



OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA HIERARQUIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THEIR HIERARCHY IN THE INTERNAL LEGAL ORDER

DOI: 10.5281/zenodo.11053591

Cláudio Alberto Bessel¹
Kerly Amira Aires Nasser²
Jara de Oliveira Engers³

RESUMO

O presente trabalho aborda sobre o Direito Internacional com enfoque nos tratados internacionais, do quais são adotados no Direito Brasileiro de forma diferenciada dos demais. Os mesmos possuem uma especialidade jurídica dada a sua extrema relevância. É observado a sua incorporação através do quórum qualificado tipificado pelo parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal de 1988, parágrafo esse que foi criado pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que prevê que os tratados internacionais de direitos humanos devam ser adotados ao nosso ordenamento jurídico como Emendas a Constituição, dando assim a eles, caráter de supralegalidade. Devido aos conflitos que originaram-se entre a norma interna, e a norma internacional, surgiram algumas teorias de adoção da Legislação estrangeira, dentre essas, as teorias monista e dualista. Essas teorias abordam tanto a hierarquia dessas Leis distintas, como também a Soberania Nacional em relação à elas, como por exemplo a faculdade de um Estado à aderir aos mesmos. Assim, no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, verificou-se a aprovação dos mesmos nos moldes do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federativa de 1988, que prevê que sejam aprovados nas duas casas do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos respectivos membros, dando assim, esses tratados, o caráter de Emendas Constitucionais. O objetivo geral é a análise da importância do Direito Internacional Público através de tratados, pactos, convenções, dentre outros acordos internacionais nos mais variados aspectos jurídicos, principalmente no tocante à proteção internacional dos Direitos

1 Bacharel em Direito - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

2 Bacharel em Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

3 Bacharel em Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.



Humanos, bem como a forma de incorporação desses acordos no ordenamento jurídico brasileiro. Na sua realização foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direito Internacional. Hierarquia. Tratados. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This work addresses International Law with a focus on international treaties, which are adopted in Brazilian Law in a different way from others. They have a legal specialty given their extreme relevance. Its incorporation is observed through the qualified quorum typified by the third paragraph of the fifth article of the Federal Constitution of 1988, a paragraph that was created by Constitutional Amendment 45 of 2004, which provides that international human rights treaties must be adopted into our legal system as Amendments to the Constitution, thus giving them a supralegal character. Due to the conflicts that arose between the internal norm and the international norm, some theories of adoption of foreign legislation emerged, among them, the monist and dualist theories. These theories address both the hierarchy of these different Laws, as well as National Sovereignty in relation to them, such as the ability of a State to adhere to them. Thus, with regard to international human rights treaties, their approval was verified in accordance with the third paragraph of the fifth article of the 1988 Federal Constitution, which provides that they be approved in both houses of the National Congress in two rounds for three fifths of the respective members, thus giving these treaties the character of Constitutional Amendments. The general objective is to analyze the importance of Public International Law through treaties, pacts, conventions, among other international agreements in the most varied legal aspects, mainly regarding the international protection of Human Rights, as well as the form of incorporation of these agreements into the legal system. Brazilian legal system. In carrying it out, the hypothetical-deductive approach method was used.

Keywords: International Law. Hierarchy. Treaties. Human rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão do curso tem como tema os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua hierarquia no ordenamento jurídico interno. Os tratados, uma vez ratificados, passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado. Esses tratados são apenas uma forma de diploma jurídico legal existente no Direito Internacional, sendo que existem também as Convenções entre os países onde se discutem temas pontuais, a partir dos



quais se originam dispositivos jurídicos válidos para todas as nações que fizeram parte e assinaram tal Convenção. Existem também, os Acordos e Pactos internacionais ou regionais.

Dessa forma, nota-se que o Direito Internacional possui vários tipos de Legislação e várias correntes de temas relevantes jurisdicionalizados por ele. Dentre todos os temas mais relevantes a serem abordados pelo Direito Internacional, está a questão dos Direitos Humanos, mais precisamente na proteção deles. Com isso, tem-se o presente trabalho de conclusão de curso com enfoque especial nesse tema, dada a sua devida relevância. Entretanto não se pode falar de proteção global dos direitos humanos sem entender o direito internacional.

Desse modo, será abordado, a forma como os tratados e demais legislações internacionais de direitos humanos são incorporadas no nosso bojo jurídico, bem como os possíveis confrontos de mesma ordem entre a Carta Magna Nacional e a Lei internacional são dirimidos, como também os princípios e teorias jurídicos humanitários devem ser avaliados e aplicados para melhor efetividade dos diplomas internacionais ratificados, e para o cumprimento Legal e funcionamento jurídico interno de acordo com a nossa Carta Maior em nosso território.

O objetivo dessa pesquisa consiste em analisar a importância do Direito Internacional Público através de tratados, pactos, convenções, dentre outros acordos internacionais nos mais variados aspectos jurídicos, principalmente no tocante à proteção internacional dos Direitos Humanos, bem como a forma de incorporação desses acordos no ordenamento jurídico brasileiro.

O problema central da pesquisa está em questionar sobre o modo de como é a soberania do país diante da norma internacional, bem como o Brasil cumpre todos os tratados internacionais de direitos humanos. E também como se diferem as teorias monistas e dualistas, de forma a saber qual é a força normativa dos tratados internacionais de direitos



humanos no ordenamento jurídico interno. Para alcançar um resultado satisfatório para a pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de seleção de bibliografia e documentos afins à temática e em meios físicos e na Internet, interdisciplinares, capazes e suficientes para que o pesquisador construa um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo, responda o problema proposto, corrobore ou refute as hipóteses levantadas e atinja os objetivos propostos na pesquisa; leitura e fichamento do material selecionado; reflexão crítica sobre o material selecionado e exposição dos resultados obtidos através de um texto escrito monográfico.

O presente trabalho está dividido em dois capítulos, no primeiro abordar-se-á, de forma sucinta, um resgate histórico acerca dos Direitos Humanos, do Direito Internacional, da soberania dos Estados, como também, a relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, bem como a importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Trata também das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, dos fundamentos de validade do Direito Internacional e a aplicação da teoria monista ou dualista no caso de conflitos entre os tratados e a norma interna.

No segundo capítulo, analisar-se-á a força normativa que os tratados internacionais de Direitos humanos possuem no nosso ordenamento jurídico, como também a vigência da Emenda Constitucional 45 de 2004 que alterou essa adoção dos tratados, bem como dos conflitos existentes entre a norma interna e a norma internacional e seus meios de resolução. Também no segundo capítulo relata-se sobre a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e sua aprovação pelo quórum qualificado, como também os tratados ratificados pelo quórum qualificado, explicando o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa maneira, o seguinte trabalho apresenta de forma ampla a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e como se dá a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro, através dos dispositivos legais existentes.



1-RESGATE HISTÓRICO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E SOBERANIA DOS ESTADOS

A relação entre os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é bem estreita, sendo que faz-se necessário observar os conceitos relatados por vários autores dessa área de estudo, já que os direitos humanos são considerados aqueles conectados à liberdade e à igualdade, que estão positivados no plano internacional e, os direitos fundamentais, são considerados aqueles direitos humanos que estão positivados na Constituição Federal.

O que difere o teor do conceito dos dois é, basicamente, o âmbito em que estão consagrados. Dessa forma, para melhor conceituação e relação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, entende-se que os Direitos Humanos são aqueles inerentes à condição humana.

Conforme o que pode ser analisado no que foi relatado por João Hélio Ferreira Pes (2010, p.28), a noção dos direitos humanos, de acordo com os direitos subjetivos naturais, emana do jusnaturalismo racionalista. E dessa forma, destaca que: “[...] cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado como objeto.” Assim, com referência à segurança dos direitos humanos Flávia Piovesan (2012, p.124) destaca que:

[...] a garantia de direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.



Nesse sentido, pode-se destacar que o argumento da matéria dos direitos fundamentais, é de grande importância quando é estabelecida entre os direitos humanos de origem internacional e os direitos humanos fundamentais da constituição, ou seja, pode ser compreendido como direito da pessoa humana, por sua natureza, aqueles que ultrapassam os direitos fundamentais, por decorrência de seu conteúdo ser favorecido de uma ordem de princípios universais, os quais são válidos em todos os lugares, para todos os seres humanos, independente de simples comprovação. Desse modo, Helenice Braun (2002, p. 102) afirma que:

A interpretação dada pelos autores é de que a constituição de 1988 teve a intenção de retirar, completamente, do campo de abertura material do catálogo de direitos fundamentais previstos no artigo 5º, § 2º, as regras de Direito Internacional geral convencional. O uso do termo “tratados internacionais”, na Carta Maior de 1988, foi acolhido pela maioria dos doutrinadores da área, porque essa expressão abrange diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação aos demais termos utilizados, entre os quais os pactos, os acordos e as convenções seriam espécies. Portanto, se a interpretação fosse literal, os direitos fundamentais, previstos no Pacto Internacional da Organização das Nações Unidas, sobre Direitos Cívicos e Políticos, e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, de 1966, teriam que ser totalmente descartados. A finalidade da previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988, é de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos.

Com relação a compreensão de Direitos Humanos Pes (2010, p. 32) sustenta que, apesar do reconhecimento histórico de que a razão dos direitos humanos foi, inicialmente, fixado como sendo “Deus”, e posteriormente natureza e propriedade, passando por liberdade e bem estar, nos últimos tempos uma das tendências marcantes é a certeza geral de que o verdadeiro fundamento dos direitos humanos, em particular, está na dignidade humana.

O conceito dos Direitos Fundamentais é uma tarefa complicada, de modo que as tentativas que tem como objetivo abranger de forma decisiva e isto é, com legalidade



universal, o conteúdo material, ou seja, o embasamento material dos direitos fundamentais, está determinado, de tal maneira a um grau de decomposição do fato de cada ordem constitucional.

Segundo o que menciona Pes (2010, p.37) o conceito de direitos fundamentais é estimado como sendo todos os direitos cadastrados expressamente pela própria Constituição. Essa definição aponta um benefício por sua simplicidade, conforme o seguinte fragmento: “A definição material está no sentido de que os direitos fundamentais são, em sua essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo.”

No entanto, os direitos fundamentais não se substanciam somente àqueles caracterizados na Constituição, isso porque ela própria contém cláusulas abertas, ou seja, exerce o princípio da não tipicidade, o que admite que outros direitos possam existir, seja por resultarem dos princípios que ela adota ou em decorrência de Tratados Internacionais assim como prevê a própria Constituição Brasileira.

Em que se pese, os direitos humanos e os direitos fundamentais, os quais são habitualmente usados como sinônimos, explica-se normalmente o termo “direitos fundamentais”, como aquele usado para os direitos do ser humano reconhecido e objetivado na Constituição. Já a expressão “direitos humanos”, seria aquela que reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua associação com determinada ordem constitucional e que, portanto, tem como objetivo a validade universal para todos os povos. Desse modo, a distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, pode ser analisada no que foi estabelecido pelo autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p.34):

Os direitos humanos, por serem universais, estão reconhecidos tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos costumes, nos princípios jurídicos e nos tratados internacionais; ao passo que os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos internos de cada Estado, especialmente nas suas Constituições.



Ainda conforme Leite (2011, p.34), destaca-se: “[...] que nem todo o direito fundamental pode ser considerado um direito humano, assim como nem todo o direito humano pode ser considerado um direito fundamental.” É o caso, por exemplo, do direito à vida que, nos termos do art. 5º, caput, da CF/88, é um direito fundamental no Brasil mas, em alguns ordenamentos jurídicos, existe a pena de morte, demonstrando que, em alguns países, o direito à vida não é fundamental, embora seja reconhecido como um direito humano no plano internacional. Dessa forma, com tantas diversidades de opiniões em ordenamentos jurídicos, é importante a análise desses termos.

Por esse ângulo, de acordo com Norberto Bobbio (2004, p.16), pode-se ressaltar que: “[...] os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte em igual medida) reconhecidos.” Assim, pode-se dizer que a diferença entre esses direitos não está em seus conceitos, pois os dois possuem o mesmo intuito e a mesma natureza. É de se sustentar que esses direitos protegem um conjunto de direitos pertencentes à dignidade da pessoa humana. E a diferença, entre os direitos humanos e direitos fundamentais, portanto, encontra-se na posição em que dispõe a lei.

2. CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos foi determinado, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial e surgiu com o objetivo de extinguir os preconceitos e as desigualdades. Trata-se de normas jurídicas internacionais e procedimentos com a intenção de preservar as garantias dos direitos humanos a todos os cidadãos, e, além disso, de subordinar os países para responsabilizá-los a ratificar esses direitos.



Os meios pelos quais visa-se subordinar os países para assumir a ratificação desses direitos são: os Pactos, as Convenções, os Protocolos, os Tratados, os Comitês e as Comissões, definidos por acordos com a comunidade internacional e que tem por escopo fortificar o caráter universal dos direitos humanos. Foi com a ideia de salvaguardar os direitos humanos essenciais no continente americano que foi criado o sistema de proteção dos direitos humanos, conhecidos como Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1969. Essa Convenção estabeleceu dois órgãos para proteger o direito dos homens, sendo eles, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme Piovesan (2012, p.85) é ressaltado que:

[...] a Convenção Americana reconhece e garante um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. No universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito ao nome; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a Lei; o direito à proteção judicial.

Após, no ano de 1988, a Assembleia Geral da ONU passou a adotar um protocolo complementar à convenção relacionado aos direitos econômicos, sociais e culturais. Com relação a Vasconcellos (2010, p.53), é relatado que: “A assinatura e a ratificação da convenção impõe aos Estados deveres positivos e negativos quando, respectivamente, comprometem-se a não violar direitos garantidos na aludida convenção e a adotar as medidas necessárias cabíveis para assegurar o pleno exercício dos direitos nela contidos.” Assim, as recomendações da Convenção devem ter como princípio a boa-fé dos Estados que fazem parte, para que o que foi acordado e ratificado com o cenário internacional.



Dessa maneira, os governos devem propiciar o fácil acesso às informações indicadas para o adequado esclarecimento de questões relativas às práticas de violação e afronta aos direitos humanos em seus países. Para Braun (2002, p.43), [...] “A consequência principal da assinatura de tratados, é que, a partir da fixação do texto, os Estados-partes ficam vinculados por consequência do princípio da boa-fé, a abster-se de atos ou omissões que prejudiquem o tratado no seu objetivo ou fim. Tanto é que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados regula a forma de proceder à retificação por erros de textos ou das cópias autenticadas dos tratados”.

Já, com relação a Corte Interamericana de Direitos Humanos, essa trata-se de um órgão jurisdicional de um sistema regional e possui competência contenciosa composta por sete juízes naturais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Conforme pode-se analisar no que foi mencionado por Vasconcellos (2010, p.54), “Órgão jurisdicional do sistema regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência consultiva e contenciosa, segundo o art.62, parágrafo terceiro, [...]” A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui sua sede na cidade de San Jose, na Costa Rica, e é um órgão que possui caráter judicial autônomo com a obrigação de interpretar os dispositivos presentes na Convenção Americana de Proteção de Direitos Humanos. É de suma importância analisar a presença do caráter contencioso compreendido no artigo 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) de competência da Corte conforme a seguinte norma: “Artigo 33: São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta convenção: a) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos; b) A Corte Interamericana de Direitos Humanos.” Desse modo, a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com relação ao Estado Brasileiro, ocorreu através do Decreto Legislativo 89 do ano de 1998, e foi a partir daí que o mesmo apresenta-se totalmente integrado no sistema interamericano, podendo ser



demandado quando principalmente condenado nos casos de violação do que foi compromissado perante a Convenção.

Dessa forma, é demonstrada a grande importância da proteção dos direitos humanos como sendo um direito universal, onde não é permitido barreiras territoriais como forma de ultrapassá-la de qualquer maneira que seja. Essa conquista dos direitos fundamentais do homem, tanto os coletivos quanto os individuais, ocorreu através das constituições, assim como nas convenções de caráter internacional como também nos tratados, ao longo do tempo, o que possibilitou diminuir as desigualdades sociais, possibilitando a melhora da qualidade de cidadãos no mundo.

Mesmo que por algumas vezes, essa intenção na busca da proteção dos direitos humanos se conflite com alguns interesses particulares de grandes Estados, as Cortes internacionais tendem a encaminhar-se para a efetivação de responsabilidade dos violadores dos direitos humanos. A eficácia da Convenção Americana de Direitos Humanos precisa da harmonização dos mecanismos internos, para tornar mais rápida a tutela de justiça às pessoas que são vítimas do desrespeito aos seus direitos humanos.

Conforme Roberta Emanuelle Rosa Alves (2013, p.125), é possível melhor compreender conforme o que segue: Os Estados Partes da CIDH, não sofrem nenhum mecanismo de coerção para cumprirem as decisões condenatórias da Corte, somente pressões de ordem política, tornando qualquer descumprimento de sua parte resultante em medidas meramente administrativas, muito embora haja, hoje em dia, uma convergência de esforços para que os acordos sejam feitos como forma de viabilizar o pagamento de indenizações. Dessa forma, é com grande seriedade que surgiu a mobilização em prol de normas mais eficazes, com o objetivo de possibilitar a celeridade da garantia de indenizações com o intuito de diminuir o sofrimento de vítimas envolvidas e de suas famílias.



3. FUNDAMENTOS DE VALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

É de grande valia ao estudo de qualquer ordenação jurídica a averiguação de seu pressuposto de validade, que são os projetos, planos, objetivos de validação de tal objeto, ou seja, é a afirmação argumentativa da existência de tal preceito ou doutrina apresentada. E também, o porquê de tal teoria ou tese, no que se fundamenta ou concretiza e, é com esses conceitos que será abordado e compreendido o Direito Internacional Público.

No ensinamento de Bobbio (1999, p.61) é possível compreender que: “Saber se uma norma jurídica é válida ou não, não é uma questão ociosa. Se uma norma jurídica é válida significa que é obrigatório conformar-se a ela”. Pode-se dizer a respeito disso, que se a norma jurídica em questão é inquestionável, é preciso aceitá-la, não se pode discuti-la. Bem como a norma jurídica para que seja válida deve-se operar pela forma na qual é elaborada. E dessa forma, Schuelter (2003, p.39) assegura o fragmento que segue:

Assim como o direito, em sua concepção lato sensu, pode ser considerado uma manifestação da vida social, o direito interacional é o ordenamento jurídico da sociedade internacional. Das diversas conceituações elaboradas pela doutrina, extraiu-se a de Mello, segundo a qual direito internacional “é o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações mútuas”.

Portanto, as fontes do direito internacional diferem das fontes do direito geral, no tocante aos tratados internacionais ratificados pelos Estados, bem como das Convenções, Pactos e demais documentos internacionais assinados e firmados pelos signatários e o costume internacional. Sendo os princípios gerais do direito aplicáveis também ao direito internacional.



Primeiramente, para apresentar-se os fundamentos do Direito Internacional Público, deve-se considerar a existência de duas vertentes de maior acolhimento, quais sejam, a Voluntarista e a Objetivista, são essas correntes que norteiam os estudos acerca da validação do Direito Público Internacional como ordenamento jurídico. Para o entrosamento sobre o que são essas correntes e o Direito Internacional Público, é preciso aprofundar o entendimento sobre as teorias Voluntarista e Objetivista, distinguindo assim as especialidades de cada uma e como elas contribuem para a formação Do Direito Internacional Público.

Na compreensão de Mazzuoli (2014, p.28), a doutrina voluntarista possui uma notória base subjetivista, ou seja, abstrata no sentido de não ser taxativa em relação ao ordenamento jurídico, pois a obrigatoriedade do direito internacional realiza-se através da concessão dos Estados que, por sua vez, deve ser declarado por tratados e convenções internacionais ou, ainda, oriunda de uma vontade tácita pela adoção generalizada do costume internacional. Nesse sentido, pode-se afirmar que, para a corrente voluntarista, o direito internacional público, só é obrigatório se os Estados soberanos assim o desejarem, não vinculando hierarquia ou subordinação dos Estados sobre o direito internacional público.

A teoria objetivista nasceu para contrapor a teoria voluntarista. A corrente objetivista sugere que a obrigatoriedade de o Estado aderir às normas de direito internacional decorre da existência de uma normatização proeminente à Legislação interna, sendo que a conservação da comunidade internacional é dependente de princípios e padrões elevados que, por sua vez, necessitam de predomínio sobre os interesses meramente internos dos Estados. Nesse sentido, para que a teoria objetivista prevaleça, é preciso que haja princípios e normas superiores aos mesmos, de cada pátria.

A necessidade de haver um ordenamento jurídico maior ao ordenamento doméstico é o que fundamenta a existência da corrente doutrinária objetivista. Com a existência dessas duas teorias, surgiu a necessidade de contestar as mesmas pelo fato de haver um terceiro



entendimento sobre o tema, foi aí então que adveio o fundamento do Direito Internacional Público na regra *pacta sunt servanda*. Esta corrente acredita que o fundamento que se tem por mais correto e que possui maior aceitação pelo direito internacional público, dentre as demais doutrinas levantadas que buscam elucidar a razão desse direito, derivam de que o Direito Internacional Público norteia em princípios jurídicos atingidos a um nível maior da vontade dos Estados.

Essa terceira linha de pensamento desenvolvida em contraposição as teorias voluntaristas e objetivista, trata-se de uma teoria objetivista temperada ou mista, pois também leva em conta a manifestação de vontade dos Estados em seu conjunto. Tem-se por argumento a máxima de que um Estado ratifica um tratado internacional espontaneamente, refutando assim a vinculação obrigatória das Nações perante os Pactos, Tratados e Convenções internacionais. Como é possível observar o que explana Mazzuoli (2014, p.30), no seguinte trecho:

O direito internacional público, segundo esta concepção, consubstancia-se num conjunto de regras jurídicas superiores à vontade dos Estados, que lhes impõem sua correta observância e seu fiel cumprimento, compondo lhes e coordenando-lhes dentro de um sistema jurídico único. Por conseguinte, a eficácia do direito internacional também passa a depender, em grande medida, da existência de um conjunto de regras estatais que se amoldem às exigências da ordem internacional e facilitem sua aplicabilidade. É essencial, ademais, que os ordenamentos internos, em caso de conflito, não obstem a aplicação das normas internacionais, que serão sempre superiores aos seus comandos. Nesta ordem de ideias é que se entende que o ordenamento jurídico estatal deve obediência e respeito às regras estabelecidas pelo ordenamento internacional, que lhe é superior e lhe impõe sua correta observância.

Ou seja, para que os Pactos, Tratados e demais documentos legais internacionais tenham aplicabilidade e eficácia no âmbito interno dos países signatários dos mesmos, é necessário que se tenha um Direito Internacional Público, fortalecido normativamente e juridicamente, como também que as Leis internas, sejam elas Constitucionais e



infraconstitucionais de cada Estado aderente, elaboradas e preparadas, para a recepção dos ordenamentos internacionais em seu ambiente doméstico.

4. FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ADOTADOS PELO BRASIL

Os Tratados de Direitos Humanos para serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, possuem um procedimento de incorporação peculiar. Nesse capítulo será visto como a Constituição Federal de 1988 atribui a eles uma hierarquia diferenciada e também uma imediata aplicação dentro do sistema jurídico, decorrente da modificação que a Emenda Constitucional n°45 de 2004 provocou no processo de ratificação dos Tratados.

No entanto, esses Tratados Internacionais de Direitos Humanos geram alguns conflitos com as normas internas brasileiras onde, para a solução desses confrontos, tem-se por base diversas teorias. Dessa forma, serão analisadas então, as formas de resolução desses conflitos e também como esse tipo de divergência implica na incorporação dos dispositivos internacionais no âmbito jurídico interno.

Assim, sobre essa questão dos Direitos Humanos, foi criada uma Convenção internacional, para discutir o tema dos direitos das pessoas com deficiência. A partir dessa convenção, foi renovado o conceito de deficiência, passando a ser mais abrangente e tornando o acesso à justiça mais eficiente, com mais garantia de seus direitos e de sua inclusão na sociedade, como poderá ser visto no decorrer do capítulo. E ainda, no último tópico aborda a recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Constituição Federativa do Brasil, mais especificamente sobre a Emenda Constitucional 45/04 e a instituição do parágrafo 3° no artigo 5° da Constituição. O que causou uma série de discussões sobre o nível hierárquico que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ocupariam.



4.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 DE 2004 E A ALTERAÇÃO NO PROCESSO DE RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Emenda constitucional nº 45, do ano de 2004, modificou vários artigos da Constituição Federativa do Brasil, dentre eles, alguns relacionados à forma de adoção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Dessa maneira, será observado nesse tópico que, após essa emenda, os tratados Internacionais de Direitos Humanos passaram ter força normativa de Emenda constitucional, visando ter maior proteção jurídica dos Direitos Humanos.

Por meio dessa Emenda constitucional nº 45 de 2004, foi alterado, de forma significativa, o quadro constitucional brasileiro. A escolha legislativa do constituinte, ao introduzir no artigo 5º da Magna Carta o parágrafo 3º, contribuiu para a alteração desse quadro, conforme: “[...] §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Dessa maneira, ao acrescentar esse parágrafo, os Tratados e as Convenções Internacionais que forem devidamente aprovados, passarão a ter o valor de Emendas constitucionais, o que aumenta seu respaldo e valor jurídico. A respeito das fases da incorporação dos Tratados e Convenções, em uma primeira etapa, ocorre a negociação entre os Estados, tanto de forma bilateral ou multilateral, por seus representantes, que, em relação, são o Presidente da República e o Ministro das relações exteriores e demais legitimados. Com relação a adoção do conteúdo textual de um Tratado, esse dará quando o quórum de dois terços, ao qual refere-se à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, for suprido.



Conforme Artigo 9, II da Convenção: “ A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa”. Assim, com o texto do tratado finalizado, passa-se a etapa da assinatura do documento, Jus (2018, p.1) “[...] a exemplo da negociação pode ser precedida pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, inc. VIII, da Constituição Federal, ou por outros atores internos, nos termos do art. 7º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto federal nº7.030, de 14/12/2009.” Dessa forma, essas duas etapas podem ser consideradas como fases externas, de maneira que o compromisso firmado até então não vincula o ordenamento jurídico interno.

Assim, depois da assinatura do documento é que começa o processo de incorporação dos tratados, conforme observa-se no trecho seguinte, Jus (2018, p.1):

Nos termos do art. 49, inc. I, da Carta de outubro, cabe ao congresso nacional resolver definitivamente sobre a entrada do tratado à ordem jurídica pátria, quando acarrete encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Embora a Constituição utiliza o termo “definitivamente” para circunstanciar o ato do Congresso Nacional, é pacífico na doutrina internacionalista que este ato só será definitivo caso os parlamentares entendam por não incorporar o tratado. Caso aquiesçam, a última palavra será do Presidente da República.

O processo de incorporação foi alterado pelo artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, onde são abordados os tratados e convenções de direitos humanos. Essa norma proporcionou ao Congresso Nacional, a vantagem de usar o quórum de votação próprio das emendas constitucionais, passando o tratado ou a convenção a fazer parte, materialmente, da Constituição Federal Brasileira.



Dessarte, além de oportunizar esse quórum diferente, o artigo 5º § 3º da Constituição Federal de 1988, também ocasionou a alteração do procedimento de incorporação em relação a sua etapa final interna, ou seja, a etapa da promulgação. Nesse caso, o tratado ou convenção deve ser avaliado e ratificado pelas duas casas do Congresso Nacional. Essa competência de aprovação da norma constitucional cabe, de forma exclusiva, ao Congresso Nacional.

Com relação a essa Emenda constitucional nº 45 de 2004, o Tratado ou Convenção de Direitos Humanos que tiver votação de acordo com o artigo 5º § 3º da Constituição, deverá ser promulgado nos termos do artigo 60 § 3º da Constituição, de modo que deva ser promulgado pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Assim, após passar por dois turnos em cada casa e tiver a votação de três quintos ou mais dos membros, o tratado ou convenção terá tramite de modo tradicional, passando normalmente pelo Presidente da República. Portanto, os tratados ou convenções sobre direitos humanos que tiverem sido aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, três quintos dos votos de seus pertinentes membros, deve ser feita a promulgação pelas Mesas da Câmara dos deputados e do Senado Federal, conforme termos do artigo 60, §3º da Constituição Federal de 1988. Posteriormente tendo ocorrido a promulgação conforme esses termos, o Presidente do Congresso Nacional deverá informar essa promulgação por mensagem ao Presidente da República, o qual estará obrigado ratificar no plano internacional. De acordo com Monteiro (201, p.156), não há o que se ter dúvidas de que direitos humanos, previstos em tratados internacionais, são materialmente constitucionais. Observa-se o trecho a seguir:

Dessa forma, somente com acréscimo do §3º ao art. 5º surge a possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos gozarem de posição hierárquica constitucional, desde que aprovados em obediência ao procedimento nesse dispositivo previsto. Disso decorre que os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente aprovados têm posição hierárquica infraconstitucional legal, podendo vir a gozar de hierarquia constitucional se, eventualmente, forem reapreciados nos termos do novo dispositivo. Essa é outra função do § 3º do art. 5º



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

da Constituição. O dispositivo acrescentado pela emenda constitucional de 2004 além de introduzir novo procedimento de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, traz a possibilidade de atribuição de posição hierárquica constitucional a tratados internacionais de direitos humanos já incorporados, desde que sejam reapreciados pelo procedimento previsto no dispositivo constitucional.

Assim, excluindo-se a possibilidade de atribuir a posição hierárquica constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, que foram incorporados anteriormente a Emenda Constitucional 45 do ano de 2004, com base no artigo 5º, §2º e §3º da Constituição, o que sobra para esses tratados internacionais é a posição hierárquica de forma inconstitucional, conforme estava sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, cabe observar que, mesmo perante a consagração dos Direitos Humanos pelo constituinte primórdio, a suprema corte, durante muitos anos, garantiu o tratamento igualitário entre a lei ordinária e o tratado. Pois, somente em dezembro do ano de 2008 foi que o Supremo Tribunal Federal, enfim, teve seu posicionamento quanto à forma hierárquica dos tratados internacionais que já tinham sido ratificados pelo Brasil. Dessa forma, os tratados mencionados devem usufruir de uma hierarquia supralegal, e em razão disso estão em um nível superior a lei ordinária, mas estando sempre subordinados ao poder da Constituição. Assim, está comprovado para todos os empregadores do direito, que uma lei ordinária não possui o potencial de revogar um tratado internacional direito humano. Acrescentando Vitória dos Santos Lima Queiroga (2009, p.1) refere-se que:

Indubitavelmente, ambas as teses da constitucionalidade e da supralegalidade, colocam o instrumento internacional que versa sobre direito humano em posição superior à lei ordinária. Contudo, a tese da supralegalidade reforço a distinção entre direito materialmente constitucional e direito formalmente constitucional, ao exigir um procedimento formal de emenda para que um direito humano inserido em tratado internacional pudesse atingir status constitucional. Alias, acreditamos que essa seja a única saída possível para se esquivar de uma declaração de inconstitucionalidade da citada norma.



Da mesma maneira, pode-se dizer que se o § 3º não fosse presente na Constituição (1988): “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, [...], serão equivalentes às emendas constitucionais”, seria melhor. Pois, esse parágrafo retrata uma precariedade em aceitar a consagração dos Direitos Humanos em detrimento à soberania da Constituição. Outrossim, deve-se entender que é preciso que haja melhor efetividade dos Direitos Humanos, o que não pode ser realizado com simples formalidades.

No que se refere aos Tratados Internacionais, a sua força normativa, ou o seu peso jurídico, depende, em grande medida, de como ele é incorporado ao ordenamento jurídico interno. Como já visto, no caso dos Tratados que versam sobre direitos humanos, na legislação Brasileira, o mesmo é introduzido como Emenda Constitucional. Isto significa que esse tipo de diploma legal no Brasil, possui força constitucional, ou seja, faz parte da Constituição Federativa 1988. Portanto, pode-se dizer que esse tipo de Tratado, possui superioridade perante as leis complementares e ordinárias já existentes.

4.2 O CONFLITO ENTRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COM NORMAS INTERNAS BRASILEIRAS

A adversidade do confronto entre os tratados internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira, tem provocado uma desavença na doutrina nacional. Tendo por base diversas teorias a respeito do Direito Internacional e do Direito Interno, esse debate, todavia, tem se desenvolvido acerca de uma base que separa o Direito Internacional do Direito Interno. Dessa forma, com relação aos conflitos entre normas de direito interno e direito internacional, Monteiro (2011, p. 56), acrescenta:



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Ora, se ambos os atos normativos, ainda que vinculados a fontes jurídicas distintas, podem ter o mesmo âmbito material de validade, ou seja, versar sobre matérias comuns-normas relativas a direitos fundamentais, principalmente-e podem ter o mesmo âmbito territorial de validade, levando-se em conta, obviamente, que ambos são contemporâneos-mesmo âmbito temporal-, é evidente que há a possibilidade de conflitos entre direito interno e internacional.

Dessa forma, Schuelter, (2003, p. 124), assevera que, a relação entre tratado e o direito interno, tem um importante aspecto o qual os envolve “[...] a definição de qual posição hierárquica o tratado ocupa na ordem jurídica nacional. Tal definição influi diretamente na forma de resolver o conflito entre o tratado e a norma interna [...]”. No tocante a isso, um estudo do Direito Constitucional Internacional torna-se indispensável, tanto para observar o impacto do Direito Internacional no Direito Constitucional ou vice-versa.

Os meios de inserção dos tratados de direitos humanos no Direito Interno Brasileiro, além de não estarem regulamentados de forma constitucional, indicam uma série de insuficiências, principalmente as decorrentes de interpretação doutrinária e jurisprudencial, perante a necessidade de uma internacionalização principalmente relacionada à proteção do ser humano. Dessa maneira, para a resolução desses conflitos, existem critérios estabelecidos, não pelo direito interno, ou seja, constitucional, nem pelo direito internacional, mas sim por uma teoria geral do direito. Nesse sentido, Monteiro, (2011, p.56), afirma, que deve ser feita uma distinção dos conflitos internos de cada ordenamento, conforme pode ser observado no trecho a seguir:

Com relação a conflitos dentro de um dado ordenamento jurídico, seja ele estatal ou internacional, apontam-se três critérios, por meio dos quais são resolvidas essas denominadas antinomias, tendo-se por resultado a revogação de uma das normas e aplicação da restante, preservando-se a coerência interna desse ordenamento: são eles o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade. Para a resolução das antinomias no direito internacional, os critérios são em princípio,



como acima assinalado, os mesmos que os critérios de resolução das antinomias no direito interno.

Também, ainda com relação ao conflito entre tratados e leis internas, esse também tem sido mal solucionado pela jurisprudência, os quais não tiveram alteração desde a década de 70, o qual equipara de forma hierárquica o tratado e lei interna, assim adota-se o argumento de que o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, reconhece que os Tratados de Direitos Humanos possuem o seu status constitucional, o qual não é passível de controle de constitucionalidade.

O controle de convencionalidade foi designado a partir das Convenções, ou seja, pelo fato dos Tratados internacionais serem baseados em Convenção Internacional. Esse controle difere-se do controle de constitucionalidade, pois a avaliação feita pelo controle de convencionalidade é que a análise sobre as leis e atos é feita com base em um Tratado Internacional sobre Direitos Humanos e no controle de constitucionalidade, os atos normativos e as leis são observados em face da Constituição Federativa do Brasil.

Portanto, ainda não existem meios no qual o direito internacional pode fiscalizar e coibir esses atos internos. O direito internacional ainda não se vale de mecanismos jurídicos capazes de garantir a soberania dos tratados, acordos, convenções ou demais documentos internacionalmente reconhecidos e assinados pelos Estados em seus âmbitos domésticos.

A prevalência desses documentos ou legislações internacionais sobre o Direito e ou a Constituição de cada nação signatária dos mesmos, é praticamente simbólica, devido a falta de tais meios para adesão e eficácia de tais tratados em âmbito jurídico interno de cada país membro. Por esse fato, é comum a existência ou surgimento de conflitos jurídicos e burocráticos entre os tratados e a Lei interna desses Estados signatários. Nesse sentido, é válido salientar que a Carta Maior Brasileira, promulgada em 1988 trouxe inúmeras inovações



de extrema importância, no entanto, esquivou-se em relação as relações internacionais. Nas Palavras de Schuelter (2003, p.110):

[...] a ausência de regulamentação das relações entre o direito interno e o direito internacional e de instrumentos constitucionais capazes de tornar executável a norma programática prevista no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal, impossibilita a aplicação direta ou mesmo a primazia das regras comunitárias, uma vez que não estabelece em seus artigos a admissão de restrições à soberania do País. A Constituição brasileira não possui dispositivos que regulamentem as relações entre as normas internacionais e as normas internas. O texto constitucional é ambíguo, singelo e tímido [...].

Dessa forma, essa dificuldade apresentada ao solucionar os conflitos entre as normas internas e internacionais, deve-se ao fato de não encontrar-se uma norma unificada e capaz de regular os assuntos e as relações internacionais. Por conseguinte, são adotadas duas teorias pelos doutrinadores, no tocante a essas normas, são elas a teoria monista e a teoria dualista. A legislação brasileira não apresenta predominância da teoria monista, visto que a incorporação do tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro não ocorre de forma simples, pois ocorre a aprovação tanto do congresso nacional quanto do presidente da república. E ainda, o tratado depara-se com o controle de constitucionalidade, para que, só então, realiza-se sua incorporação pelo direito interno passando a ser uma norma vigente. Se houver qualquer questão que viole o dispositivo constitucional, o tratado não será admitido.

Alguns doutrinadores também defendem o dualismo, o qual preza que as normas internacionais e as normas internas fazem parte de ordenamentos diversos, sendo desse modo, que não há confronto entre elas e, para que um tratado internacional possua efeito dentro do ordenamento interno, é necessário que ele seja vinculado por lei. Sendo assim, Schuelter (2003, p. 93) também acrescenta como forma de solução de conflitos entre normas internas e normas internacionais, o monismo e o dualismo: “Diversas teorias foram elaboradas para



glosar a relação que o direito internacional mantém com o direito interno, destacando-se a monista e a dualista”.

Assim, para Braun (2002, p. 78), em concordância com Schuelter, essas teorias são o suporte para a maneira de resolver confrontos entre as normas: “[...] pois ambas fornecem suportes doutrinários referentes à solução a ser adotada pelos Estados, quando houver conflito entre tratado internacional e o Direito interno”. Para uma tentativa de conciliação entre os monistas e os dualistas, surgiram teorias conciliadoras, dentre as quais Schuelter (2003, p.96) destaca as chamadas; “[...] teorias de coordenação” que, em última análise são “[...] a consagração do direito natural [...]”.

Nesse caso, essas teorias afirmam a primazia do Direito Internacional, ao reconhecerem a responsabilidade internacional do Estado, quando o direito interno presente viola o sistema jurídico internacional. Portanto, como na Constituição não há uma disposição que se refere à hierarquias das normas internacionais, existe, no entanto, a disposição a respeito da elaboração dos tratados, que estabelece que seus textos conservem a supremacia da Constituição.

Assim, a Constituição determina que o presidente da republica pode celebrar tratados internacionais, pois sempre que um tratado violar as normas constitucionais o mesmo será inconstitucional. Somente haverá prevalência do tratado internacional sobre a Constituição quando ocorrer a promulgação de uma nova Constituição e esse tratado já estiver vigorando. Assim, quando esse conflito entre as normas internacionais e as normas internas trazer situações significantes para as relações entre os Estados, por não existir uma norma unificadora a respeito de assuntos internacionais, nesse caso, a primazia da Constituição Federativa do Brasil de 1988 é que irá prevalecer, sendo considerado de forma inconstitucional qualquer tratado elaborado depois de sua vigência que infrinja algum dispositivo constitucional.



O Pacto de San Jose da Costa Rica aborda basicamente sobre os direitos de primeira dimensão. Então, é possível afirmar que influenciou as fundamentais metas assinaladas na Constituição Federal pois, os mesmos princípios estampados nesse Tratado regem nossa Lei Fundamental, cujos pilares estão nos direitos e garantias asseverados ao ser humano. De acordo com os Tratados e Convenções de Direitos Humanos que foram recepcionados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, ou seja, de forma diferente da atual prevista, a jurisprudência passou a analisá-los como de caráter supralegal, portanto acima das leis ordinárias. Isso pode ser observado no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 466.343, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, acerca da prisão do depositário infiel e, logo em seguida, edição da súmula vinculante nº 25 pelo STF.

O STF compreende que a assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, pelo Brasil, orientou a falta de limites a determinados direitos constitucionais, tendo, por esse fato, apontado a supressão das normas legais que definiam a custódia de depositário infiel, passando a ser ilegal a sua prisão. Neste sentido, constata-se que, as garantias fundamentais da Constituição Federal, apresentaram influência nessa declaração, em especial nos direitos assegurados em seu artigo 5º. Além de que, o Pacto de San Jose da Costa Rica, não somente criou garantias fundamentais, individuais e coletivas, obrigando todos os países membros que as cumprissem, mas também criou os órgãos para fiscalizar e julgar a violação contra os direitos do homem.

4.3 TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO QUÓRUM QUALIFICADO – UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA DE APROVAÇÃO DOS TRATADOS DISPOSTO NO PARÁGRAFO TERCEIRO DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL



Neste tópico, pretende-se abordar acerca da recepção dos Tratados internacionais sobre direitos humanos e sua forma no âmbito da Constituição Federal Brasileira. Foi a Emenda Constitucional 45/2004 que ofereceu essa novidade a respeito do contexto dos Tratados internacionais no Brasil pois, ao instituir no artigo 5º da Constituição, o parágrafo 3º, é que surgiu a possibilidade de um Tratado internacional de Direitos Humanos tornar-se de maneira equivalente a uma Emenda Constitucional. Referente ao artigo 5º da Constituição Federal, nota-se que, em seu parágrafo 1º, diz respeito da imediata aplicação das normas referentes aos direitos e garantias fundamentais.

Já no segundo parágrafo, esse refere-se à adoção de novos direitos de caráter constitucional, os quais sejam compatíveis com a Constituição Federal. Nesse sentido foi que a Emenda Constitucional 45/04 agregou os dois novos parágrafos ao artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, o parágrafo 3º e o 4º, o que gerou discussões acerca do nível hierárquico que os Tratados internacionais de direitos humanos ocupariam. Levando em consideração que antes os Tratados internacionais eram classificados como lei ordinária, atualmente existem divergências quanto a sua ocupação hierárquica.

No entanto, os Estados não podem recorrer as suas normas internas para se desobrigar do cumprimento de um tratado que ele mesmo ratificou. Assim, o modo de o Estado ter liberdade para assinar um Tratado, não significa que ele esteja livre para descumprilo posteriormente à ratificação e à incorporação em seu ordenamento jurídico. Para Pes (2010, p. 126), com o vigor do parágrafo 3º no final do ano de 2004, foi estabelecido, de forma detalhada, o procedimento para a incorporação dos Tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, “[...] para que se realize o processo de constitucionalização formal dos direitos humanos elencados em Tratados ou convenções, estes deverão ser aprovados em procedimento semelhante às emendas constitucionais”.



Dessa maneira, para Piovesan (2012, p. 65), as disposições dos Tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro refletem do seguinte modo:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado Brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional.

Assim, foi então que após o ano 1988, com a Constituição Federal, que vários Tratados internacionais de direitos humanos foram introduzidos ao ordenamento jurídico Brasileiro. Um dos primeiros Tratados incorporados foi a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Essa Convenção foi ratificada em 1989. Observa-se então que, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, já referido, surgiu para tentar inibir violações futuras a direitos fundamentais e humanos.

Por isso que reuniram a Organização das Nações Unidas em 1948, passando a adotar a Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi aprovada por unanimidade. Compreende-se que os Tratados de Direitos Humanos são os atos internacionais que reconhecem um conjunto de instituições que tem por objetivo concretizar a dignidade, a liberdade, a fraternidade e a igualdade em todos os níveis sociais, protegendo a pessoa humana. Durante diversos anos houveram conflitos entre a doutrina e a jurisprudência, a respeito da incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico. Essa polêmica teve fim com a introdução do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 45/04, conforme o que assevera Pes (2010, p. 127):



O § 3º do artigo 5º do texto constitucional, portanto, prevê a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem considerados equivalentes formalmente às Emendas Constitucionais, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Trata-se apenas de previsão (possibilidade) e não imposição (dever), eis que os tratados de direitos humanos após ratificados, tanto pela forma tradicional quanto pela definida Emenda Constitucional nº 45, poderão aplicados no sistema jurídico interno, tendo a garantia da materialidade constitucional. Com essa Emenda autoriza-se o Congresso Nacional a conferir a formalidade constitucional aos tratados de direitos humanos. Depreende-se que tais instrumentos internacionais poderão ser aprovados por maioria simples no Congresso ou poderão ser submetidos ao novo procedimento do § 3º do artigo 5º, ou ainda, poder-se-á deixar para um momento posterior, depois da ratificação, a decisão dos representantes do povo brasileiro de atribuir equivalência (formal) de emenda constitucional a esses tratados.

Vale ressaltar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional 45/04, contaram com a maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo o quórum dos três quintos dos membros de cada Casa. No entanto, foram aprovados em um único turno de votação, pois os dois turnos não haviam sido previstos.

Assim, a Suprema Corte entende a constitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos quando eles seguirem as normas do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, da mesma maneira, os Tratados Internacionais anteriores a Emenda Constitucional 45/04, que abordarem sobre Direitos Humanos, seguirão o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, ou seja, de natureza materialmente constitucional. Portanto, dessa forma, para Monteiro (2011, p. 149): “[...] somente com a inserção do § 3º ao art. 5º do texto constitucional passou a ser possível atribuir posição hierárquica constitucional aos Tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados pelo procedimento nele previsto”.

Nesse caso, a natureza dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos são materialmente e formalmente constitucionais. Materialmente constitucionais por se tratar de normas cujo conteúdo e essência são naturalmente constitucionais, pois possuem grande



importância para o Estado e para a sociedade. E também formalmente constitucionais por ser uma norma que assumiu forma constitucional e foi formalizada na Constituição. Não resta dúvidas de que um Tratado semelhante às Emendas Constitucionais desfruta de supremacia constitucional, o que representa que um ato normativo infraconstitucional que for contrário ao tratado será de tal forma inconstitucional.

Assim, terá como consequência, não a invalidade do ato inconstitucional, mas sim, terá a sua eficácia suspensa. Portanto, desse modo, ao se atribuir um Tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro, esse Tratado transforma-se em uma extensão da Carta Magna, o que se traduz em uma norma superior às demais normas, fazendo assim com que as normas que violarem essa “extensão constitucional”, sejam ineficazes, dando ênfase a sua superioridade.

5. CONCLUSÃO

O Direito Internacional possui crescente relevância no cenário mundial. Dessa forma observou-se que, dentre um dos aspectos, ou fatores para que se valide o Direito Internacional Público (que regula a interação entre os Estados), foi a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, na qual determina regras comuns para a assinatura dos mesmos. A presente Convenção foi criada pela Comissão de Direito Internacional no ano de 1969, e, efetivada em 1980.

No entanto, foi ratificada pelo Brasil apenas em 2009. A Convenção carrega consigo o Pacta Sunt Servanda, que é a validade dos Tratados como Documentos Legais, porém, ela transporta para nível internacional, dando aos Tratados o peso jurídico devido. No tocante a validade do Direito Internacional, além da Convenção de Viena supracitada, há as teorias



voluntarista e objetivista que auxiliam na fundamentação de o que é o Direito Internacional, e como os Tratados podem ser interpretados.

De acordo com a teoria voluntarista, os Estados não precisam aderir aos tratados interacionais firmados, respeitando assim a soberania dos mesmos, algo de deve ser levado em consideração pelo Direito e pela Sociedade Internacional. Já a teoria objetivista prevê não só que os Estados sejam obrigados a adotar tais Tratados, como visualiza uma certa superioridade hierárquica da norma internacional firmada, sobre as normas internas dos Estados.

Essas previsões teóricas e diversas correntes existentes sobre o tema, fizeram surgir outros entendimentos e teorias, como é o caso das teorias monista e dualista, sendo que a teoria monista acompanha e o raciocínio da teoria objetivista, no sentido de se acreditar que possa haver uma hierarquia entre tais normas distintas. Já a Teoria dualista acompanha a teoria voluntarista no que diz respeito a não obrigatoriedade dos Estados na adesão de normas internacionais, acreditando que os dois ordenamentos jurídicos são distintos e independentes.

No que se refere aos direitos humanos e a sua proteção a nível global, os tratados internacionais que versam sobre o tema, possuem incorporação diferenciada no nosso Direito, em comparação com os demais tratados. Esse tipo de norma adentra ao nosso ordenamento jurídico através do quórum qualificado, e após ser aprovado recebe a posição de Emenda Constitucional. Esse fenômeno se dá, devido a inclusão do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal, que estabelece a sua forma de adesão e que o mesmo vigorará como Emenda Constitucional. Esse parágrafo foi instaurado devido a Emenda Constitucional 45 de 2004, que prevê essa especialidade aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, analisa-se que o Direito Internacional necessita de constante validação e afirmação através de Convenções como a de Viena, pois é grande valia a sua manutenção e



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

reafirmção como norma Jurídica perante a Sociedade Internacional. Nesse sentido, a respeito dos direitos humanos e seu garantismo jurídico, é notório que necessite uma atenção especial dos Estados quanto a esse tema.

Portanto, a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é membro, deve ser mantida, para que assim, a proteção aos direitos humanos esteja preservada e valorizada em nosso ordenamento jurídico. Por isso, é necessário que os tratados internacionais de direitos humanos permanecem possuindo caráter de Emendas Constitucionais. Todavia, é preciso observar e garantir a soberania das Nações, de modo que, a faculdade na adesão desses diplomas legais mantenha-se. Pois os Estados são independentes juridicamente, e suas Constituições são supremas, por isso, se faz pertinente respeitar essa garantia.

Desse modo, então nota-se que ao mesmo tempo em que a proteção internacional dos direitos humanos se faz imprescindível, observa-se que deve ser mantidas as garantias jurídicas e soberanas dos Estados, da forma que os mesmos preservem-se independentes em suas Legislações e decisões jurídicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 5 de outubro de 1988.

ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. Rv. Direito econ. Scioambiental. A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais. Curitiba, v.4, n.2, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6263>>. Acesso em 17 de nov. 2018.



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

ANDRADE, Renata. Um breve histórico dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://revistasenso.com.br>>. Acesso em 17 de nov. 2018.

BRAUN, Helenice. O Brasil e os Direitos Humanos: A incorporação dos Tratados em Questão. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. Os direitos do homem e o neoliberalismo. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 3.ed. São Paulo: Ed. Campus, 2004. BOBBIO, Norberto. Teoria da norma e do ordenamento. 10 ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

CHIAPPINI, Carolina Gomes. Reflexos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ver. SJRJ. Rio de Janeiro, v.18, n.30, abr. 2011. 50 Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/254-997-3-pb.pdf>>. Acesso em 18 de nov. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CADH, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 de nov. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Tratado Internacional (1969). Disponível em: <<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Historia. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 17 de mar. 2019.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27. Mar. 2019.

JUS, Brasil. A Emenda Constitucional 45 de 2004. Artigo: 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/?ref=navbar>>. Acesso em 9. Mar. 2019.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Direitos Humanos na América Latina. Curitiba: Ed. Multideia, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direitos Humanos. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Internacional Público. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5 da Constituição e sua eficácia. Porto Alegre: Revista ajuris. v.32. n. 98 2005.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU, Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU, Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL, Unidos pelos Direitos Humanos. Uma Breve história dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/briefhistory/>>. Acesso em 16. Nov. 2018.

PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos Humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e os Tratados de Direitos Humanos: será o fim da controvérsia? *Âmbito Jurídico*, 2009. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id9329>. Acesso em 07. Abr. 2019.

ROSA, André Luis Cateli. Fundamentos do Direito Internacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fundamentos-do-direito-internacional>>. Acesso em: 19 de nov. 2018.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. Tratados Internacionais e a Lei Interna Brasileira: O problema da hierarquia das normas. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. Acesso à justiça. Brasília: Revista de Informação Legislativa. n.124, 1994.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. Proteção Internacional dos Direitos Humanos na realidade Latino-americana: Reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação. Curitiba: Juruá, 2010.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Ordem Jurídica do Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Recebido em: 27/02/2024

Aprovado em: 29/03/2024

Publicado em: 23/04/2024