

## A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Áureo Simões Neto<sup>1</sup>

### RESUMO

A ausência de expressa e clara definição constitucional quanto à incorporação das normas dos tratados internacionais de direitos humanos gera a falta de realização destes em nossa sociedade e a prática de ilícito internacional. A doutrina vem defendendo tese em favor da hierarquia constitucional das normas destes instrumentos, bem como sua recepção automática pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Tal entendimento veio sendo rejeitado pelo STF, que compreendia que a incorporação seria com hierarquia infraconstitucional. O advento do § 3º do artigo 5º da CF/88 gerou na doutrina intenso debate, pois ao invés de expressar claramente a constitucionalidade de todos os tratados internacionais de direitos humanos, com sua redação, deu margem para entendimentos diversos. Faz-se a análise da hierarquia e incorporação destas normas sob a égide deste novo dispositivo constitucional.

### PALAVRAS-CHAVE

Incorporação de tratados, direitos humanos, hierarquia de normas.

### ABSTRACT

The absence of a constitutional definition about the incorporation of the norms in the human rights treaties generates the lack of accomplishment of these in our society and the practice of an act of international illicit. The doctrine keeps defending the thesis of the constitutional hierarchy of these instruments, as well as its automatic reception through the 2º paragraph, article 5º of the Federal Constitution. Such understanding had being rejected by the STF, which understood that the incorporation would be with an *infraconstitutional* hierarchy. The advent of the 3º paragraph, in the article 5º of the CF/88 generated an intense debate in the doctrine, because instead of clearly expressing the constitutionality of all those treaties, with its writing, gave chance for diverse understood. The analysis has been made around the hierarchy and incorporation of these norms under the edge of this new constitutional device.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito.

## KEYWORDS

Treaty incorporation, human rights, hierarchy of norms.

## INTRODUÇÃO

Com a constituinte de 1988, da qual resultou nossa atual Constituição Federal, o Brasil alçou os direitos humanos a preceito constitucional fundamental com dispositivo do inciso III de seu artigo 1º, ao mesmo tempo, declarou em seu artigo 4º que se rege pelos direitos humanos e pela cooperação entre os povos no âmbito das relações internacionais.

Tais compromissos surgem em meio ao processo de universalização dos direitos humanos, do qual o Brasil, ao celebrar inúmeros Tratados internacionais, passou a participar; demonstrando a comunidade internacional seu interesse em garantir e respeitar aos direitos humanos que vinham sendo internacionalmente reconhecidos. Quanto ao aspecto interno de implementação de tais direitos, nossa tradição, apesar dos inegáveis avanços na proteção dos direitos humanos, ainda sustenta muitas violações quanto aos termos destes tratados. A doutrina pátria veio ao longo dos anos, defendendo teorias que versam sobre a constitucionalidade das normas constantes de tais instrumentos, reconhecendo no § 2º do artigo 5º cláusula aberta, entretanto, parte da doutrina restritiva, bem como o STF, vieram ao longo dos anos barrando esta interpretação. O advento da Emenda Constitucional número 45 de 2004, gerou na doutrina progressista esperança de que esta viesse a por fim nos debates acerca da constitucionalidade das normas dos tratados internacionais de direitos humanos, o que infelizmente não ocorreu. A referida emenda, devido a sua redação, acabou por acirrar ainda mais os debates acerca do tema, justificando o presente trabalho.

Primeiramente, se fará de forma sintética, um apanhado sobre a evolução internacional dos direitos humanos e de seus mecanismos de proteção, bem como, da evolução da normatividade internacional dos tratados. Após isto, passa-se ao estudo do aspecto externo da celebração dos tratados internacionais, para que então, se passe a discorrer sobre os aspectos internos da recepção de tais instrumentos. Posteriormente, passa-se ao estudo das peculiaridades na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, aonde então se chega ao cerne da discussão deste trabalho. Procedeu-se a análise quanto a cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da CF/88, e a aplicabilidade imediata das normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos conferida pelo § 1º do mesmo artigo. Fez-se referência aos modelos de incorporação monista e dualista, de como era sua discussão no modelo anterior a EC 45/2004 e do que resta desta mesma discussão após a referida Emenda Constitucional. Vistos os argumentos que já eram prolatados antes da reforma do judiciário, passa-se a análise do § 3º do artigo 5º que veio a ser instituída pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, que define o procedimento para que finalmente seja concedida formalidade constitucional às normas dos tratados internacionais de direitos humanos. Quanto aos procedimentos da referida norma, discute-se a discricionariedade do Congresso Nacional bem como a qualidade de equivalência a emenda constitucional proferida no § 3º do artigo 5º da

Constituição da República. Realiza-se a análise, tanto do possível conflito entre os §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88, quanto da leitura sistemática e conjugada de ambos os parágrafos e o entendimento que daí pode-se extrair quanto a materialidade e formalidade constitucionais dos tratados de direitos humanos, bem como do poder de reforma e da proteção concedidos aos princípios constantes destes instrumentos.

Ao final, trata-se a discussão da aplicação do dispositivo do § 3º aos tratados que tenham sido incorporados antes de sua criação, dando principal ênfase as argumentações quanto a discricionariedade do Congresso Nacional para definir tal capacitação e quanto a teoria que defende a interpretação via princípio *tempus regit actum*. Sobre esta discussão quanto à hierarquia das normas dos tratados recepcionados antes da vigência da EC 45/04, mostra-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que possui a competência para declarar a inconstitucionalidade de tais instrumentos, e a nova interpretação apresentada por este no RE 466.343-SP, que se encontra atualmente em discussão no plenário.

## 1 SÍNTESE HISTÓRICA E DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre as teorias que pretendem uma classificação dos direitos humanos, a teoria das gerações de direito possui particular destaque. Esta teoria almeja uma classificação dos direitos humanos atribuindo-lhes momentos históricos, onde estes teriam sido reivindicados e, apesar das intensas críticas acerca desta, ela é de grande utilidade para se entender o fenômeno histórico dos direitos humanos.

Segundo a teoria das “gerações de direitos”, ter-se-ia então três gerações de direitos humanos, atualmente discute-se a existência de uma quarta geração. Atribuir-se-ia a conquista dos direitos de primeira geração às exigências da burguesia durante a revolução francesa, que reivindicava menor ingerência do estado na vida civil. Neste sentido BONAVIDES escreveu: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”<sup>2</sup>. Falando de direitos de primeira geração argumentou RAMOS que, “A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo”<sup>3</sup>.

Os direitos de segunda geração consistiriam dos direitos de igualdade, dos direitos econômicos, dos direitos sociais e dos direitos culturais, voltados para o atendimento das necessidades da sociedade, típicos do modelo de Estado Social de Direito do início do século XX, neste sentido BONAVIDES, “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563-564.

<sup>3</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 82-83.

constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”<sup>4</sup>.

Os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade, grande marco evolutivo dos direitos humanos, tendo sido desenvolvidos no pós-guerra, em consequência das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, são os direitos de oposição dos indivíduos, enquanto comunidade universal e interdependente e compreendem o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente equilibrado<sup>5</sup>. Os direitos de terceira geração são, portanto, os direitos do indivíduo, enquanto ser humano, independente de sua nacionalidade e de exigir que para com ele sejam cumpridos certos direitos considerados inerentes a sua dignidade.

Os direitos de quarta geração são direitos ainda em discussão, mas segundo BONAVIDES, “São direitos da quarta geração o direito a democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”<sup>6</sup>.

Os direitos de terceira geração foram amplamente desenvolvidos pelos instrumentos de direito internacional, sobretudo após o fim da Segunda Guerra. Em 1945 a Carta de São Francisco que criou a Organização das Nações Unidas (ONU), já em seu preâmbulo, deixava expresso o reconhecimento e o comprometimento para com os direitos humanos. No intuito de explicitar quais seriam os ditos “direitos humanos”, em 1948 a ONU lançou resolução de sua assembleia geral, intitulada “Declaração Universal de Direitos Humanos”. Esta, enquanto resolução é fonte secundária do direito internacional e mesmo não possuindo força vinculante, já anunciava o compromisso das Nações Unidas. Em 1966 gerou-se dois instrumentos no âmbito daquela Organização Internacional, quais sejam: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses são os primeiros mecanismos gerais de proteção dos direitos humanos confeccionados no âmbito das Nações Unidas. Sobre estes instrumentos, PIOVESAN afirma:

*Ao Conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe à ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 564.

<sup>5</sup> Ibid., p. 569.

<sup>6</sup> Id.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 36-37.

Com a criação de tais Pactos Internacionais por parte da ONU, a teoria geracional dos direitos humanos, passa então a uma nova e moderna classificação, baseada nos respectivos pactos, “Assim, foram classificados os direitos protegidos em cinco espécies, a saber: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Por direitos civis, entendem-se os direitos de autonomia do indivíduo contra interferências indevidas do Estado ou de terceiros. Assim, o conteúdo de tais direitos é relativo à proteção dos atributos da personalidade e dignidade da pessoa humana”<sup>8</sup>.

Entretanto, sem prejuízo para os aspectos de universalização e indivisibilidade dos direitos humanos elencados em tais instrumentos, cabe esclarecer que tais divisões dos direitos humanos em múltiplos pactos e classificações possuíram, em grande parte, cunho político e segundo COMPARATO “Essa divisão do conjunto dos direitos humanos em dois Pactos distintos é, em grande medida, artificial.”<sup>9</sup>, pois novamente segundo COMPARATO, “A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, [...]. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos...”<sup>10</sup>.

Para além dos instrumentos globais de proteção a segunda metade do século XX viu também a proliferação dos instrumentos regionais de proteção.

*O primeiro texto foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, elaborada em 1948, meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir desta data, constata-se a elaboração de diversos tratados regionais de direitos humanos, tais quais a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, 1969), a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (entrada em vigor em 1986) e a Carta árabe de Direitos Humanos (ainda não entrou em vigor)*<sup>11</sup>.

É importante frisar que os pactos regionais de direitos humanos, não tencionam criar qualquer dicotomia com os mecanismos gerais de proteção do direito internacional, mas sim, complementá-los, interagindo com os princípios da Declaração Universal e integrando a composição de instrumentos para proteção dos Direitos Humanos<sup>12</sup>. Além dos mecanismos gerais de proteção, passou também a elaboração de diversos mecanismos especiais de proteção dos direitos humanos, tais mecanismos, conforme explica PIOVESAN: “... realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex:

<sup>8</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p.89.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 276.

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 53.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas...*, p. 31.



protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres, etc.)”<sup>13</sup>.

Todo este esforço de universalização dos direitos humanos, a criação de reiterados mecanismos de proteção destes direitos, inerentes aos indivíduos e oponíveis frente aos estados, teve nas atrocidades cometidas pelos regimes nazistas e fascistas sua força motriz, na tentativa de evitar-se que tais atrocidades viessem a ser novamente cometidas. É também neste momento, que se percebe a proliferação de constituições ocidentais, que a exemplo de nossa própria Constituição Federal já em seu artigo 1º, inc. III encontram-se comprometidas com a dignidade humana e em promover localmente os direitos humanos inerentes a esta dignidade, inclusive com o reconhecimento de que os indivíduos possuem direitos protegidos no nível internacional, uma vez que passam estes também, a partir deste momento, a serem sujeitos de direito internacional.

O processo de democratização iniciou-se no Brasil em 1985 e em meio ao processo de universalização dos direitos humanos, Isto acabou por influenciar o constituinte originário, o qual, por sua vez, criou diversas inovações constitucionais que permitiram a incorporação pelo estado brasileiro de diversos dos mecanismos globais e regionais de proteção, tanto os gerais quanto os específicos<sup>14</sup>. Começa-se por elucidar que, logo em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, determina claramente que possui na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos. Em seu artigo 4º, inciso II, reconhece a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, bem como, no inciso IX do mesmo artigo, reconhece a necessidade da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Neste momento fica evidente a variedade de termos da qual se valeu o legislador originário, bem como, se vale a doutrina especializada, sendo, portanto compreensível a necessidade de traçarem-se definições neste sentido, da qual valemo-nos da utilizada por SARLET, “... cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões ‘direito do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados)’, ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).”<sup>15</sup>.

É em meio ao processo de democratização, quando então o estado brasileiro, a despeito das disposições constitucionais e no intuito de demonstrar a comunidade internacional, seu interesse em respeitar as garantias conferidas pelos direitos humanos, passa então a comprometer-se com os diversos mecanismos internacionais de direitos humanos<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> Ibid., p 32.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais 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, a. 1, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006, p. 63.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas...*, p. 33-34.

## 2 CELEBRAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

### 2.1 Síntese Histórica

Primeiramente cabe ressaltar que o Direito Internacional Público era, até recentemente, uma prática meramente costumeira, mas que, entretanto residia sobre determinados princípios gerais, quais sejam: boa-fé, o livre consentimento das partes e o *pacta sunt servanda*<sup>17</sup>. Ressalta-se que tais princípios encontram-se formalmente reconhecidos na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969. Complementando este entendimento, cabe retornar aos ensinamentos de KELSEN “... tem particular importância a norma que usualmente é designada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados a sua conduta recíproca...”<sup>18</sup>.

Inicialmente os tratados eram celebrados somente de forma bilateral e pela figura de seus soberanos, quando então no início do século XIX a multiplicidade de partes bem como o surgimento da forma republicana de estado, passaram a exigir certas mudanças procedimentais:

*O que sucede ao cabo de três milênios de prática convencional, no século XIX, não é uma alteração na contextura do direito dos tratados – sempre costumeira –, mas uma sensível ampliação no seu acervo normativo, por força de quanto o tratado multilateral desafiava – desde a conferência preparatória até o mecanismo de extinção – aquelas regras concebidas para reger acordos meramente bilaterais. Outro fato digno de nota, na mesma época, foi a erosão do protagonismo concentrado na pessoa do chefe de Estado. A multiplicação dos regimes republicanos, a progressiva constitucionalização das monarquias, trouxeram ao direito dos tratados esse novo fator de complexidade o envolvimento, no processo, de órgãos estatais de representação popular, sem comunicação direta com o exterior*<sup>19</sup>.

Sobre esta migração da figura do soberano manifestou-se MEDEIROS da seguinte forma: “As relações jurídicas internacionais passaram a ter como protagonistas os povos, constituídos em Estados, que se converteram nos sujeitos do Direito internacional, por excelência.”<sup>20</sup>.

No século XX, o direito internacional público sofre novamente mudanças, passando a contar com um novo sujeito de direito internacional, as organizações

<sup>17</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998. p. 309 – 386.

<sup>19</sup> REZEK, José Francisco. *Direito...*, p. 12.

<sup>20</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O poder de celebrar tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 475.

internacionais, bem como, a ocorrência de positivação das normas para a realização de tais instrumentos. A Organização das Nações Unidas, bem como a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, são os grandes marcos deste período. Seguindo ainda com as lições de REZEK:

*Este século presencia dois fenômenos novos: a entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro pós-guerra – fazendo com que o rol das pessoas jurídicas de direito das gentes, habilitadas a pactuar no plano exterior, já não mais se exaurisse nos Estados soberanos –; e a codificação do direito dos tratados, tanto significando a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas, no texto de um tratado<sup>21</sup>.*

O advento da codificação dos instrumentos internacionais veio garantir segurança à ordem internacional, que não mais poderia permitir que pela falta de clareza de suas normas, estas viessem a ser violadas. É no atendimento a esta necessidade, de maior segurança jurídica internacional, que surge a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Sobre isto, MEDEIROS afirma que “A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, possui um lugar de destaque no contexto dos atos internacionais”<sup>22</sup>, o autor ainda explica que, “Diferentemente de outras convenções, que regulamentam o comportamento dos Estados em setores específicos das relações internacionais, como, por exemplo, proteção dos direitos humanos, comércio, navegação, defesa do meio ambiente, etc., a Convenção de Viena se destina a reger todos os demais tratados.”<sup>23</sup>. É sob a égide desta convenção que pretende regulamentar os tratados que se dá atualmente a feitura dos tratados, convenções e demais instrumentos internacionais.

## 2.2 Definição e Classificação dos Tratados Internacionais

A Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 1969, veio a formalizar a definição de tratado, como ocorre sua celebração, quais são os sujeitos de direito internacional público, por que meios pode um Estado-parte, se desvincular de um tratado do qual faça parte, quais as ressalvas permitidas, e como devem ser interpretadas as normas constantes em um instrumento pactuado. Neste mesmo sentido, as definições dadas pela referida convenção também acabam por não só encerrar em si o contexto histórico dos tratados, como também serve de objeto de estudo para a classificação dos mesmos.

Segundo REZEK, “tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”<sup>24</sup> interpretação que se apresenta em conformidade com o art. 2º I alínea “a”, da Convenção de Viena sobre o

<sup>21</sup> REZEK, José Francisco. *Direito...*, p. 12.

<sup>22</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Op. Cit.*, p. 260.

<sup>23</sup> REZEK, José Francisco: *Direito...*, p. 3-4

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 21.



direito dos tratados, o qual define tratado, como sendo um “acordo internacional concluído por escrito entre estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Segundo REZEK: “No tratado temos, antes de tudo, um *ato jurídico*, envolvente de pelo menos duas vontades. Esse ato tem por essência um *acordo*, noção que conduz, simultaneamente, a distingui-lo do ato jurídico unilateral, e a entendê-lo resultante da *livre manifestação do consentimento* das partes”<sup>25</sup> [grifo no original]. Temos nos tratados, tal qual se apresentam a partir do século XX, que estes, consistem em “acordo formal” e que é “celebrado por escrito”, sendo ato proveniente da vontade dos sujeitos em firmá-lo. Quanto ao aspecto “concluído” redigido no art. 2º, I alínea “a” da referida convenção, manifesta-se REZEK no seguinte sentido: “Este ultimo termo, quando empregado na definição do tratado internacional, tem muito mais do seu significado comum – o de coisa *efetivamente acabada*...”<sup>26</sup>. Quanto às partes, fica inequívoca a intenção da referida convenção em limitar a capacidade de celebração de tratados exclusivamente aos Estados. Entretanto, assevera REZEK, “Sujeitos de direito internacional público são os Estados independentes [...] e as organizações internacionais. Aí não vai uma verdade eterna, não uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea”<sup>27</sup>.

Seguindo com as lições de REZEK<sup>28</sup>, quanto aos demais elementos da definição jurídica de tratado, o texto é muito auto-explicativo, quanto ao termo “regido pelo direito internacional”, determina claramente que, os tratados não são regidos por nenhum ordenamento interno de qualquer das nações pactuantes, mas sim pelos princípios, normas e costumes assumidamente reconhecidos na ordem internacional; “quer conste de um ou mais instrumentos conexos”. Delimita a possibilidade dos tratados internacionais constarem de diversos instrumentos, os quais podem ser adotados em separados e/ou em conjunto, o que se determina caso a caso; e “qualquer que seja sua denominação específica”. Faz referência à multiplicidade de termos que são utilizados para se nomear os tratados como: acordo, convenção, estatuto, pacto, e afins; e assegurando que estes são reconhecidos enquanto instrumentos internacionais e caracterizados por sua forma e procedimento independentemente da nomenclatura que recebam. Sobre esta falta de precisão terminológica, da qual valeu-se inclusive nossa Constituição Federal, discorre SARLET:

*Em primeiro lugar, no que diz com a exegese do termo tratados (agora também convenções, a teor do art. 5º, § 3º), frise-se, em caráter sumário, que a despeito da falta de precisão terminológica e da diversidade de expressões encontradas no direito constitucional positivo, em que não se verifica critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais, existe certa unanimidade no seio da doutrina*

<sup>25</sup> Ibid., p. 21-23.

<sup>26</sup> Ibid., p. 24.

<sup>27</sup> Ibid., p. 25.

<sup>28</sup> Ibid., p. 79-85.

*no sentido de que o termo 'tratados internacionais' engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma vez que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, ...*<sup>29</sup>.

Os Tratados Internacionais são classificados principalmente quanto: ao número de partes; ao procedimento; à natureza das suas normas; e quanto a sua execução. Quanto ao número de partes, podem ser classificados como bilaterais ou multilaterais, “Diz-se bilateral o tratado se somente duas partes, e multilateral ou coletivo em todos os outros casos, ou seja, se igual ou superior a três o número de pactuantes”.<sup>30</sup> Quanto ao procedimento, os tratados podem ser classificados quanto ao número de fases necessárias para sua conclusão, quando for “... possível detectar duas fases de expressão do consentimento das partes, este entendido como pronunciativo na primeira, a da assinatura, e como definitivo na segunda, a da ratificação, ou se num quadro unifásico (também intitulado mais corriqueiramente de “acordo executivo”), o consentimento definitivo se exprime à assinatura, desde logo criadas as condições para a vigência do tratado”<sup>31</sup>. Sobre estas duas modalidades lecionou MEDEIROS, “..., são utilizados no Brasil dois processos para a celebração de tratados internacionais: o **processo completo**, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação (ou, quando for o caso, mensagem ao Congresso, aprovação, adesão e promulgação); e o **processo abreviado**, que compreende as etapas da negociação, assinatura ou troca de notas e publicação.”<sup>32</sup> [grifo no original].

Quanto à natureza das normas, podem ser classificados como contratuais ou normativos, sendo os contratuais aqueles em que, “as partes realizam uma operação jurídica – tais os acordos de comércio, de aliança de cessão territorial”<sup>33</sup>, e sendo normativos aqueles que “... as partes editam uma regra de direito objetivamente válida”<sup>34</sup>. Quanto à execução, seguindo com as definições de REZEK, são classificados como mutualizáveis e não-mutualizáveis e ocorrendo somente nos tratados multilaterais. Os mutualizáveis compreendem a possibilidade de se deixar de aplicar a norma de determinado tratado quando houver conflito entre dois ou mais estados-membros, mas aonde a afronta de tais normas, resume-se tão somente as esferas de tais nações sem afetar as demais partes do tratado. Enquanto que nos não-mutualizáveis, o descumprimento das normas de determinado tratado, representa afronta a todos os demais Estados-tratadistas.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos...* p. 69.

<sup>30</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional...*, p. 25.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>32</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Op. Cit.*, p. 480.

<sup>33</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional...*, p. 28.

<sup>34</sup> *Id.*

### 2.3 Procedimentos de Celebração dos Tratados Internacionais

A Convenção de Viena contém em seus artigos, desde informações donde se apurar o significado dos mais variados termos aplicáveis nos tratados internacionais, bem como as delimitações técnicas acerca dos procedimentos de negociação e implementação de tais instrumentos. É desta Convenção que se pode extrair de forma clara, a prática internacional entorno da celebração dos tratados, não podendo o Brasil, mesmo não tendo ratificado tal instrumento, ficar prejudicado perante o cenário internacional, desta forma adotando para todos os efeitos práticos, as orientações constantes deste documento. Neste sentido, GOMES, “O Direito dos Tratados, representado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, **ainda não foi ratificada** pela República Federativa do Brasil, **não obstante esteja, dita Convenção, na prática, adotada no âmbito das negociações internacionais** e, mesmo nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal...”<sup>35</sup> [grifo nosso].

Todo tratado origina-se de uma iniciativa, a qual parte de um dos sujeitos de direito internacional a um ou mais sujeitos de direito internacional, conforme se pode depreender do que consta no artigo 1º. Alínea “a” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual declara Tratado como sendo “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional [...] qualquer que seja sua denominação específica”. A referida convenção, para além do disposto em seu artigo 1º, em seu artigo 6º adota os Estados como sendo os sujeitos de direito internacional por excelência e reconhece-lhes a capacidade de elaborar e concluir tratados internacionais.

Ocorrendo a manifestação de um Estado por realizar um tratado, e em correspondendo aos interesses de demais Estados, passa-se então à negociação dos termos do tratado, para que este venha a atender as possibilidades e vontades dos Estados-negociadores. Finalizada a fase de negociação, é esta frutífera pela manifestação do consentimento daqueles que participaram da elaboração do Tratado, conforme determina o artigo 9º. da Convenção de Viena, Neste sentido REZEK, acerca da elaboração de um tratado bilateral, “O texto de todo tratado bilateral expresso em instrumento único **há de resultar, na sua integralidade, do consenso entre as partes, co-responsáveis por sua formulação. Quando sobre a substância do pactuado, tanto quanto sobre sua expressão formal, nenhum debate sobreviva entre os pactuantes, a negociação terá terminado**”<sup>36</sup> [grifo nosso].

Ao final da negociação, se passa à assinatura do instrumento pactuado, o qual via de regra, não constando no próprio instrumento cláusula contrária, exige o *referendum* legislativo, conforme consta do artigo 10, alínea “b” da referida Convenção, o que coaduna com o procedimento adotado pela nossa CF, para a recepção dos Tratados Internacionais, e que demanda uma série de procedimentos internos para que o Tratado

<sup>35</sup> GOMES, Eduardo Biacchi. Hierarquia das Convenções Fundamentais da organização internacional do trabalho, na conformidade da EC 45/2004. In: RAMOS, Wilson Filho (coord). *Constituição e Competência Material da Justiça do trabalho depois da EC 45/2004*. Curitiba: Gênese, 2005. p. 79.

<sup>36</sup> REZEK, José Francisco. *Direito dos...*, p. 200-201.

passa a surtir seus devidos efeitos. A assinatura neste momento, demonstra simplesmente o interesse do estado pactuante em comprometer-se com o referido instrumento, mas ainda não gera efeitos para quaisquer das partes. A partir da adesão ao instrumento, a ordem internacional fica aguardando que se resolvam os procedimentos internos de referendo e ratificação, para que então o instrumento seja devolvido ao seu local de origem e passe a surtir seus efeitos. Com a ratificação e a devolução, passa então os termos do tratado a vincular a parte pactuante ao menos quanto ao âmbito internacional, passando então da condição de Estado-negociador para Estado-contratante (quando ocorre o consentimento, mas o tratado ainda não entrou em vigor) ou então a Parte (quando o tratado estiver em vigor).

Sobre os aspectos externos de vigência dos tratados, cabe ainda ressaltar a relevância dos mecanismos da reserva e da denúncia, segundo a Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 2º, alínea “d”: “ ‘reserva’ significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”, sendo portanto o mecanismo pelo qual o Estado-negociador, a qualquer tempo, manifesta-se com a finalidade de alterar ou excluir determinada norma de um Tratado.

O mecanismo da denúncia é meio pelo qual o Estado desune-se, de determinado Tratado, conforme explica GOMES: “... a denúncia é uma das modalidades, através das quais o Estado se exonera do cumprimento do Tratado, sendo um ato unilateral e soberano e somente gerando efeitos, quando transcorrido o prazo de doze meses da comunicação do ato, e, normalmente, a possibilidade da formulação da reserva estará prevista no Tratado”<sup>37</sup>. Caso não haja tal previsão, segue-se o que determina o artigo 56 da Convenção de Viena. A denúncia é meio volitivo pelo qual um Estado rompe com os termos de determinado Tratado, restando ainda reconhecidos na convenção impossibilidades circunstanciais que venham a impedir a vigência de determinado tratado, em seus artigos 61 (impossibilidade Superveniente de Cumprimento) e 62 (Mudança fundamental de Circunstâncias). Cabe ressaltar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, compreende também a nulidade de tratado que conflite com Norma imperativa de Direito Internacional, o *jus cogens*, tanto quanto aos tratados que venham a conflitar com o *jus cogens*, em virtude da superveniência destas normas, conforme pode-se observar dos artigos 53 e 64 da referida Convenção.

Cabe ressaltar a importância dada às normas imperativas e Direito Internacional, frente aos dispositivos dos tratados, uma vez que as normas constantes dos Tratados de Direitos Humanos são exatamente normas imperativas de Direito Internacional, a qual é determinada no artigo 53 da Convenção de Viena, de 1969, como sendo “... uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

<sup>37</sup> GOMES, Eduardo Biacchi. Op. cit. p. 82.

### 3 PROCEDIMENTO DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o fim da negociação e com a assinatura do tratado na ordem internacional, passa então aos procedimentos de incorporação de suas normas pelo Estado-tratadista. O modelo brasileiro compreende um sistema misto de recepção, de exclusividade da União Federal, no qual se conjugam as vontades dos poderes Executivo e legislativo.

Ressalta-se que primeiramente, a competência da União nas relações internacionais extrai-se do artigo 21, inciso I da CF/88. No caso Brasileiro, temos um sistema misto de celebração dos tratados, o qual conjuga as vontades do Poder Executivo e as do Poder Legislativo, conforme se pode observar do disposto no artigo 49, inciso I e no artigo 84, inciso VIII da CF/88. Temos então, na recepção dos tratados, ato complexo, que nestes dois artigos conjuga as vontades de dois dos poderes do estado, o Executivo, na figura do Presidente da República, e o Legislativo com o Congresso Nacional, neste sentido, manifesta-se PIOVESAN:

*..., a Constituição de 1988, em seu art. 84, VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o art. 49, I, da mesma Carta prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo<sup>38</sup>.*

Cabe, portanto, ao Presidente, a celebração dos tratados e o encaminhamento deste para referendo do Congresso Nacional. Não existe nenhuma norma determinando prazo para que o tratado seja encaminhado e sequer este procedimento é obrigatório uma vez que, é facultado ao presidente, privativamente, determinar se e quando irá encaminhar o instrumento para a apreciação do congresso. O Poder Executivo volta a se manifestar somente no momento da ratificação, após a apreciação e a aprovação do tratado pelo poder legislativo.

Depois de encaminhado ao Congresso Nacional, pelo chefe do governo, o tratado é então apreciado primeiramente pela Câmara dos Deputados e após, pelo Senado e em caso de aprovação em ambas casas do Congresso, tem-se que o tratado foi referendado o que, no caso brasileiro, formaliza-se por decreto legislativo. “É bom que se esclareça, em definitivo, que o Congresso Nacional não ratifica tratado; na verdade, através de decreto legislativo, o nosso parlamento federal *autoriza* a ratificação, que é ato próprio

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 48.



do Poder Executivo, a quem compete, nos termos da Constituição da República (art. 84, VIII), celebrar acordos internacionais. É dizer, o Congresso Nacional apenas aprova ou não o texto convencional – fazendo-o por meio de decreto legislativo<sup>39</sup>. Aprovado pelo Congresso Nacional e com a confecção do Decreto legislativo incumbe então ao Presidente da República ratificar o tratado e encaminhá-lo para a troca de instrumentos ou depósito. Cabe ressaltar, como lembra MEDEIROS que: “A aprovação do Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo, não torna o tratado obrigatório, pois o Executivo tem a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar conveniente<sup>40</sup>”.

Após isto, tem-se por costume que restam ainda os procedimentos do Decreto Executivo e sua consequente Publicação para que só então os termos de um tratado passem a fazer efeito na esfera interna. “Depositado o instrumento de ratificação junto ao Governo ou organismo responsável pelas funções de depositário, a prática brasileira tem exigido deva o Presidente da República, a quem a Constituição dá competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), expedir um *decreto de execução*, promulgando e publicando no *Diário oficial da União* o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim. Internamente<sup>41</sup>. Os artigos 84, inc. VIII e 49 inc. I da CF/88 são os únicos dispositivos constitucionais a versarem sobre a recepção dos tratados internacionais acabam por gerar um mecanismo incompleto e impreciso para a incorporação dos mesmos, como bem assevera PIOVESAN:

*... ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I e 84, VIII), trás uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no direito internacional<sup>42</sup>.*

Ademais, o STF tem entendimento de que, dado o costume pátrio, para que os tratados passem a surtir seus efeitos, após a ratificação, deve ainda o Presidente expedir Decreto Executivo e publicar o teor integral do tratado para só então este passe a vincular a ordem interna.

### 3.1 Análise do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988

O dispositivo constitucional do § 2º da CF/88 veio ao longo dos anos sendo alvo de intensa controvérsia. A doutrina progressista defendia tese na qual se reconhecia no §

<sup>39</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos...*, p. 76.

<sup>40</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Op. Cit.*, p. 468.

<sup>41</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos...*, p. 83.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 50.

2º, cláusula aberta que permitiria aos tratados de direitos humanos, por possuírem natureza materialmente constitucional, serem recebidos de forma distinta e integrados a matéria constitucional, diferentemente dos demais tratados. Neste sentido lecionou PIOVESAN:

*... a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional<sup>43</sup>.*

Ao delinear que, os princípios constitucionais não excluem outros constantes em tais fontes, a doutrina progressista alegava que o referido parágrafo constituía cláusula constitucional aberta, a qual por sua vez permitiria a tais princípios confrontarem ao texto constitucional e em assim sendo, reformá-lo. Neste sentido lê-se em PIOVESAN, “..., ao escrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos<sup>44</sup>.”

A doutrina argumenta ainda que, o § 2º deixa claro a intenção do constituinte originário em determinar que, se sequer os princípios constitucionais expressos, poderiam excluir aqueles princípios que mesmo não expressos, mas implícitos e dedutíveis dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal, fossem então reconhecidos como materialmente constitucionais e em os assim reconhecendo ampliassem o catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. Tal determinação é ainda mais precisa quanto às normas constantes dos tratados, uma vez que “A constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais...”<sup>45</sup>.

Desta forma, o catálogo dos direitos fundamentais não possui a pretensão de ser exaustivo, mas de determinar os parâmetros para se apurar sempre os direitos que se encontrem implícitos no que, segundo o § 2º do art. 5º da CF/88 constem “do regime e dos princípios por ela adotados”, segundo os critérios que levem à justiça e ao atendimento da dignidade humana por ela enunciados. É neste sentido que lecionou PIOVESAN, “... os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de

<sup>43</sup> Ibid., p. 68.

<sup>44</sup> Ibid., p. 52.

<sup>45</sup> Ibid., p. 55.

que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos<sup>46</sup>.

Para alguns dos doutrinadores progressistas, como SARLERT, tais princípios fundamentais implícitos poderiam até mesmo ser auferidos fora do catálogo de direitos constitucionais, uma vez que ao se compreender que o catálogo não é exaustivo, admite-se a possibilidade de existirem princípios materialmente constitucionais na legislação esparsa. Neste sentido escreve SARLET, “... cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição<sup>47</sup>. E segue:

*..., a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos ‘decorrentes do regime e dos princípios’, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do ‘catálogo’ (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados<sup>48</sup>.*

Apesar de existir certo debate quanto aos princípios implícitos, decorrentes de outras fontes, a discussão dá-se, sobretudo quanto aos princípios enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos.

Diferenciam-se, as normas dos tratados de direitos humanos das normas dos tratados em geral, uma vez que estas estariam capacitadas à incorporação pelo § 2º do artigo 5º da CF/88, por serem tratados de natureza especial, conforme leciona PIOVESAN:

*... insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais*

<sup>46</sup> Ibid., p. 58.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77.

<sup>48</sup> Ibid., p. 90.

*de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.*<sup>49</sup>

Ademais, cabe apresentar a análise de SARLET de que, em sentido contrário ao aqui desenvolvido, qual seja; o do não reconhecimento dos direitos humanos no âmbito interno como normas de hierarquia constitucional (ou ao menos supralegal) acaba por restringir a efetividade e eficácia dos mesmos, “Cumprir lembrar, ainda nesta perspectiva, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em geral, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes faltaria até mesmo a necessária vinculatividade na ordem nacional.”<sup>50</sup>. E conclui: “Em suma, reputa-se acertada a ideia de que os direitos humanos, enquanto não constitucionalizados e assegurados na condição de direitos fundamentais, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade (ou, pelo menos, estarão menos aptas para tanto), o que não significa dizer que não a tenham.”<sup>51</sup>.

Essa qualidade especial das normas dos tratados de direitos humanos suscita também discussão quanto à aplicabilidade imediata de tais instrumentos do direito internacional.

### 3.2 Aplicabilidade Imediata das Normas dos Tratados de Direitos Humanos

Por força do § 2º as normas constantes dos tratados de direitos humanos, possuem materialidade constitucional de suas normas e passam a integrar o catálogo de direitos fundamentais. O dispositivo de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais do § 1º do artigo 5º da CF/88, por conseguinte, estende-se também aos princípios que sejam oriundos dos tratados e convenções de direitos humanos, tornando-os exigíveis a partir do momento de sua ratificação, independentemente do procedimento pelo qual tenham sido aprovados. Uma vez que, confere-se a aplicabilidade imediata do § 1º do art. 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, os tratados internacionais de direitos humanos, exatamente por atuarem na definição de tais direitos e garantias, merecem também tal faculdade<sup>52</sup>. Sobre a aplicabilidade imediata, ensina PIOVESAN:

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

<sup>49</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p.68.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos...*, p. 66.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 66-67.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 80.

*humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não automática*<sup>53</sup>.

O dispositivo gera, sob este aspecto, a compreensão de que a Constituição adota um sistema misto de incorporação de tratados internacionais, baseada na natureza dos mesmos. Para os tratados tradicionais, por estes não terem cunho principiológico e por não integrarem o catálogo de direitos e garantias fundamentais, seriam incorporados legislativamente, aonde se exigira ainda decreto de execução após a ratificação dos mesmos para que estes viessem a surtir seus efeitos internamente. Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, por possuírem cunho essencialmente principiológico, teriam incorporação imediata, dispensando o decreto executivo para que passem a surtir seus respectivos efeitos<sup>54</sup>.

### 3.3 Discussão Sobre o Posicionamento Hierárquico no Modelo Anterior à EC 45/2004

A leitura conjunta dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF/88 gerou intenso debate a respeito do modelo de incorporação de tratados que a Constituição teria adotado. A doutrina mais restritiva, bem como o STF, tinham então o entendimento de que a CF/88 admitiria somente a incorporação das normas constantes de um instrumento internacional, independente da matéria sobre qual versasse, após este ter os procedimentos de incorporação legislativa findos e emitido o consequente Decreto de Execução pelo Presidente da República. Neste sentido, o STF pronunciou-se na ADIn 1480/DF, no voto do Relator Min. Celso de Mello:

*Não obstante a controvérsia em torno do monismo e dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau (Droit International Public Approfondi, p. 3/16, 1958, Dalloz, Pariz), no plano do direito internacional público, como mera **discussion d'école** torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operacionalidade imediata no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do estado brasileiro, depende essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, seus aspectos básicos, na própria Constituição da República*<sup>55</sup>.

E ainda, quando da apreciação da ADIn 1490-3 o STF manifestou-se no seguinte sentido: “sob tal perspectiva o sistema constitucional brasileiro, que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno, satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica, dos tratados internacionais, que a adoção de *inter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional”<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Ibid., p. 87.

<sup>54</sup> Ibid., p. 86.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480-3 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 set. 1997.

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 86.



A doutrina progressista, entretanto defendia, devido à sistemática dos referidos dispositivos constitucionais, a teoria monista, quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, enquanto para os tratados em geral a constituição adotaria o modelo legislativo, isto é, dualista. Tal afirmação da doutrina progressista ocorria no seguinte sentido, se o § 2º determinava a inclusão dos termos de tratado internacional que verse sobre princípios materialmente constitucionais, conclui-se que pela própria consonância de tais princípios para com a constituição, façam-lhes exigíveis de imediato e enquanto materialmente constitucionais, sejam integrados, ainda que apenas materialmente, ao catálogo de direitos fundamentais. Uma vez que, mesmo apenas materialmente integrados ao catálogo de direitos fundamentais passariam, portanto a possuir a aplicabilidade imediata conferida pelo § 1º do mesmo artigo. Por essa aplicabilidade imediata, teriam recepção automática ao menos do teor material de suas normas e conseqüentemente, dispensariam o procedimento legislativo e a conseqüente edição do Decreto Presidencial para possuírem aplicabilidade. Neste sentido leciona PIOVESAN:

*A incorporação automática do Direito internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes conseqüências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Conseqüentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência<sup>57</sup>.*

Com a reforma do judiciário restou superada a discussão quanto à incorporação automática das normas dos tratados, uma vez que determina claramente a necessidade do procedimento legislativo para que tais normas sejam recepcionadas no ordenamento brasileiro. Entretanto, deste debate resta ainda questões quanto à aplicabilidade imediata das normas de tais instrumentos, pois a incorporação automática diverge da aplicabilidade imediata, no sentido de que na primeira, trata-se da recepção de tais normas, enquanto que na segunda, da capacidade de se exigir aplicabilidade destas. Neste sentido, devido à materialidade formal das normas dos tratados de direitos humanos, estes seriam exigíveis desde findo o procedimento legislativo, e da ratificação pelo executivo, sem a necessidade de se aguardar a promulgação do Decreto Executivo. Sobre esta ótica manifestou-se no seguinte sentido SARLET:

*De acordo com esta tese, embasada numa exegese combinada do art. 5º, §§ 1º. E 2º, da nossa Lei Fundamental, teria sido consagrada a teoria monista, da recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos Tribunais internos, ao passo que para os demais tratados internacionais continuaria vigorando a teoria dualista, segundo a qual a*

<sup>57</sup> Ibid., p. 81.

*incorporação ao direito interno somente se aperfeiçoaria após procedimento legislativo e a edição do Decreto presidencial*<sup>58</sup>.

Entretanto, admite que a realidade se dá de outra forma ao afirmar que ocorre “... a inexistência de preceito expresso na Constituição, dispondo de forma favorável à recepção automática. A posição até o momento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...], por sua vez, reconhece a necessidade de incorporação por Decreto Legislativo e a edição de um Decreto do Executivo para a perfectibilização do ato de internalização dos tratados, seja qual for o seu objeto.”<sup>59</sup>.

Para além da discussão sobre monismo e dualismo enquanto meios de incorporação de um tratado ao ordenamento interno, tais termos possuem fundamento quanto a interação das normas internacionais para com o ordenamento interno de um Estado. Neste sentido BARROSO, “Para os dualistas, inexistente conflito entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos.”<sup>60</sup>.

Sobre este aspecto, recai-se, portanto na discussão quanto à hierarquia que tais normas assumem em nosso ordenamento interno, como foi visto, compreende-se que no Brasil sob este aspecto também veio utilizando-se do dualismo ao equiparar hierarquicamente as normas constantes de todos os instrumentos internacionais (inclusive dos que tratam sobre direitos humanos, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal), com a lei ordinária federal, e permitindo que esta derogue as normas constantes dos tratados através do princípio do *lex posterior derogat prior*. Sobre este dualismo, vale retornar ao estudo da *Teoria Pura do Direito* de Hans KELSEN, na qual o renomado filósofo do Direito argumenta que:

*... os representantes de uma construção dualista consideram o Direito Internacional como um sistema de normas jurídicas vinculantes que se encontram em vigor ao lado das normas do Direito estadual. Por isso, têm de dar resposta à questão de saber por que é que as normas do Direito internacional vinculam o Estado singular, que é que constitui o fundamento da sua validade. Ao responderem a esta questão, partem da validade da própria ordem jurídica estadual, pressuposta por eles como evidente. Quando, porém, se parte da validade de uma ordem jurídica estadual, surge a questão de saber como é que pode ser fundamentada, tomando este ponto de partida, a validade do Direito internacional*<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos...*, p. 71-72

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998. p. 370.

Concluindo ainda que, “O Direito internacional e o Direito nacional não pode ser sistemas de normas diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. É impossível logicamente supor que as normas simultaneamente válidas pertencem a sistemas diferentes, mutuamente excludentes.”<sup>62</sup>.

Seria, portanto melhor, que se passasse a reconhecer a unidade entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna, uma vez que, remetendo novamente ao célebre filósofo, “... este primado pode harmonizar-se com o fato de a Constituição de um Estado conter um preceito por força do qual o Direito internacional geral deve valer como parte integrante da ordem jurídica estadual.”<sup>63</sup>, tal qual o faz nossa própria Constituição Federal em seu art. 5º, § 2º.

#### 4 ANÁLISE DO § 3º DO ARTIGO 5º INSERIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Desde o modelo anterior a existência da EC 45/2004, houve por parte da doutrina jurídica pátria, ferrenha discussão acerca do grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. Temos após a reforma do judiciário, que ocorreu com a implementação da EC 45/2004, toda uma nova discussão a ser realizada sobre o tema. Logo que foi criado, o § 3º do artigo 5º da CF/88, em uma primeira leitura superficial, criou a expectativa de que este viria a suprir aos anseios da doutrina progressista, a qual esperava que este levasse a termo as discussões quanto à hierarquia constitucional das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos. Porém, em uma leitura posterior, realizada com mais atenção, ensejou-se que o referido parágrafo viria tão somente para acirrar ainda mais as dúvidas e os questionamentos sobre a hierarquia de tais normas, no ordenamento jurídico pátrio, bem como, criar diversos novos questionamentos quanto aos procedimentos que deveriam ser adotados para que tais normas passassem a vigorar em nosso ordenamento.

Como se demanda a análise gramatical e exegética pode-se perceber que o pronome relativo “que”, acaba por introduzir uma oração subordinada adjetiva restritiva, donde se pode extrair que nem todos os tratados internacionais de direitos humanos (mas tão somente estes) serão equivalentes às emendas constitucionais, reservando, ainda, tal hierarquia somente a aqueles tratados de direitos humanos, que forem aprovados “em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”<sup>64</sup>. Segundo PIOVESAN, “... seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 517.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, p. 374.

<sup>64</sup> LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 06 abr. 2007.

ratificados, afirmando, tal como o fez o texto argentino, que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional<sup>65</sup>. Sobre as dúvidas suscitadas pelo referido artigo, manifestou-se no seguinte sentido SARLET:

*Considerando o teor do novo dispositivo, não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada tenha se instaurado intenso debate, acompanhado de grande variedade e posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até problemas vinculados ao novo processo de incorporação (por exemplo, o seu caráter facultativo ou cogente) e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, havendo até mesmo quem esteja a questionar a legitimidade constitucional da inovação trazida pela EC 45 neste particular<sup>66</sup>.*

Tal percepção do § 3º originou novas dúvidas, ao não determinar se existe ou não a obrigatoriedade quanto à recepção por maioria absoluta para que tais tratados sejam incorporados no ordenamento jurídico pátrio, independentemente da discussão quanto à hierarquia com que tais normas adentram ao nosso ordenamento jurídico.

#### 4.1 Discrecionabilidade do Congresso Sobre o Procedimento de Aprovação do § 3º do artigo 5º da CF/88

Na obra “Direitos humanos e democracia” o professor Paulo Ricardo Schier<sup>67</sup>, em seu artigo “hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos” lista uma série de questionamentos que vieram a surgir com o advento da EC 45/2004, dentre eles, muitos são quanto ao procedimento de recepção dos tratados de direitos humanos pelos termos do § 3º do artigo 5º da CF/88.

Observa-se que ao não determinar pormenorizadamente como devem ser recebidos os tratados de direitos humanos criou diversas possibilidades de interpretação. Sem pretensão de responder de forma definitiva sobre estes questionamentos, cabe a realização de considerações quanto às possibilidades citadas. Questiona-se então, primeiramente, a obrigatoriedade do *quorum* de três quintos para a incorporação do texto de tais instrumentos, ou, em não sendo obrigatória, como ocorre a discrecionabilidade para sua aprovação.

Em considerando-se obrigatória a aprovação por maioria absoluta, acabar-se-ia por não recepcionar aos referidos instrumentos que porventura não alcançassem o *quorum* de três quintos em cada casa do Congresso Nacional, nem mesmo se estes

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p.71.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos...*, p. 60.

<sup>67</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.509-510.

alcançarem a maioria simples exigida no procedimento para os tratados em geral do artigo 47 da CF/88. Tal leitura, entretanto, ignora o pronome relativo “que” redigido no § 3º, e mais, esta leitura poderia ensejar a declaração de inconstitucionalidade do § 3º, uma vez que acabaria por restringir a capacidade de recepção antes conferida pelo §2º da CF/88<sup>68</sup>.

Em se considerando que a recepção por maioria absoluta referida no § 3º do art. 5º da CF/88, é facultativa, surge a discussão principal deste ponto, a qual questiona se tal faculdade ocorre “naturalmente” durante o processo de aprovação, ou se acabaria sendo deliberada de antemão ao processo de votação do tratado propriamente dito, por uma decisão política do congresso nacional, aonde optariam por um ou por outro procedimento de deliberação<sup>69</sup>.

Na hipótese de discricionariedade pré-definida por parte do congresso nacional, sobre qual procedimento adotar ao analisar e votar determinado tratado de direitos humanos, se pelo procedimento do § 3º do art. 5º ou pelo procedimento do art. 47, ambos da CF/88, estar-se-ia sujeitando o tratado ou convenção à demasiada discricionariedade política, uma vez que, submeter-se-ia o referido instrumento não somente uma, mas duas vezes aos interesses dos políticos que integram nosso legislativo.

Em princípio, tal hipótese ocasionaria duas possibilidades que acarretariam prejuízos à análise de um determinado tratado de direitos humanos. Hipoteticamente, o Congresso Nacional, por força de lei, ainda a ser aprovada, ou por norma de seu regimento interno, ainda a ser instituída quanto à análise dos tratados poderia, por exemplo, determinar antecipadamente que na votação de determinado tratado, este estaria sendo analisado para ser obrigatoriamente recebido pelo procedimento do §3º do art. 5º e em não alcançando o *quorum* de três quintos, teria seu texto rejeitado e afrontaria o § 2º ao permitir que se diminuísse seu valor, novamente ensejando a possibilidade de inconstitucionalidade da emenda<sup>70</sup>; ou então, poderia decidir que determinado texto de um tratado deveria ser votado pelo procedimento do art. 47 da CF/88 e mesmo alcançando o quorum de três quintos, seria aprovado com hierarquia de lei infraconstitucional.

É no sentido de permitir ao legislativo a capacidade de predeterminar a hierarquia dos tratados, para que então estes venham a ser apreciados, que tramita Projeto de Resolução na Câmara dos Deputados de número 204/2005, visando alterar ao rito de aprovação dos tratados e convenções internacionais e direitos humanos, o qual é aqui apresentado a título exemplificativo. Nessa Resolução pretende-se acrescentar ao Título VI o “Capítulo 1 – A, Dos Tratados e Convenções Internacionais Sobre Direitos Humanos” inserindo o artigo 203-A, o qual pretende determinar pormenorizadamente o

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 350.

<sup>69</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 378, p.89-109, 2005. p. 99.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos...*, p. 350.



rito para a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, determinando os meios de se realizar de forma prévia a opção pelo rito do § 3º do artigo 5º. Eis o *caput* do artigo:

O referido Projeto prevê ainda em seu § 5º que, caso o requerimento de equivalência à emenda, não obtenha maioria absoluta, seja o tratado incorporado ainda como lei ordinária ao obter maioria simples na Câmara.

Na outra hipótese, na qual não existiria a discricionariedade pré-definida por parte do legislativo quanto ao procedimento a ser adotado, para a aprovação de tratado ou convenção de direitos humanos, seria a hierarquia ditada pelo *quorum* que determinado instrumento internacional de direitos humanos obtivesse no momento de sua análise pelo congresso nacional. Situação na qual então, ao obter a maioria absoluta, seria recebido com o *status* de emenda a constituição e em não a obtendo, mas ao conseguir ainda o *quorum* de maioria simples, seria recepcionado como lei infraconstitucional ao invés de ter seu conteúdo rejeitado, conservando por força do § 2º do art. 5º a qualidade de norma materialmente constitucional. É neste sentido que se manifesta PIOVESAN, “Reitere-se que, por força do art. 5º § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. o *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno”<sup>71</sup>. Esta parece ser a melhor interpretação do § 3º quanto a este aspecto, pois, ao determinar que naqueles tratados de direitos humanos que forem aprovados “por” terem alcançado o *quorum* de três quintos, deixa também o entendimento de que tal *quorum* é decorrência do processo de aprovação, processo no qual, poderiam ainda os tratados serem aprovados por maioria simples, mas não obteriam o *status* de emenda constitucional.

Esta interpretação permite, deste modo que não se afronte o § 2º do artigo 5º, uma vez que não restringiria os tratados de serem recebidos pelo procedimento geral de incorporação, tornando possível ainda que ao serem recepcionados de tal forma, sejam incorporados como materialmente constitucionais, enquanto, naqueles tratados que forem aprovados pelo procedimento do § 3º, reconhecer-se-ia neles o reforço da formalidade constitucional<sup>72</sup>.

#### 4.2 A Equivalência dos Tratados e Convenções Internacionais às Emendas Constitucionais

O § 3º do artigo 5º da CF/88 ainda suscita questionamentos quanto à qualidade de emenda constitucional que estaria sendo atribuída ao tratado e o quanto isto influenciaria no procedimento de recepção dos mesmos. Ao qualificar os tratados de direitos humanos recebidos pelo referido parágrafo como sendo equivalentes a emendas

<sup>71</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 72.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 73.

constitucionais, não se determinou com precisão o quão equivalente àqueles seriam a elas<sup>73</sup>.

Poder-se-ia dizer que os tratados recepcionados por maioria absoluta do congresso nacional, por serem equivalentes às emendas constitucionais, tanto pelo procedimento exigido para sua aprovação, quanto pela atribuição clara de equivalência dada pela redação do § 3º passariam a ser, sob todos os aspectos, emendas constitucionais, perdendo, conseqüentemente a forma de tratado e assumindo a forma de legislação interna, deixando de necessitar da ratificação, do depósito e dos demais procedimentos típicos dos instrumentos internacionais<sup>74</sup>. Sendo equivalentes as emendas constitucionais, necessitariam assim da assinatura do presidente e da publicação de seu teor, para passarem a surtir efeito no âmbito interno, mas nunca gerando a obrigação no âmbito externo, por jamais originar o comprometimento do estado para com o teor do instrumento internacional.

Tal interpretação, apesar de possível dada à redação do §3º, é descabida, uma vez que, não faria sentido interromper a recepção de um instrumento internacional, o qual gerou a necessidade de tal procedimento de recepção, somente para que este venha a originar uma norma interna, a qual seria gerada por iniciativa externa, mas que cessaria o compromisso para com sua própria iniciativa no exato momento de sua aprovação pelo legislativo. Tal interpretação, apesar de receber a norma no âmbito interno, geraria paradoxalmente a rejeição do instrumento no âmbito internacional no exato momento de sua incorporação. Neste sentido, compreende-se que essa determinação de equivalência as emendas constitucionais, restringe-se somente quanto aprovação do instrumento, uma vez que, o processo para a celebração dos tratados não foi abolido pelo procedimento do § 3º<sup>75</sup>.

#### 4.3 Conflito entre os §§ 2º e 3º do art. 5º

Outro aspecto a ser observado, ao analisar-se esta equivalência dos tratados às emendas constitucionais, é o da possibilidade de confronto entre as normas dos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88, uma vez que, segundo a leitura do § 2º o poder de reforma conferido aos tratados internacionais de direitos humanos seria de amplitude, em muito, superior ao das emendas constitucionais, as quais encontram limites no poder de reforma do constituinte derivado, conforme dita o § 4º do art. 60 da CF/88. Podemos extrair que ao não excluir os direitos e garantias dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte, a Constituição está conseqüentemente a receber tais princípios em seu *rol* de direitos constitucionalmente protegidos<sup>76</sup>.

O poder de reforma do § 2º do art. 5º da CF/88 declara que os direitos e as garantias constitucionais não se olvidam dos demais direitos e garantias que,

<sup>73</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 510.

<sup>74</sup> Id.

<sup>75</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo...*, p. 99.

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 52.

porventura, se encontrem nos instrumentos internacionais. Os tratados de direitos humanos são prioritariamente, tratados de cunho principiológico, que visam garantir os direitos dos indivíduos frente aos estados, estando inequivocamente aptos à inclusão (ou aptos a não exclusão) expressa no § 2º do art. 5º<sup>77</sup>.

Ora, se nem mesmo o texto constitucional originário pode excluir os princípios constantes dos instrumentos internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte, é possível, por conseguinte o entendimento de que tais disposições possam reformar o texto constitucional. O possível conflito com o §3º do mesmo artigo, ocorre no seguinte sentido: ao se determinar à equivalência dos tratados de direitos humanos com as emendas constitucionais, estes teriam seu poder de reforma diminuído, uma vez que passariam então a não poder alterar os direitos e garantias constantes do catálogo de direitos fundamentais. Neste sentido, esclarece SARLET, "... argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45/04 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação ..."<sup>78</sup>. Um caso emblemático neste sentido ocorre quanto à questão da prisão civil do depositário infiel, a qual se encontra na segunda parte do inciso LXVII do próprio artigo 5º de nossa Constituição.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominado de Pacto de San José da Costa Rica (conforme Decreto 678 de 06 de dezembro de 1992) o qual dispõe em seu artigo 7º inc. VII em sentido contrário ao que consta em nossa Constituição, quanto à permissibilidade da prisão civil do depositário infiel.

Se os princípios constantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos forem recebidos tão somente com os poderes de reforma da emenda constitucional, estar-se-ia impedido assim o referido artigo da convenção, de alterar nossa disposição pátria quanto à prisão do depositário infiel, uma vez que equivalente às emendas constitucionais, encontraria limites no poder de reforma do artigo 60 da CF/88. Entretanto, ao serem recebidas com o poder de reforma da cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da CF/88, viabiliza-se que tais normas possam sim reformar os dispositivos de nossa Constituição, mesmo que dentro dos direitos e garantias individuais.

Tal confrontação entre ambos os parágrafos do artigo 5º enseja até mesmo a possibilidade de se declarar à inconstitucionalidade do § 3º inserido pela EC 45/2004, caso a leitura deste venha tão somente a restringir o poder de reforma dos princípios constantes dos mecanismos internacionais de direitos humanos<sup>79</sup>.

#### 4.4 Conjugação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88

Se no modelo anterior da EC 45/2004, a doutrina dividida entre monistas e dualistas, discutia a existência ou não de mais de uma forma de recepção dos

<sup>77</sup> Ibid., p. 55.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang: *Direitos...*, p. 349.

<sup>79</sup> Id.

instrumentos internacionais pelo ordenamento brasileiro, no novo paradigma pós-emenda tal discussão torna-se desnecessária, uma vez que o § 3º do artigo 5º institui explicitamente o dualismo ao determinar procedimento legislativo para a recepção dos tratados e o monismo quanto ao conflito entre normas oriundas do ordenamento internacional e a lei interna (ao menos quanto as normas de direitos humanos que sejam aprovadas segundo o novo procedimento do § 3º do art. 5º da CF/88). Entretanto, parte das argumentações, quanto à formalidade e à materialidade constitucional das normas dos tratados permanece válida.

O § 3º ao estabelecer faculdade, e não obrigatoriedade, da recepção por maioria absoluta e a conseqüente equivalência das normas dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, permite que existam em nosso ordenamento, ao mesmo tempo, normas de tratados de direitos humanos que sejam somente materialmente constitucionais e normas de tratados que sejam formalmente e materialmente constitucionais<sup>80</sup>.

Quanto aos tratados em geral é inequívoco que tais normas são recebidas em nível infraconstitucional. Não existe controvérsia quanto a isto. O §3º faz referência somente aos tratados que versam sobre direitos humanos, restando, destarte aos demais tratados, a regra geral de recepção. A hierarquia infraconstitucional dos tratados tradicionais é retirada do artigo 102, inciso III alínea b da CF/88.<sup>81</sup> Neste sentido, ensina PIOVESAN, “... o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, [...] um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º – apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional”<sup>82</sup>.

Ocorre que os tratados de direitos humanos que não alcançarem a maioria absoluta ao serem aprovados pelo Congresso Nacional, são recebidos pelo modelo anterior do artigo 47 da CF/88, (em se considerando que a norma estabelecida pelo novo parágrafo não possui caráter cogente), aonde então se retoma a discussão quanto à hierarquia de tais normas. Evidentemente que tais tratados, ao não serem recepcionados pelo procedimento do § 3º, não possuem a equivalência formal para com as emendas constitucionais. Entretanto não deixariam de ser recebidos pelo § 2º, o qual não faz qualquer referência quanto ao procedimento de votação de tais normas, mas somente ao teor do contido em tais instrumentos<sup>83</sup>.

Poder-se-ia dizer que as normas de tais tratados, apesar de não terem sido recebidas como normas formalmente constitucionais, o que ocorre somente ao serem recebidas pelo procedimento do § 3º, seriam, ao menos, materialmente constitucionais, uma vez que o conteúdo de tais tratados trata de direitos e princípios aos quais a nossa Carta Magna não rejeita, por força do disposto em seu § 2º do artigo 5º<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 74.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p.67-68.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>84</sup> *Id.*

Nos tratados de direitos humanos, que venham a alcançar o *quorum* de maioria absoluta no congresso nacional, ocorreria a equivalência das normas de tais instrumentos as emendas constitucionais, garantindo, portanto não só a materialidade de tais normas (por força do § 2º), mas também se depreende que, ao serem equivalentes às emendas constitucionais, são recebidas como direito internacional formalmente constitucional.

Ocorre que a interpretação sistemática das normas constitucionais exige que os §§ 2º e 3º da Constituição sejam compreendidos em um conjunto, sem que se diminua ou se altere o constante dos mesmos. Para que se torne possível tal leitura primeiramente tem-se que conceber que o § 3º não pretende a revogação dos termos do § 2º. Cabe então a análise de como tal interpretação sistemática poderia ocorrer. O § 2º compreende a materialidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, enquanto o § 3º trata tão somente do procedimento com que tais direitos devem ser recebidos para que possam ser declarados formalmente constitucionais.

Poder-se-ia dizer então que por força do § 2º todas as normas de direitos humanos recepcionados, independente do procedimento adotado, são normas materialmente constitucionais e, quando aprovadas pelo *quorum* de maioria absoluta do § 3º estar-se-ia acrescentando a este entendimento a formalidade constitucional de tais normas. É neste sentido a lição de PIOVESAN ao dizer que “... todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescentar a qualidade de formalidade constitucional, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal<sup>85</sup>. Uma vez que o § 3º vem acrescentar formalidade a uma norma que já é materialmente constitucional por força do § 2º não cabe então, neste entendimento, dizer que existe a diminuição do poder de reforma deste por causa daquele. O novo parágrafo não revoga o poder reformador do § 2º, apenas o reveste da proteção e clareza de hierarquia proporcionada pela formalidade constitucional<sup>86</sup>.

#### 4.5 Poder de Reforma dos Tratados de Direitos Humanos

Os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do quorum com o qual tenham sido recepcionados, por força do § 2º da constituição, podem reformar, ao menos materialmente o núcleo de direitos fundamentais de nossa Constituição. Cabe retomar, momentaneamente, a reflexão quanto à equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos as emendas à Constituição, conferida pelo § 3º a qual é única e exclusivamente quanto ao grau hierárquico com que tais normas são formalmente recepcionadas no texto constitucional. Quando se discute a equivalência de tais normas as emendas constitucionais, deve-se deixar claro que, apesar da proximidade procedimental e da declaração de equivalência das mesmas, o texto do parágrafo terceiro não as qualifica propriamente como emendas a constituição. Caso

<sup>85</sup> Ibid., p. 74.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos...*, p. 354.



fosse esta a intenção, qual seja a de que os tratados de direitos humanos fossem incorporados sob todos os aspectos, como emendas constitucionais, tal declaração encontrar-se-ia na subseção apropriada para tanto, a qual trata exclusivamente das emendas constitucionais e consistindo unicamente do artigo 60 da CF/88<sup>87</sup>. Observe-se que, com exceção do quorum qualificado por maioria absoluta, os tratados internacionais de direitos humanos em mais nada se assemelham às emendas constitucionais, possuindo iniciativa e conclusão de seus respectivos procedimentos absolutamente distintos. Ademais caso fosse intenção do legislador que tais normas fossem consideradas emendas constitucionais sob todos os aspectos, não as diria “equivalentes”, mas taxativamente as determinariam como sendo emendas. Encerrando para o momento, as questões quanto à equivalência das normas dos tratados de direitos humanos as emendas constitucionais, pode-se então retomar com maior especificidade, o poder de reformar atribuído pelo § 2º do artigo 5º. Tem-se primeiramente que o § 2º do artigo 5º, por si só, já concede a constitucionalidade material de tais disposições. No mesmo sentido, o referido parágrafo, ao decretar que os direitos e garantias constitucionais “não excluem” os princípios constantes dos tratados que o Brasil seja signatário, a *contrario sensu* está a incluí-los em seu *rol* de direitos<sup>88</sup>. Ao incluir os princípios constantes dos tratados de direitos humanos em seu *rol* de direitos constitucionalmente protegidos, está também determinando a proteção de tais princípios pelo inciso IV, § 4º do artigo 60 da CF/88, o qual qualifica os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, conforme lição de Piovesan, “Ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à constituição, nos termos do art. 60 § 4º.”<sup>89</sup>.

Para além deste entendimento, em existindo conflito entre norma do mesmo *rol* de direitos com os direitos que tenham sido incorporados pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, é do magistério de Flavia Piovesan o entendimento de que “na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável a vítima.”<sup>90</sup>. Passam então, os tratados de direitos humanos, por meio desta interpretação, a reforçar o entendimento dos dispositivos de proteção assegurados constitucionalmente, inovando na ordem interna, quando a Constituição for omissa, e em havendo conflito entre as normas constitucionais e as constantes do instrumento internacional de direitos humanos, renovando a ordem interna quando seus termos vierem a fortalecer e a aprimorar a proteção dos direitos constitucionais já existentes<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p.510.

<sup>88</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p.52.

<sup>89</sup> Ibid., p. 75.

<sup>90</sup> Ibid., p. 99 -100.

<sup>91</sup> Ibid., p.104.

#### 4.6 A Supralegalidade das Normas dos Tratados e o Regime de Proteção dos Tratados de Direitos Humanos

No mesmo sentido do excepcional poder de reforma concedido aos tratados de direitos humanos pela cláusula aberta do § 2º da Constituição Federal, observa-se que, principalmente após a inclusão do § 3º, ocorre uma especial proteção de tais princípios constantes dos tratados. As normas dos tratados internacionais em geral, por não tratarem de direitos humanos, são recepcionados com hierarquia de normas federais ordinárias, entretanto, em virtude da boa-fé internacional, e por, conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena, não poder ser alegada disposição interna para revogar os termos de um tratado, entende-se que estes possuem a condição de normas supralegais. Neste sentido, PIOVESAN, “Sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infra-constitucional, mas supralegal. Esse posicionamento coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado”<sup>92</sup>.

O § 2º, ao instituir que os princípios constantes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte não podem ser excluídos pelos princípios presentes na Constituição, por si mesmo já lhes concede elevado grau de proteção contra a reforma de seu conteúdo. Uma vez que estes, mesmo quando recebidos por maioria simples, são incorporados como normas supralegais e dada sua natureza materialmente constitucional, estes princípios encontram-se duplamente protegidas contra as leis ordinárias que venham a ser instituídas posteriormente a sua recepção, pois, além de supralegais, são recepcionadas materialmente pela constituição, e portanto, integrantes do núcleo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos<sup>93</sup>.

Com o advento do § 3º, os princípios dos tratados que venham a ser recepcionados por maioria absoluta, revestem-se de especial proteção. Observe-se que, antes do referido parágrafo, mesmo com a proteção conferida pelo § 2º, os tratados e convenções internacionais ainda eram suscetíveis ao instituto da denúncia, o que conforme as regras de direito internacional, desobrigaria o estado tratadista dos termos de determinado instrumento. É neste sentido que afirma PIOVESAN: “Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia”<sup>94</sup>.

Ao se incorporar as normas dos tratados internacionais pelo procedimento do § 3º, estar-se-ia concedendo a estes a peculiaridade de, mesmo denunciados, perpetuarem sua existência no âmbito interno como norma constitucional, pois para além de materialmente constitucionais o são formalmente, passando a integrar o texto de nossa Constituição. Ensina PIOVESAN: “Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não

<sup>92</sup> Ibid., p. 60.

<sup>93</sup> Ibid., p. 75.

<sup>94</sup> Ibid., p. 77.

há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados...”<sup>95</sup>. Não bastando tais proteções de âmbito nacional, o fato de tais normas terem sido incorporadas por instrumento internacional com o qual o Estado Brasileiro tenha se comprometido de livre e espontânea vontade, obriga o estado tratadista frente à comunidade internacional, a realizá-los em sua esfera interna, não podendo alegar em sua defesa norma de seu ordenamento interno para escusar-se de cumpri-las, conforme o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Tal compromisso é especialmente verdadeiro quando se tratam de direitos humanos, os quais são considerados princípios essenciais internacionalmente reconhecidos qualificando-os como *jus cogens*, possuindo ainda qualidade de obrigações *erga omnes*<sup>96</sup> e, portanto disponíveis a todos e oponíveis a todos. Sob o aspecto internacional, somente o regime da denúncia é meio hábil a desobrigar um estado tratadista dos termos de um tratado do qual seja signatário. Sobre essa “imunidade” ao mecanismo de denúncia dos tratados recepcionados pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88, assevera PIOVESAN:

*Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional*<sup>97</sup>.

A leitura sistemática de ambos os parágrafos, nas normas que venham então a ser recepcionadas pelo procedimento do § 3º, acabaria por instituir normas que por serem materialmente e formalmente constitucionais, integrariam o catálogo de cláusulas pétreas e consequentemente resguardadas de reforma por emenda constitucional. Ao mesmo tempo perpetuariam sua existência no âmbito interno para além do mecanismo de denúncia, por serem também formalmente constitucionais e passarem a integrar o texto constitucional.

#### **4.7 Hierarquia dos Tratados Aprovados antes da EC 45/2004 no Novo Modelo Imposto pela Reforma do Judiciário**

Se, o advento do § 3º do artigo 5º gera diversos questionamentos quanto à hierarquia das normas dos tratados incorporados após seu surgimento, ainda mais questionamentos suscitam-se, quanto aos tratados que já tenham sido recebidos anteriormente a este novo modelo por ele imposto. Principalmente no sentido de que, é contraditório se imaginar que, em virtude do § 3º, os novos tratados internacionais venham a ser equivalente as emendas constitucionais, mas que os tratados anteriores à

<sup>95</sup> id.

<sup>96</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 71.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 77.

emenda 45, os quais consistem dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos, não o sejam. Acabaria por originar situações nas quais os mecanismos posteriores, muitas das vezes decorrentes daqueles mecanismos anteriores possuiriam proteção constitucional superior ao daqueles, uma vez que os tratados anteriores à emenda, apesar de materialmente constitucionais, possuem hierarquia formal de lei ordinária e, portanto de hierarquia inferior ao dispositivo que deste decorre. Sobre esta última observação, manifesta-se o professor MIRANDA:

*Com o advento do parágrafo 3º ao artigo 5º a interpretação de que os tratados de direitos humanos ratificados e aderidos pelo Brasil já possuem, por força do parágrafo 2º do mesmo artigo, natureza de norma constitucional quanto à matéria é reforçada pelo fato de que seria ilógico que os protocolos às convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil tenham vigência de norma constitucional enquanto às convenções as quais são subordinados permanecem no patamar infraconstitucional<sup>98</sup>.*

A doutrina vem se manifestado neste sentido e diversas são as argumentações para solucionar tal controvérsia. Ressalte-se que este é tema ainda muito recente e que, portanto não possui ainda qualquer entendimento doutrinário mais ou menos dominante a esse respeito. Para parte da doutrina, dever-se ia reencaminhar os tratados que versem sobre direitos humanos para nova apreciação pelo Congresso Nacional, para que lhes fosse reconhecido o *status* formal de emenda à Constituição<sup>99</sup>. Tal proposta é de difícil aplicação, por depender de regulamentação para tal reavaliação dos tratados e por colocar em risco a legitimidade destes, pois, correr-se-ia o risco de que tais tratados, nesse pretense processo de reavaliação ao contrário de obterem o quorum necessário para serem recebidos pelo procedimento do § 3º, não viessem a obter sequer o quorum de maioria simples, o que, mesmo que não lhes rejeitasse o texto lhe prestaria um desfavor ao diminuiria em muito o prestígio que lhes seria prestado<sup>100</sup>.

Outra vertente doutrinária propõe que o advento do § 3º, veio somente a reforçar o entendimento de que as normas daqueles tratados de direitos humanos anteriormente recepcionados adquirem automaticamente, a formalidade constitucional conferida pela equivalência as emendas. Nesta linha de raciocínio, a argumentação mais consistente advém de racionalizações sobre a incidência do princípio hermenêutico do *tempus regit actum*, o qual é amplamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, e que afinal reconheceria a estes automaticamente o *status* de emenda, por terem a sua época, adequadamente cumprido os procedimentos de recepção. Neste sentido o Professor SCHIER manifesta-se, "... a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir,

<sup>98</sup> MIRANDA, João Irineu de Resende. *O tribunal penal internacional e a ordem jurídica brasileira após a Emenda Constitucional n. 45/04* In: Publicatio UEPG – Ciências Humans, Ciências Sociais Aplicadas, linguística, Letras e Artes, v.14, n. 2, 2006, p. 55.

<sup>99</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo...*, p. 100.

<sup>100</sup> MIRANDA, Op. cit., p.57.

agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais.”<sup>101</sup> É paradigmático o exemplo do Código Tributário Nacional, o qual fora produzido adequadamente sob a égide da Constituição anterior (sendo portando, lei ordinária), e que fora recepcionado por conta do *tempus regit actum*, pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar (procedimento da atual Constituição Federal)<sup>102</sup>. Sobre a recepção via *tempus regit actum* do Código Tributário Nacional, MIRANDA escreveu:

*Isto não significa que o Código Tributário Nacional “transformou-se” em Lei Complementar, mas, sim, que suas disposições somente poderão ser alteradas por lei complementar à Constituição. Da mesma forma, sendo normas constitucionais quanto à matéria, os tratados de direitos humanos, a partir da Emenda n. 45, só poderão ser ter seu conteúdo revogado por Emenda Constitucional, visto que este é o quórum determinado pela Constituição a partir da Emenda*<sup>103</sup>.

Nesta argumentação, sustenta SCHIER: “... os tratados internacionais de direitos humanos produzidos anteriormente à EC 45, com observância ao procedimento de recepção então em vigor, sejam, após tal emenda constitucional, alçados ao *status* constitucional”<sup>104</sup> e desenvolve ainda: “O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, aplicou o *tempus regit actum* para afirmar que, observado o procedimento sob o qual foram editadas, as normas gerais de Direito Tributário teriam sido recepcionadas com *status* e hierarquia de Lei Complementar”<sup>105</sup>, conclui o raciocínio sob estes termos: “... não seria irrazoável esperar que o Supremo Tribunal Federal adotasse idêntico posicionamento, declarando que, pela incidência do *tempus regit actum*, os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45, produzidos e incorporados legitimamente sob a égide de procedimento válido à época, passam, agora, a gozar de *status* constitucional”<sup>106</sup>. As teorias da doutrina progressista, entretanto, versaram sempre de encontro com o entendimento do Supremo tribunal Federal, ao menos quanto ao *status* das normas constantes dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Esta mesma doutrina reconhece a competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, para incidentemente declarar a constitucionalidade de tais normas<sup>107</sup>. Cabendo, portanto o estudo do Posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quanto a recepção das normas constantes dos tratados de direitos humanos.

#### 4.8 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal

A competência do STF para julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais é retirada do disposto no artigo 102, inciso III alínea “b”. A análise dos

<sup>101</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p.512

<sup>102</sup> Id..

<sup>103</sup> MIRANDA, João Irineu de Resende. Op. cit., p. 56.

<sup>104</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p.512.

<sup>105</sup> Id.

<sup>106</sup> Id.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos...*, p 356.



entendimentos do Supremo Tribunal Federal faz-se importante, principalmente por caber a este a guarda da Constituição e julgar a constitucionalidade dos tratados. Conforme ressalta SARLET: “À vista de todo o exposto e cientes de que apenas tivemos condições de esgrimir alguns argumentos em torno de algumas das possibilidades hermenêuticas suscitadas (e ainda por suscitar) em torno do novo § 3º do art. 5º da CF, não se poderá olvidar que todas as alternativas referidas estarão sempre sujeitas ao crivo da jurisprudência (vinculante!) do Supremo Tribunal Federal”<sup>108</sup>. Tal competência do STF confere a este a capacidade de ditar o entendimento jurisprudencial sobre a hierarquia com que as normas dos tratados de direitos humanos serão reconhecidas. Cabendo portando, seu estudo aprofundando.

#### 4.9 Entendimento Anterior ao RE 466.343/SP

O Supremo Tribunal Federal veio sustentando desde o julgamento do RE 80.004-SE de 1977, e ao longo de mais de 30 anos, a paridade entre a norma constante de tratado internacional com as leis ordinárias. Pronunciando-se em favor da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, lhes negando inclusive a natureza suprallegal de suas normas.

O RE 80.004-SE de 1977 versou sobre a colisão entre o Decreto-Lei 427 de 69 e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, que no voto do Ministro-Relator Xavier de Albuquerque disse: “Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira”<sup>109</sup>. Entendimento este, menos retrógrado do que o do relator do acórdão 80.004, Ministro Cunha Peixoto, que proferiu o seguinte: “tratado não é lei, é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna”, o que desconsidera por completo os reflexos legais das normas do tratado na ordem interna. Sobre este posicionamento do Supremo Tribunal Federal, afirmou afirma MELLO: “... houve no Brasil um verdadeiro retrocesso no Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.”<sup>110</sup>. Era do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a equivalência entre tratado e lei ordinária, e conferindo entre estas a mútua capacidade de revogarem-se umas as outras, em face do princípio *lex posterior derogat prior*, conforme afirma SARLET, “..., segue prevalecendo, por força de sua autoridade, a posição majoritária no âmbito do STF, no sentido de que no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, aplica-se

<sup>108</sup> Id.

<sup>109</sup> BRASIL. *Recurso Extraordinário 80.004*, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 1º de junho de 1977.

<sup>110</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 366.

o princípio do *lex posterior derogat prior*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do estado no plano internacional, posição esta que tem sido adotada desde o julgamento do RE nº. 80.004, em 1977,...”<sup>111</sup>.

Sobre a equiparação do tratado a lei interna, é importante a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, que conforme o artigo 105, III, “a”, possui competência para julgar decisão que contrarie tratado ou lei federal, revelando o seguinte entendimento quando do julgamento do Recurso Especial nº 58.736-MG:

*O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Rege-se pelo Direito Internacional e o Brasil a seus termos continuará vinculado até que se desligue mediante os mecanismos próprios. Entretanto, perde eficácia quanto ao ponto em que exista a antinomia. Internamente prevalecerá a norma legal que lhe seja posterior.*

*Ocorre que, tendo em vista a sucessão temporal das normas, para saber qual a prevalente aplicam-se os princípios pertinentes que se acham consagrados na Lei de Introdução ao Código Civil. No caso, o estabelecido pela convenção constitui lei especial, que não se afasta pela edição de outra, de caráter geral.*

Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as normas dos tratados possuem hierarquia de lei ordinária, portanto passíveis de serem revogadas por lei interna de mesmo grau, mas cuida em determinar que em matéria especial, as normas dos tratados não possam ser revogadas por lei geral interna que venha a disciplinar sobre o tema de maneira diversa<sup>112</sup>. Sobre o momento em que os tratados tornam-se obrigatórios em âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a tese dualista, quando da apreciação da Carta Rogatória 8.279 – República Argentina, na qual, segundo a análise de MAGALHÃES: “... o STF tem entendido que o tratado, mesmo que ratificado pelo Congresso e ainda que o instrumento de ratificação tenha sido depositado no exterior, como previsto no tratado, somente adquire vigência na ordem interna, após a promulgação de decreto, pelo Presidente da República, colocando-o em vigor”<sup>113</sup>. É o extraído do voto do Ministro Celso de Mello quando da análise da referida Carta Rogatória:

*É que esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto legislativo nº 192/95), não se achava formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, quando da recusa da concessão de exequatur pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), o Protocolo em questão, em 04/5/98 (data da decisão ora agravada – fls. 55/63), ainda não havia sido promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República.*

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos...*, p. 73.

<sup>112</sup> MAGALHÃES, José Carlos de: *O supremo tribunal federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 67.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 69.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1490-3, em opinião já consignada neste trabalho, reconheceu expressamente que o Brasil faz uso da “visão dualista moderada”, e exige a promulgação executiva para que se possa conferir aplicabilidade interna aos tratados. Quanto às questões de defrontação de tratado de direitos humanos, para com norma constitucional, é emblemático o julgamento do Recurso Extraordinário 72.131 pelo Supremo Tribunal Federal. Tratava da vigência do referido pacto, também nomeado, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte conforme decreto 678 de novembro de 1992. Questiona-se a capacidade do referido instrumento frente à disposição geral constante no artigo 1.287 do Código Civil de 1916, frente às disposições especiais do Decreto-Lei 911/69 e Lei 8.886/94, bem como, frente à disposição constitucional sobre a prisão do depositário infiel constante do artigo 5º, inciso LXVII. Neste momento, venceu o entendimento esgrimido no voto do Ministro Moreira Alves, o qual assim discorre:

*Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de Lei ordinária [...] não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente a Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, §2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição [...] até para o efetivo de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia...*

Na apreciação do referido Recurso Extraordinário restaram vencidas as argumentações dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, dentre os quais, destaca-se análise realizada por REZEK:

*Não estou lendo na lei fundamental nada de semelhante a “Prenda-se o depositário infiel”, mas apenas uma autorização para que o legislador ordinário, caso queira, tome esse caminho. O legislador ordinário o tomou. Mais tarde, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, pressuposto da sua ratificação pelo governo brasileiro, e da sua incorporação pelo direito interno. Por não ver esse conflito material, estimo que aquilo que a Constituição entende possível poderia ser, depois, invalidado pela assunção de um compromisso internacional...*

Tal entendimento, sempre gerou controvérsias, primeiramente, por violar dispositivo da Convenção de Viena, a qual determina claramente que o Estado-Parte de um tratado não pode utilizar-se de disposição de seu direito interno para negar efetividade a norma de direito internacional regularmente pactuada, principalmente quanto as normas internacionais de proteção dos direitos humanos tidas como *jus*

*cogens* e imbuída de hierarquia privilegiada<sup>114</sup>. A referida convenção, em seu artigo 27, ao falar sobre a observância dos tratados pelo direito interno, determina que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, esta regra, aplica-se tanto as normas anteriores quanto as posteriores a incorporação do tratado. Para além deste ultimo argumento, apesar do entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal neste sentido, sempre ouve por parte da doutrina progressista o entendimento da suprallegalidade de tais normas, o que lhe asseguraria proteção contra a derrogação por lei posterior, ademais, tal doutrina defende arduamente a hierarquia constitucional, ao menos material, de tais normas<sup>115</sup>.

Infelizmente este entendimento do STF veio sendo reiterado ao longo dos anos, não são poucos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que vieram negando a natureza especial e suprallegal das normas dos tratados de direitos humanos, ao menos até o recente Recurso Extraordinário 466.343/SP o qual encontra-se em discussão no plenário.

#### 4.10 Entendimento Após o RE 466.343/SP

O entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, antes da inovação trazida pela EC 45/2004, era de que as normas constantes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil fizesse parte, eram recepcionados como lei ordinária. Tal entendimento vinha desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 de 1977, o qual, por um argumento ou por outro veio sendo sustentado pelo eminente Tribunal. Ocorre que, devido a novo parecer a ser instituído pela EC 45/2004, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP o qual iniciou na cessão de 22 de novembro de 2006, e que ainda encontra-se em plena discussão no plenário, mas que já conta com maioria de 8 votos, e do qual se pode obter o teor através da transcrição de seu teor no HC 90.172-7/SP Ministro Gilmar Mendes e do HC 87.585-8/TO Ministro Marco Aurélio, que ineditamente reconhecem, não só a suprallegalidade das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, como também a constitucionalidade material de tais instrumentos inclusive quanto a capacidade destes de reformarem aos princípios fundamentais de nossa Constituição.

Tal entendimento ocorre sobre norma de tratado que fora recebido antes da vigência da EC 45/2004, e que por óbvio não fora aprovado pelo foro qualificado do §3º. Mas somente agora, após o reforço argumentativo originado por este, proporcionou a mudança jurisprudencial, reconhecendo a capacidade das normas materialmente constitucionais dos tratados de direitos humanos conferida pelo § 2º da CF/88. É emblemático o julgamento de tal questão, pois trata da prisão civil do depositário infiel, aonde se confronta o inciso LXVII do artigo 5º da CF/88, com o disposto no artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica. Nas palavras do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, relator do HC 90.172-7/SP, no qual transcreve o teor de seu voto no RE 466.373/SP:

<sup>114</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 67.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 65.

... desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Observa-se que em tal declaração consubstancia-se a supralegalidade das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, e apesar da infraconstitucionalidade formal apontada pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, adiante reconhece a constitucionalidade material conferida a tais normas, conforme se depurar o trecho a seguir, A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos<sup>116</sup>. Ademais, reconhece explicitamente a mudança do paradigma constitucional, bem como do entendimento da Suprema Corte:

... a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo<sup>117</sup>.

Neste sentido, assim pronunciou-se o Excelentíssimo Ministro Celso Mello, no HC 87.585-8/TO:

*As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [grifo no original]*<sup>118</sup>

Tais mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal sempre foram um muito aguardado precedente. Uma vez que o principal argumento dos teóricos mais

<sup>116</sup> BRASIL. *Habeas Corpus* 90.172-7/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, em 05 de junho de 2007

<sup>117</sup> Id.

<sup>118</sup> BRASIL. *Habeas Corpus* 87.585-8/TO, Pleno, em 12 de mar. de 2008.



restritivos, ainda no paradigma anterior, residia exatamente na jurisprudência pretérita do Supremo Tribunal Federal. Em seu voto o Ministro Celso Mello, reconhece a inserção das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, pelo dispositivo do § 2º. do art. 5º. da CF/88.

... o § 2º. do art. 5º. da Constituição – verdadeira cláusula geral de recepção – autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade: [grifo no original]<sup>119</sup>

Ressalta-se que tal reconhecimento pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apazigua a muitos dos questionamentos doutrinários quanto à condição dos instrumentos internacionais que haviam sido recebidos sob a égide do procedimento de incorporação anterior à emenda 45/2004. Novamente, pode-se extrair do voto do Ministro Celso de Mello, no HC 87.585-8/TO, uma classificação, em que este consubstancia seu entendimento a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos recepcionados antes e após a vigência da EC/45, a qual, segundo o próprio Ministro coaduna-se com a de Celso LAFER, aonde teríamos então: os tratados internacionais de direitos humanos celebrados anteriormente à CF/88, os tratados celebrados após a EC nº. 45/2004 e que portando devem observar o procedimento estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição, e os tratados de direitos humanos posteriores à CF/88 porém anteriores à EC nº. 45/2004, que assumem caráter materialmente constitucional<sup>120</sup>.

Outro fator de destaque no julgamento dos referidos *Habeas Corpus*, é a relevância dada ao advento do § 3º do art. 5º da CF/88, o qual, segundo os pareceres aqui apresentados, foi considerada inovação apta a instaurar no âmbito daquele Supremo Tribunal Federal, a visão que este vinha tendo entorno da posição jurídica que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos possuem ao adentrarem o ordenamento pátrio.

## CONCLUSÃO

O processo de universalização dos direitos humanos esteve intimamente ligado à constitucionalização e ao processo de democratização pátrios, fosse influenciando o constituinte de 88 com a inserção da dignidade humana como preceito fundamental da Carta Magna e com os direitos humanos como norteadores das relações internacionais,

<sup>119</sup> Id.

<sup>120</sup> LAFER, Celso. *a internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. [S.L.], Manole, 2005. p. 16 - 18. *Apud*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585-8/TO, Tribunal Pleno. 12 de mar. 2008.

fosse ainda pelo número cada vez maior de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos recepcionados, garantindo assim o reconhecimento internacional de Estado brasileiro como respeitador de tais garantias.

Ocorre que, internamente, graças à desídia quanto a real efetivação de tais direitos e da falta de reconhecimento destes pelos nossos tribunais, por muito tempo resultou prejudicada a realização de tais princípios em nossa sociedade.

A doutrina progressista, em meio a esse contexto, elaborou diversas teorias em prol da recepção automática e da hierarquia constitucional de tais normas, entretanto, devido ao posicionamento de uma parte da doutrina mais restritiva, bem como do Supremo Tribunal Federal, tais teorias vieram sendo barradas quando da aplicação pelo judiciário nacional. Apesar das argumentações da doutrina progressista que, em virtude do caráter especial dos instrumentos internacionais de direitos humanos, atribuía-lhes não só a suprallegalidade de suas normas, mas percebia nestes, devido ao reconhecimento da cláusula aberta do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal da República, normas de hierarquia constitucional. O advento do novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, instituído pela Emenda Constitucional número 45 de dezembro de 2004, foi um dispositivo muito aguardado pela doutrina progressista, que esperava que este viesse a por termo sobre as discussões quanto à constitucionalidade das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos.

A infeliz redação do referido dispositivo, entretanto, acabou por gerar novas dúvidas quanto à recepção dos referidos instrumentos, uma vez que não determinou expressamente a tão aguardada determinação de constitucionalidade de todos os tratados de direito humanos recepcionados. Devido ao caráter facultativo da recepção equivalente à Emenda Constitucional, referida no dispositivo do § 3º, passou a doutrina a questionar como ocorreria tal faculdade. Conforme apresentado neste estudo, no atual estágio de desenvolvimento da normatividade sobre o assunto, a melhor interpretação é a de que a recepção com equivalência ao das Emendas Constitucionais ocorre durante o processo de incorporação legislativa, aonde então, em obtendo o quorum de maioria absoluta, no momento de sua apreciação, passariam as normas constantes de tais instrumentos, a obter a qualidade de equivalência hierárquica formal ao das emendas constitucionais e em não alcançando tal quorum, mas ainda obtendo o quorum de maioria simples, seriam recepcionada pelo procedimento anterior do artigo 47 da Constituição Federal, com hierarquia de norma constitucional Material e portanto apta a integrar o bloco de direitos e garantias constitucionalmente protegidos, devido ao caráter especial de seus princípios e em conformidade com a nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento do § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, todavia, não sepulta o entendimento do § 2º do mesmo artigo, exigindo de tal forma a leitura conjugada de ambas as normas. A conjugação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, gera o entendimento de que, a partir da Emenda Constitucional número 45/04, existe no ordenamento interno brasileiro a possibilidade de normas de direitos humanos recepcionadas com somente o reconhecimento de sua constitucionalidade material (quando acolhidas somente pelo § 2º), e de normas de tais instrumentos que, ao serem aprovadas com maioria absoluta pelo congresso nacional (procedimento do § 3º), sejam

reconhecidas como materialmente e formalmente constitucionais, e em sendo formalmente constitucionais, passem a integrar o texto constitucional.

A leitura conjugada de ambos os parágrafos resultaria em normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais que sobreviveriam ao mecanismo da denúncia (do qual as normas apenas materialmente constitucionais ainda são suscetíveis), uma vez que, por força do § 2º, as normas dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo quando apenas materialmente constitucionais, passam a integrar o catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, e em virtude do § 3º, passariam a integrar formalmente o texto constitucional, não perdendo a vigência interna somente pela denúncia do tratado e ainda originando normas as quais não poderiam ser modificadas, por se tratarem de normas do catálogo de direitos e portanto compreendidas como cláusulas pétreas.

Os entendimentos até o momento apresentados nesta conclusão fazem referência somente aos tratados de direitos humanos que venham ainda a ser incorporados pelo novo modelo imposto pela Emenda Constitucional 45/04. Quanto aos tratados já recepcionados, a referida emenda, ao não esclarecer adequadamente a hierarquia de tais instrumentos, ocasionou na doutrina intenso debate, do qual ainda não prevalece nenhum entendimento.

No âmbito deste trabalho, observou-se três possibilidades de interpretação, uma compreendendo que, os tratados recebidos anteriormente a Emenda Constitucional 45/04 poderiam ser reencaminhados ao Congresso Nacional, para apreciação pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88, teoria a qual inclusive encontra respaldo em projeto de resolução da Câmara dos Deputados, mas que, na falta de aprovação deste projeto ou de projeto similar, carece de normatividade apropriada. A teoria que defende a determinação de constitucionalidade via princípio do *tempus regit actum*, compreende a obrigatoriedade do procedimento pelo quorum de maioria absoluta referido no § 3º, entendendo que o referido parágrafo ao determinar que nos tratados e convenções internacionais "... que forem aprovados..." pelo referido quorum sejam equivalentes as emendas constitucionais, refere-se este aos tratados vindouros. Neste entendimento, ao determinar obrigatoriedade quanto aos tratados ainda a serem recepcionados, articula que, em virtude dos tratados anteriores terem sido adequadamente incorporados pelo procedimento anterior, o princípio hermenêutico do *tempus regit actum*, conseqüentemente viria a estender a qualidade de equivalência as emendas a estes instrumentos. Esta teoria possui o respaldo de ter o Supremo Tribunal Federal reconhecido tal princípio interpretativo, reiteradas vezes. Sobre a hierarquia constitucional de tratado incorporado antes da emenda constitucional 45/04, talvez seja o entendimento de maior importância o enunciado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343-SP, o qual ainda encontra-se em plenário, mas que já consta, até a data do término deste trabalho, com maioria de 8 votos, e do qual se pôde obter o entendimento em virtude do exposto nos *Habeas Corpus* 90.172-SP e *Habeas Corpus* 97.585/TO.

Neste entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ineditamente reconheceu expressamente a supralegalidade das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, e apesar de determinar a infraconstitucionalidade formal das normas

destes, reconheceu-lhes a capacidade de materialmente reformarem ao texto constitucional, uma vez que o aludido Recurso Extraordinário versa quanto a conflito entre norma constitucional do catálogo frente à norma instituída por tratado internacional de direitos humanos e reconhecendo a capacidade destas mudarem o entendimento e alcance daquelas em busca da efetiva proteção dos direitos humanos. O entendimento do Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário 466.343-SP é de suma importância para que os instrumentos de proteção dos direitos humanos passem a efetivarem-se em nossa sociedade, o reconhecimento da materialidade constitucional e a suprallegalidade expressa na sentença, era algumas das principais exigências doutrinárias.

Tal é a importância do que está a se discutir em plenário, que chega, até mesmo, a minorar as discussões acerca do § 3º, ao menos das pertinentes ao tema aqui proposto, pois, é de menor relevância a discussão acerca da hierarquia formal se esta não for acompanhada de hierarquia material e aplicação, das quais trata o recurso em questão, entretanto é infeliz que tal decisão, feita sob a vigência do referido parágrafo, (o qual não foi considerado pelo tribunal, ao menos é o que extrai-se das argumentações acessíveis pelo HC 90.172-SP) tenha nomeado expressamente a infraconstitucionalidade formal dos direitos fundamentais constantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563-71.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, 1461p.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 577p.
- GOMES, Eduardo Biacchi. Hierarquia das Convenções Fundamentais da organização internacional do trabalho, na conformidade da EC 45/2004. In: RAMOS, Wilson Filho (coord). **Constituição e Competência Material da Justiça do trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Gênese, 2005. p. 79 – 98
- GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha, **O novo direito internacional público “E o embate contra a tirania”**. São Paulo: Observador Legal, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 467 – 551.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998. p. 309 – 386.
- LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 06 abr. 2007.
- MAGALHÃES, José Carlos de: **O supremo tribunal federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p.57-104.

MAZZUOLI, Valério de oliveira. **Direitos humanos & Relações internacionais**. Campinas: Aga Iuris, 2000. 502p.

\_\_\_\_\_. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**. v. 378, p.89-109, 2005.

\_\_\_\_\_. **Reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_63.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf)>. Acesso em 16 abr 2007.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **O poder de celebrar tratados**: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 624p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 807 – 899.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 399p.

MIGUEL, Alexandre. A constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. a.14, n. 55, abr./jun. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 286-326.

MIRANDA, João Irineu de Resende. **O tribunal penal internacional e a ordem jurídica brasileira após a Emenda Constitucional n. 45/04** In: Publicatio UEPG – Ciências Humanas, Ciências Sociais Aplicadas, lingüística, Letras e Artes, v.14, n. 2, 2006, p.43-61.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 448 – 471.

PFÄFFENSELLER, Michelli. A (in)eficácia do § 3.º do art. 5.º da CF/88 como norma de integração dos direitos humanos provenientes dos tratados internacionais. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. a.15, n. 59, jan./mar. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 335-356.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 7. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2006. p.43-104.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: **Direito e democracia**: revista de ciências jurídicas – ULBRA. v. 6, n. 1, 1º. Semestre de 2005. Canoas: ULBRA, 2005. p. 229- 243.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, 241p.

RAMOS, André de Carvalho: **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11-133.

REDIN, Giuliana. Crítica ao § 3.º do art. 5.º da CF/88 à luz da internacionalização dos direitos humanos. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. a. 15, n. 59, abr./jun. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 345-358.

REZEK, José Francisco. **1944, Direito internacional público: curso elementar**. 9. São Paulo: Saraiva, 2002. 403p.

\_\_\_\_\_. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 1-384.

SANTOS, Sandro Schmitz. A Emenda constitucional n.º 45 e a desconstrução do direito internacional: apontamentos críticos. In: **A&E revista de direito administrativo e constitucional**. a. 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 115-128.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-60.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67-207.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º. e 3º do art. 5º. da Constituição de 1988. In: **Revista de direito do estado**. a. 1, n. 1, jan./mar. 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 59 – 88.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI,



Alexandre Coutinho (coords). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.509-514.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos**. V.I, Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

## DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480-3 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 set. 1997

\_\_\_\_\_. **Carta Rogatória 8.279 – República Argentina**, Ministro Celso de Mello (presidente), julgada em 04 de maio de 1998.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 05.10.1988.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 72.131-RJ**, Relator Ministro Moreira Alves, em 23 de novembro de 1995.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 87.585-8/TO**, Relator Ministro Marco Aurélio, em 12 de março de 2008.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 90.172-7/SP**, Relator Ministro Gilmar Mendes, em 05 de junho de 2007.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados n. 204/2005**. Autor: Fernando Coruja, em 03 de março de 2005.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 58.736-MG**, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 13 de dezembro de 1995.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 80.004**, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 1º. de junho de 1977.

SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, **Pacto de San José da Costa Rica**, promulgado pelo Decreto 678 de 06 de dezembro de 1992.

VIENA. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, de 26 de maio de 1969.