

A validade das normas de tratados internacionais sobre direitos humanos no Direito brasileiro

Leonardo Fayad Gnoato

Analista do MPU. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR).

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar a validade jurídica das normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos. Para tanto, estudam-se a incorporação e a validade dos tratados internacionais gerais no Direito brasileiro. Com base nessas premissas, é possível examinar os tratados sobre direitos humanos, bem como seu processo de incorporação, o grau hierárquico em relação às regras constitucionais e, finalmente, a eficácia e a validade dessas normas na ordem jurídica nacional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Emenda Constitucional n. 45/2004. Direito Internacional. Tratado. Direitos humanos. Incorporação.

Abstract: This paper intends to analyze the juridical validity of the rules of international treaties on human rights. Thus, it studies the incorporation and validity of general international treaties on the Brazilian Right. Following these premises, it is possible to examine the treaties on human rights, as well as their incorporation process, their hierarchical status towards constitutional rules and, at last, the efficacy and validity of these rules in the national juridical order.

Keywords: Constitutional Law. Constitutional Amendment 45/2004. International Law. Treaty. Human rights. Incorporation.

Sumário. 1 Introdução. 2 Incorporação de normas internacionais no Direito brasileiro. 2.1 Validade e aplicabilidade de normas internacionais no ordenamento brasileiro. 3 Incorporação de normas internacionais sobre direitos humanos no Brasil. 3.1 A regra antes da Emenda Constitucional n. 45/2004. 3.2 O advento da regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira. 3.3 A validade das normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas no ordenamento brasileiro. 4 Conclusão.

1 Introdução

Ao considerar o consenso global de que as barbáries experimentadas durante a Segunda Guerra Mundial jamais poderão ser repetidas, um dos maiores objetivos jurídicos atuais a ser buscado pela comunidade internacional é o da universalização dos direitos humanos.

No ano em que se decretou o fim da Segunda Grande Guerra, houve uma mobilização internacional que resultou na implementação da Organização das Nações Unidas. Nas palavras de Piovesan e Ikawa (2005, p. 50),

é nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

A Carta das Nações Unidas, que na prática deu as bases para a instituição do órgão em 1945, estabeleceu os alicerces para a implementação de direitos humanos de natureza universal, incluindo, entre outros órgãos, a Corte Internacional de Justiça, na Haia, Holanda¹. Deste modo, o documento visa afastar o argumento de que o direito humano somente poderá ser garantido se constante expressamente no ordenamento interno ou na competência interna

1 Breve histórico da Corte pode ser visto em seu *site* oficial (em inglês): <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

de cada país. A carta, portanto, pautou as premissas ali presentes como ponto de partida para a proteção dos direitos humanos tanto no âmbito internacional, na confecção de novos tratados e pactos internacionais, quanto no direito interno. Neste sentido, foram firmados os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Este processo, consagrado alguns anos depois com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1948, fez com que fosse inaugurada uma nova era do ponto de vista jurídico e humanitário. Firmado, inicialmente, por 45 países, a Declaração é importante regra jurídica supranacional com vistas a estabelecer direitos humanos universalmente respeitados. Embora não seja propriamente um tratado internacional, caracteriza-se, diante da *opinio juris*, como costume internacional (GODINHO, 2006, p. 8-14).

Nesse contexto, “os direitos humanos ganham força sob a égide da Organização das Nações Unidas onde foram produzidos vários tratados internacionais para a proteção dos referidos direitos” (GUERRA, 2008, p. 54).

De acordo com a visão histórica do primeiro grande documento sobre direitos humanos de índole universal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida no âmbito da Revolução Francesa de 1789, “uma *declaração dos direitos do cidadão* não deve ser vista como uma série de leis, mas, sim, de princípios” (SIEYÈS, 2008, p. 53).

Nessa linha de raciocínio, é necessário que as normas internacionais, independentemente de seu tema, tenham a devida eficácia no ordenamento jurídico interno. Assim, as fontes normativas deverão ser incorporadas no direito nacional para terem vigência e, conseqüentemente, efetividade, no plano interno.

Nas palavras de Canotilho (2003, p. 369), a respeito da importância da inserção de normas de Direito Internacional nos ordenamentos internos,

A abertura internacional significa [...] a afirmação do *direito internacional* como direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras como *medida de justiça*, vinculativa da própria ordem jurídica interna. Neste sentido se fala de *amizade para com o direito internacional*, conducente, em último termo, à ideia de *Estado internacionalmente limitado*. A consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como *medidas de justiça* justifica também o apelo ao *princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem* tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados de Direito Internacional. [grifos do autor]

Com a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, abriu-se a possibilidade de equiparação de tratado internacional sobre direitos humanos às emendas constitucionais. Desta forma, o objetivo principal deste artigo é analisar como a nova regra sobre o tema alterou o rito de incorporação das convenções internacionais, bem como a hierarquia, a validade e a eficácia dessas normas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, para melhor compreender de que maneira as normas internacionais de direitos humanos são recepcionadas pelo ordenamento brasileiro, é necessário estudar qual a forma básica para a incorporação das normas de diversas categorias, para depois analisar, especificamente, o caso dos direitos fundamentais, afinal, os direitos humanos mereceram enfoque especial na ordem jurídica, haja vista o fato de os diversos sistemas jurídicos – tanto nacionais quanto internacionais – terem reservado tratamento diferenciado no tocante à incorporação de normas referentes a direitos humanos.

Neste artigo, as diferentes designações para os tratados internacionais (convenção, acordo, documento etc.) serão consideradas sinônimas. Além disso, apesar de parte da doutrina enfatizar direitos do homem no plano internacionalista (*jusnaturalista*) e os direitos fun-

damentais no âmbito interno (mediante limitação temporal e espacial), conforme Canotilho (2003, p. 393) não será realizada tal separação terminológica por escapar do enfoque principal a ser examinado.

2 Incorporação de normas internacionais no Direito brasileiro

Nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, há determinadas cláusulas gerais que auxiliam as autoridades competentes nas questões atinentes aos tratados internacionais. Conforme Rezek (2008, p. 78), é “inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia”, o que não significa, contudo, necessário o consentimento do Estado com o teor de uma norma jurídica internacional.

No Brasil, na ordem constitucional introduzida em 1988, é competência privativa do presidente da República, enquanto chefe do Poder Executivo, manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, conforme art. 84, VII e VIII. Ato contínuo, o inciso I do art. 49 da Constituição pátria determina que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

No procedimento adotado pela República brasileira, exceção feita aos acordos executivos, nos quais não se exige aceitação do Poder Legislativo (conforme MELLO, 2004, v. 1, p. 236-237, e REZEK, 2008, p. 26), a vontade do Executivo somente se aperfeiçoa por decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade jurídica do acordo internacional firmado.

Dessa forma, uma vez concluídas as negociações, o presidente encaminha o tratado recém assinado para aprovação parlamentar. Caso o aprove, o Congresso expede decreto legislativo, que deverá ser publicado no Diário Oficial, contendo o teor do ato internacio-

nal. Por outro lado, em caso de rejeição, encaminha-se *mensagem* informando o Executivo.

Sobre as relativamente frequentes emendas ao tratado apresentadas pelo Congresso, Mello (2004, v. 1, p. 238) aponta a sua impossibilidade, por configurarem uma inconstitucional “interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação”. Ao Congresso somente seria constitucionalmente aceitável formular reserva a determinadas cláusulas do tratado, “desde que cabível [...] dentro dos estritos limites do tratado” (MELLO, 2004, v. 1, p. 238).

Ainda, pode o Congresso reexaminar um tratado não aprovado na mesma legislatura, somente existindo impedimento constitucional para reapreciação na mesma sessão legislativa.

Quanto à fase parlamentar, a Constituição não aponta solução explícita. Entretanto, dentro do Congresso Nacional, é de praxe o tratado ser analisado, ao menos, pelas comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça. A depender do assunto da avença internacional, poderá ser apreciado por outras comissões parlamentares, como a de Direitos Humanos e Minorias². Uma vez aprovado o tratado, é expedido um Decreto Legislativo, assinado pelo presidente do Congresso. Em se tratando de decreto legislativo, não há sanção presidencial, tão somente a permissão ao presidente, no exercício de sua discricionariedade, a ratificar o tratado com as outras partes envolvidas.

Há discussão em doutrina sobre a validade da ratificação imperfeita, ou seja, nos casos em que o tratado internacional foi

2 Relação das comissões permanentes da Câmara dos Deputados consta no site <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes>>. Acesso em: 6 dez. 2013. As comissões do Senado Federal podem ser encontradas em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/?4>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

ratificado sem passar pelo crivo parlamentar interno, ou quando a avença entre países contrariar regra de direito constitucional interno. Conforme Mello (2004, v. 1, p. 239-40), o tratado somente seria nulo se a violação do direito interno fosse evidente ou de “disposição clara e não ambígua”, com fundamento na Convenção de Viena sobre direito dos tratados. Entretanto, o acordo internacional que infringir regra interna terá validade no âmbito entre nações, sendo, inclusive, exigível.

Uma vez promulgado o decreto presidencial, a norma internacional terá validade no âmbito jurídico interno. Com a sua publicação, o teor da negociação é materializado, bem como é autorizada a execução do tratado, já que externamente a norma imediatamente se encontrava exigível. A exceção, para Mazzuoli (2001, p. 175), reside nos tratados sobre direitos humanos, os quais terão, em virtude do § 1º do art. 5º da Constituição, aplicação imediata a partir da ratificação.

Portanto, a promulgação pelo presidente da República se presta a confirmar que a avença internacional foi concluída validamente e pode ser exigível juridicamente no direito interno. Inclusive, abre a possibilidade de o tratado ser discutido em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Após ser publicado o decreto executivo no Diário Oficial, fixa-se o início de sua vigência, aplicando-se, conforme o caso, *vacatio legis* especificamente prevista ou a regra geral da Lei de Introdução ao Código Civil.

Em relação à recepção das outras fontes normativas internacionais, tem-se que este processo é mais espontâneo e informal se comparado aos tratados. Considerando que nem mesmo o tratado, instrumento normativo internacional escrito por excelência, dispõe de legislação específica para regular sua inserção no ordenamento jurídico nacional, as demais fontes, mais fragmentadas em sua origem do que as convenções, tampouco foram consagradas com lei que regulamente sua entrada na ordem jurídica nacional.

2.1 Validade e aplicabilidade de normas internacionais no ordenamento brasileiro

Conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, documento que serve de base para o estudo das fontes de Direito Internacional, inexistente hierarquia entre as fontes de normas internacionais. Ocorre, efetivamente, conflito de normas no tempo, no espaço e em relação à especificidade.

Dessa forma, quanto às normas de Direito Internacional, excetuando os direitos humanos (que seguem o critério do *jus cogens*), aplica-se, em regra, a sucessão de normas consagrada na teoria geral do Direito, se houver identidade de partes pactuantes.

Assim, prevalecerá, no âmbito internacional, o princípio de a norma mais recente derrogar a mais antiga bem como o de a norma mais específica derrogar a geral. O mesmo ocorre se duas soberanias pactuarem sobre determinado tema, e posteriormente os mesmos países, em conjunto com um terceiro, realizarem novo acordo, derrogando o pacto inicial.

Contudo, se diversos os países pactuantes, prepondera a regra *pacta sunt servanda*, haja vista a inexistência de hierarquia entre diferentes instrumentos normativos em âmbito internacional. Como forma de resolução de conflitos, a Carta da ONU prevê no artigo 103 que, se a disputa jurídica se der em virtude da Carta, ela prevalecerá.

Questões maiores surgem em relação ao conflito entre tratados e normas internas. Por ser matéria de Direito Internacional regulada pelo Direito Interno, há grande divergência entre o entendimento da comunidade internacional, que defende a supremacia da norma internacional, e as ordens jurídicas internas, que veem superioridade da norma interna. Contudo, de acordo com Accioly; Nascimento e Silva; Casella (2009, p. 211), é praticamente consenso dentro do Direito Internacional que lei interna não deve prevalecer sobre tratado.

Ressalte-se que há responsabilidade internacional pelo não cumprimento de cláusulas convencionais, não importando se o tratado foi modificado por lei superveniente no plano interno, conforme artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Assim, se equiparada a lei interna, determinada norma internacional poderá ter dois valores jurídicos diferentes. Para evitar tal “aberração”, deve-se favorecer o entendimento consagrado na Convenção sobre Tratados, em que estes somente poderão ser alterados por instrumento equivalente, jamais modificável por lei interna, sob pena de provocar ilícito internacional.

A discussão é assim sintetizada por Mello (2004, v. 1. p. 124) em prol da supremacia das normas internacionais sobre as normas internas:

O conflito entre 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 DI; o que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: *a)* uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um ‘processo’ de responsabilidade internacional; *b)* uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Uma vez incorporados na ordem jurídica nacional, não importando o grau hierárquico frente às normas locais, fato é que os tratados, enquanto normas de caráter abstrato e geral, se submetem ao controle de constitucionalidade interno. Diante do modelo adotado pela República brasileira, abre-se a possibilidade de controle do decreto legislativo que permite a ratificação do tratado pelo presidente, obstando a recepção do tratado. Ainda, prevê a Constituição, no art. 102, I, *p*, que o Supremo Tribunal Federal pode retardar ou suspender a ratificação de tratados em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Tanto é que o próprio art. 102, III, *b*, estipula que cabe ao STF julgar recurso extraordinário de decisão declaratória da inconstitucionalidade de tratado.

3 Incorporação de normas internacionais sobre direitos humanos no Brasil

Conforme Canotilho (2003, p. 1170), “designam-se por *normas de direitos fundamentais* todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais” [grifo nosso]. A par da diferenciação entre direitos fundamentais, humanos e individuais, fato é que os direitos humanos detêm, por seu caráter diferenciado, regramento específico no que tange à sua incorporação como norma interna.

Costuma-se entender os direitos humanos na ordem constitucional brasileira como pertencentes a três categorias. Enquadram-se, para Ferreira Filho (2008, p. 295-297), os direitos individuais como expressos, implícitos (decorrentes do regime e dos princípios da Constituição) e provenientes de tratados internacionais.

Os direitos fundamentais expressos são aqueles arrolados, principalmente, no art. 5º da Constituição. Por sua vez, os implícitos estão subentendidos no sistema das garantias constitucionais, como o direito à identidade pessoal (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 194).

Finalmente, os advenientes de tratados internacionais, que frequentemente constituem direitos e garantias já implícitos na Constituição, reafirmando-os, de acordo com Ferreira Filho (2008, p. 297). Fazem parte do chamado *bloco de constitucionalidade* e incorporam direitos fundamentais ao sistema da Constituição. No mínimo, ainda conforme Ferreira Filho (2008, p. 297), “o que o tratado pode trazer de importante não é o seu direito [...], mas o seu regime (o modo e as limitações de seu exercício)”.

Considerando que incumbe ao Direito Constitucional analisar as duas primeiras classes de direitos humanos, passar-se-á ao estudo do modo pelo qual os direitos humanos oriundos de tratados internacionais são integrados (incorporados, recepcionados) no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A regra antes da Emenda Constitucional n. 45/2004

Diferentemente das constituições anteriores, a Constituição Federal promulgada em 1988 estabelece, no § 2º do art. 5º, que os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional não excluem os direitos que porventura o Brasil venha a aderir mediante tratados internacionais. Desta forma, ainda que indiretamente, os documentos internacionais (em sentido amplo) estipuladores de direitos humanos já recebiam na ordem jurídica nacional o mesmo valor dado aos direitos humanos previstos constitucionalmente, seguindo entendimento de Piovesan (2009, p. 52), tendo eficácia imediata, de acordo com o § 1º do artigo constitucional citado. O mesmo ocorria com os princípios gerais de Direito e os costumes internacionais, que podem prever regras cogentes a todas as soberanias.

Disso decorrem duas conclusões. A primeira, de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, já eram considerados materialmente constitucionais, por tratarem de direitos e garantias fundamentais. E a segunda, de que os tratados internacionais ratificados anteriormente à Constituição de 1988 nela se incorporaram, ao menos materialmente.

À margem do debate acerca do *status* constitucional previsto para os tratados de direitos humanos antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, discussão apresentada por Piovesan (2009, p. 71 e segs.) e Canotilho (2003, p. 820), o modo pelo qual os tratados internacionais eram integrados no ordenamento jurídico nacional era o mesmo, não importando o seu tema. As divergências em doutrina travadas restringem-se, em última análise, portanto, a averiguar a hierarquia das regras oriundas de avenças internacionais sob o ponto de vista normativo.

Efetivamente, o novo § 3º inovou ao estabelecer regime constitucional diferenciado a tratados de direitos humanos, equiparando-os formalmente a emendas à Constituição se seguido o mesmo rito designado pelo artigo 60, § 2º, da Lei Maior, o que será mais detalhadamente analisado a seguir.

3.2 O advento da regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira

Com o novo rito constitucionalmente previsto para a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira, parte da doutrina (por todos, veja-se MORAES, 2006, p. 314) considera discricionariedade do Congresso Nacional incorporar o documento *inter nationes* como emenda à Constituição ou como lei ordinária.

Independentemente de haver discricionariedade congressional na classificação do tratado como de *status* de emenda constitucional ou meramente de hierarquia constitucional, fato é que o novo § 3º do art. 5º não demonstra claramente o modo pelo qual os tratados internacionais deverão ser incorporados na ordem jurídica brasileira.

Isso porque o novo dispositivo constitucional não solucionou as dúvidas existentes sobre hierarquia e validade dos tratados de direitos humanos a ele anteriores. O § 3º, pelo contrário, diante de sua confusa redação, pode dar a entender que, somente a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos poderão ter valor de regra constitucional mediante aprovação com *quorum* de emenda à Constituição. Não obstante a redação do anterior § 2º não ter excluído os direitos humanos oriundos de tratados internacionais, como visto acima, não há uniformidade na doutrina em se atribuir, antes da Emenda n. 45, hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por outro lado, em relação aos tratados anteriores à Emenda, “é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional” (REZEK, 2008, p. 103).

Considerando que o rito específico tratado no novo § 3º do art. 5º não pode logicamente significar um decréscimo no sistema jurídico constitucional, tampouco estabelecer reapreciação de tratados já integrados no ordenamento sob o novo procedimento, a Emenda não se aplica aos casos a ela anteriores.

Desse modo, para a convenção internacional sobre direitos humanos ser devidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, incumbe a cada uma das Casas do Congresso realizar duas votações, com o *quorum* de três quintos para aprovação, ou seja, seguir o rito para a elaboração de Emenda à Constituição. Deste modo, terá a norma *status* constitucional, tanto formal quanto materialmente.

Caberá ao Executivo estabelecer o rito do tratado a ser apreciado, ao encaminhar o procedimento pelo qual o documento será analisado: ou seguindo o novo rito, à semelhança das emendas, ou sob o rito anterior. Em não se realizando tal procedimento, o tratado internacional terá, mesmo assim, validade de norma materialmente constitucional, entretanto deixará de adquirir caráter formalmente constitucional.

Com essa proposta de interpretação, evita-se a aplicação do novo dispositivo de maneira anacrônica, restringindo direitos humanos. Afinal, como diz Piovesan (2009, p. 348), de nada adiantaria a Emenda n. 45 ter acrescentado o § 3º ao importantíssimo art. 5º da Constituição com a intenção de criar dois universos jurídicos diversos para o mesmo tema. Dessa maneira, não faz sentido existirem normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos, muitas vezes com o mesmo teor (e.g., uma convenção universal e outra, regional, sobre o mesmo tema), em categorias jurídicas distintas, com peso hierárquico diferenciado, sob pena de inconstitucionalidade do novo dispositivo³. A alteração

3 Sobre da possibilidade de averiguação da inconstitucionalidade de Emenda pelo STF, veja-se o julgamento da Adin n. 1.946/DF – Pleno – Medida liminar – rel. min. Sydney Sanches. Informativo STF, n. 241.

é a possibilidade de o tratado vir a ser equiparado a uma emenda constitucional, tornando-se regra formalmente constitucional para que se evite a inserção de uma regra materialmente constitucional mediante *quorum* de maioria simples.

3.3 A validade das normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas no ordenamento brasileiro

Diante da constitucionalidade material das normas sobre direitos humanos, em virtude tanto dos §§ 1º a 3º do art. 5º, quanto do inciso III do art. 1º e do inciso II do art. 4º, todos da Constituição, deflui-se que as normas garantidoras de direitos fundamentais oriundas de tratados internacionais se incorporam definitivamente no corpo da Constituição. Nesse sentido, defendendo inclusive o caráter supraconstitucional das normas internacionais (MELLO, 2004, v. 1, p. 836).

Desse modo, os três primeiros parágrafos do art. 5º reafirmam a ideia de superioridade, sob o ponto de vista hierárquico-jurídico, dos direitos humanos sobre as demais categorias de direitos.

Pode-se então concluir que o tema relativo aos direitos fundamentais se encontra no ápice da hierarquia jurídica constitucional. Isso porque os primeiros artigos da CF asseguram aos direitos humanos *status* superior em relação a outros temas. Levando-se em conta que a dignidade da pessoa humana é fundamento tanto da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), quanto dos tratados de direitos humanos, o bem jurídico protegido é o mesmo, sob diferentes enfoques. O fim último da proteção constitucional é a dignidade da pessoa humana, valor assegurado pelos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos. É, por outro lado, a finalidade objetivada pela ONU, desde a sua fundação, por meio de seus documentos principais, “a proteção dos direitos humanos internacionaliza-se e ultrapassa as fronteiras delimitadas pelo direito interno” (GODINHO, 2006, p. 9-10).

Se seguido o rito previsto para as emendas constitucionais, as convenções internacionais sobre direitos humanos terão eficácia constitucional formal. Sendo assim, serão parte intrínseca da Constituição, impassíveis de emenda, caracterizando-se como cláusulas pétreas. E, sendo imutáveis as regras firmadas em tratados sobre direitos humanos, o Estado não poderá denunciá-las unilateralmente, sob pena de retirar, de seu próprio arcabouço jurídico, cláusula pétrea, impossível conforme art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, muito embora em doutrina ainda não se solidifique essa posição (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2009, p. 222).

Os direitos humanos sempre serão interpretados em prol da norma mais favorável à vítima, de forma dinâmica e não restritiva, vinculando todos os níveis de Governo. Eventual discriminação deverá ser realizada legitimamente, por exemplo favorecendo determinada minoria em detrimento de outra.

Em havendo conflito de normas de direitos humanos, portanto, aplica-se a regra que mais favorecer o titular de direito, seja oriunda de tratado internacional, seja de lei interna. Não se adota o critério *lex posteriori derogat lex priori*, previsto em relação às leis ordinárias.

É considerada a primazia da pessoa humana na elaboração das normas, tanto de direito interno quanto as constantes de acordos internacionais. Assim, “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional” (PIOVESAN, 2009, p. 102).

Assim como ocorre em relação aos tratados que não versem sobre direitos humanos, as convenções de direitos fundamentais também se submetem ao controle de constitucionalidade, independentemente da hierarquia na qual suas normas sejam consideradas dentro do ordenamento nacional.

Entretanto, se considerado o caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, é impossível ser discutida a eventual inconstitucionalidade de tratado a ser incorporado no ordenamento nacional, pois norma de hierarquia superior não poderá ser confrontada em face de regra hierarquicamente inferior, ou seja, se o tratado tiver supremacia frente à Constituição, ele não poderá ter sua constitucionalidade debatida. Em virtude disso, posicionam-se os tratados sobre direitos fundamentais no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, materialmente.

Sob o prisma internacional, é inegável a personalidade do indivíduo, ainda que reduzida sua capacidade de postular em juízo internacionalmente, considerando que o Direito foi criado pelo homem para atender às necessidades dos seres humanos, protegendo desde o bem mais supérfluo aos direitos fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, a doutrina internacionalista atribui aos tratados sobre direitos humanos regramento diferenciado do conferido aos tratados que versem sobre outras matérias, como acordos comerciais e aduaneiros, por exemplo. Nas palavras de Mello (2000, p. 203), “os direitos humanos têm [...] um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e devem predominar sempre”. Afinal, “os tratados e instrumentos de proteção se desenvolveram, em suma, como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos” (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 215).

4 Conclusão

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, tentou-se solucionar a dúvida doutrinária (por conseguinte, jurisprudencial) que ainda existe acerca da hierarquia entre normas internacionais sobre direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que a Emenda da “Reforma do Judiciário” ficou omissa em relação ao tratamento conferido às convenções inter-

nacionais sobre direitos humanos integradas no Direito brasileiro antes de 2004. Com isso, o constituinte derivado não previu de que modo os tratados de direitos fundamentais já ratificados terão validade dentro da hierarquia normativa presente no Brasil⁴.

Disso decorrem algumas complicações práticas, mormente no tocante ao Pacto de San José da Costa Rica, que prevê normas conflitantes com dispositivos constitucionais, por exemplo a vedação da prisão civil por dívida no acordo multilateral e a possibilidade, no Brasil, de prisão do depositário infiel, por meio do inciso LXVII do art. 5º da Constituição⁵.

Tendo-se por princípio a maior efetividade das normas constitucionais bem como a prevalência dos direitos humanos consagrada no art. 4º, II, da própria Constituição, entende Francisco (2005, p. 103) que seria de maior lógica atribuir *status* constitucional aos tratados anteriores à Emenda n. 45/2004, ainda que não incorporados pelo rito trazido pelo § 3º do art. 5º.

Afinal, “as normas de proteção dos direitos da pessoa humana não se exaurem no direito interno do Estado; ao contrário, existem direitos que são incorporados na ordem jurídica interna em razão dos tratados internacionais, fazendo inclusive que ocorra uma transmutação hermenêutica dos direitos fundamentais” (GUERRA, 2008, p. 263).

4 Pedro Dallari (2005, p. 95) defende que a inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição foi “contraproducente” aos tratados já ratificados, entendendo improvável, no atual contexto geopolítico, a edição de novos tratados de direitos humanos, pois “investe-se nos dias atuais muito mais no fortalecimento de uma estrutura institucional, inclusive de feição judicial, voltada a garantir a efetividade dos direitos humanos do que na enunciação destes direitos”.

5 Exemplo trazido, entre outros, por Piovesan, 2009, p. 104. Discussão essa travada recentemente no STF, entre outros, no Recurso Extraordinário 466.343 (rel. min. Cesar Peluso), concluindo pela aplicação do disposto no pacto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 21 out. 2009.

Convém citar a severa crítica ao novo dispositivo formulada por Cançado Trindade (2007, p. 209):

[a] bisonha e patética emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004. Esta última outorga *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro (novo artigo 5(3)), tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo *aberto* consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano. Em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de nossos publicistas míopes, tão pouco familiarizados, – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. Os triunfalistas da recente emenda constitucional n. 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no

âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. Em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por estes melancólicos acidentes de percurso.

O mesmo autor afirmava, desde 1991, que é necessário existir maior compatibilidade entre normas internacionais e o direito interno, harmonizando as Constituições com tratados internacionais e tornando mais eficazes os direitos garantidos em ambas as categorias de instrumentos legais.

A Emenda n. 45, por meio do § 3º do art. 5º, foi uma vã tentativa de conciliar os interesses internacionais com os locais, fracassando na resposta aos anseios da comunidade acadêmica internacionalista por não ter sido bem sucedida em seu confuso texto. Surgiram dúvidas, estudadas no decorrer do presente trabalho, em relação à aplicabilidade do § 3º, a quais instrumentos normativos internacionais seriam afetados, a como proceder quanto aos tratados anteriores à Emenda e a qual *status* constitucional seria atribuído às normas de direitos humanos oriundas de convenções internacionais bem como se haveria distinção a depender do rito adotado para a incorporação dessas normas no direito brasileiro.

Finalmente, de forma inclusive a dar maior efetividade à regra constitucional trazida pela Emenda n. 45, conclui-se pelo caráter constitucional, em relação à matéria, dos tratados internacionais de direitos humanos firmados e ratificados pelo Brasil. Em se tratando de aplicação do novo rito, à semelhança do que ocorre com as emendas (*quorum* de três quintos para aprovação), o tratado passa a ser também formalmente constitucional. Os tratados, uma vez ratificados, nunca poderão ser excluídos do ordenamento, pois são cláusulas pétreas diante do art. 60, § 4º, IV, da própria Constituição, que prevê a impossibilidade de proposta de emenda visando a abolir direitos e garantias fundamentais, objeto do acordo internacional. Ainda, uma vez adotado o procedimento previsto no § 3º do art. 5º, a convenção internacional não poderá ser objeto de denúncia.

O primeiro passo desse novo instituto se deu em 10 de julho de 2008, quando o Congresso Nacional aprovou o primeiro (e, até meados de dezembro de 2013, único⁶) tratado internacional com valor de emenda constitucional. O Decreto Legislativo n. 186/2008 aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada em Nova York em 30 de março de 2007, bem como seu protocolo facultativo. Tal Convenção encontra-se devidamente promulgada por meio do Decreto n. 6.949/2009.

Finalmente, considerando que o texto ficou silente quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda n. 45, estes são alçados à hierarquia constitucional, em virtude, também, da impossibilidade prática de revotação desses documentos internacionais no Congresso.

Referências

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Org., trad. e estudo introdutório de GARCIA, Emerson. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual do direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo, Saraiva: 1991.

⁶ Conforme *site* da Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/quadro_DEC.htm>. Acesso em: 6 dez. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.) *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Jornadas de direito internacional público no Itamaraty (2005: Brasília, DF). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. (5^a. reimpr.). Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Pedro Boholometz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 83-98.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. de Vítor Marques Coelho (2. ed.). 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 99-105.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) *Coleção para entender*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Direito constitucional didático*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.) *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Jornadas de direito internacional público no Itamaraty (2005: Brasília, DF) . Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 379-412.

_____. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Atual. e compl. por WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1 e 2. 15. ed. (ver. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. rev. Rio e Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

_____; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) *Constituição e segurança jurídica*. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 47-83.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: Curso Elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.