionalização” de outros tratados de direitos humanos pelo Congresso, desde que submetidos ao quorum qualificado de 2/3 dos membros de

cada uma das Casas, trata-se de uma hierarquia constitucional mediata. Após a EC n. 45/2004, o Brasil passou a admitir a hierarquia constitucional mediata.

- 2) Outro aspecto procedimental consiste na *plena eficácia* dos direitos consignados em tratados explicitamente referidos na Constituição (art. 46 Constituição Nicarágua). Neste caso a Constituição não diz expressamente que o tratado possui hierarquia constitucional, mas de qualquer forma tem este nível, já que o texto constitucional os declara vigentes no país. Assim, se uma lei ordinária, se opuser a algum dos ditos tratados, também se oporia ao preceito constitucional que os proclama como obrigatórios. Os tratados, nesta hipótese, têm hierarquia constitucional imediata.
- 3) Em outras situações a opção é por uma assimilação genérica do tratado ao texto constitucional (art. 105 de Constituição do Peru de 1980 – “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional”). A constituição envolve tanto os tratados presentes como futuros, ou seja, estabelece a hierarquia constitucional mediata e imediata.

### **3.19 COMO SE DESENVOLVE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA 45/04?**

Em relação aos tratados sobre direitos humanos internalizados antes da EC n. 45/04, entendemos que estes foram recepcionados com *status* equivalente a emendas constitucionais e, portanto, ocupam lugar de prestígio na ordem jurídica, configuram disposições amparadas pela proteção imposta como limite material ao poder reformador estabelecida no art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988 e sendo assim, revogam as disposições em contrário e pelo exercício do controle de constitucionalidade inviabilizam a manutenção no conjunto da ordem jurídica de normas incompatíveis com suas disposições através do controle de constitucionalidade.

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

O atual procedimento introduzido pela EC n. 45/04, contudo, não elimina a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos, vir a ser internalizado com um *quorum* de maioria simples. Neste caso, no aspecto formal, o mencionado tratado não

contará com a hierarquia equivalente a emenda constitucional. A circunstância referida invoca a necessidade de revisão da orientação jurisprudencial seguida pelo STF, a fim de considerar a hierarquia destes tratados com uma hierarquia supralegal, isto é, tratados que no aspecto formal encontram-se abaixo da constituição, porém hierarquicamente situados acima de todas as demais normas infraconstitucionais, revogando as disposições inferiores com ele incompatíveis.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário? *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n.197, p.38-39, mar. 2005.

ARIOSI, Mariângela F. *Controle de Constitucionalidade dos Tratados*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5941>>. Acesso em: 02 dez. 2007

AYALA CORAO, Carlos M. *El Derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*. Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de (orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANÇADO TRINDADE, A.A. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2000.

\_\_\_\_\_. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

\_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 113-118, 1998, pp. 88-89.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

EMERIQUE, Lilian M. Balmant. *Direito fundamental como oposição política*. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_; GOMES, ALICE Maria M.; SÁ, Catharine F. de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, n. 8, jun 2006, p. 123-170.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de la los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996,.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. "Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro." In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 4, jul.-dez, 2004, p. 635-636.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

- GUERRA, Sidney. *Direito internacional público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Temas emergentes de direitos humanos*. Campos dos Goitacazes: Ed. FDC, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para a ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- \_\_\_\_\_. Globalização, informação e direito fundamental à privacidade. *Revista Z Cultural do Programa Avançado de Cultura Contemporânea*, v. 01, p. 01-35, 2006.
- \_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. IX, p. 06, 2003.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, direitos humanos ou liberdades públicas?. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 06, p. 1, 2002
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2006
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: *Revista Forense*, vol. 387, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 109.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t IV. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988." *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.
- SILVA, Nascimento, ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62
- TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et all] (Coor.). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.