

INCORPORAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA: LEADING CASES PARA UMA RECONSTRUÇÃO TEÓRICA

INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS LEYES NACIONALES: PRINCIPALES CASOS DE TEORÍA DE RECONSTRUCCIÓN

Silvana Barros da Costa*¹

Carlos Luiz Strapazzon**²

Resumo: O presente trabalho apresenta uma análise sobre sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, principalmente a forma de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Para que os indivíduos tenham a possibilidade de usufruir da proteção que lhe outorgam os Tratados Internacionais, estes precisam serem reconhecidos internamente pela legislação Pátria, mesmo depois de devidamente negociados, assinados e ratificados. É nesta perspectiva que se verificará a incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Examinar, as teses sobre as formas de incorporação dos tratados internacionais no sistema jurídico pátrio, e o entendimento da jurisprudência em *leading cases* e a reconstrução teórica a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direitos Humanos; Incorporação de Tratados Internacionais; Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Abstracto – En este trabajo se presenta un análisis en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, principalmente en la forma de recepción de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico nacional. Para las personas que tienen la oportunidad de gozar de la protección que se otorga a los tratados internacionales, estos deben ser reconocidos internamente por la legislación patria, incluso después de negociado correctamente, firmado y ratificado. Es desde esta

¹ *Silvana Barros da Costa - Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Membro de projeto de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Seguridade Social (UNOESC). Pós Graduada em Direito Previdenciário pela UNOESC, Pós Graduanda em Direito Constitucional pela UNOESC. Professora de Direito Constitucional da UNOESC. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1990). Contatos: advsilvanabarros@hotmail.com.

² **Carlos Luiz Strapazzon - Pós-Doutorado (em andamento) em direitos fundamentais sociais, PUC-RS (CAPES 6), com supervisão do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), em Chapecó - SC, onde coordena o projeto de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Seguridade Social. Coordena o Programa Internacional de Cooperação Científica entre Unoesc e Universidad Autonoma de Barcelona, Espanha. É Membro do Conselho Editorial da Revista Federalismi.it (Italia, Classe A, Anvur - ISSN 1826-3534) e da Revista Direitos Fundamentais e Democracia/Unibrasil-PR (Qualis B1, CAPES - ISSN 1982-0496). Na Unoesc, é o Editor-Chefe da Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL](Qualis B1, CAPES, ISSN 2179-7943). Também é Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo, em Curitiba, PR. Contatos: strapazzon.carlos.luiz@gmail.com.

perspectiva que verifique la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico brasileño. El examen de las tesis sobre la forma de incorporar los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, y la comprensión de la jurisprudencia em *leading cases* y reconstrucción teórica sobre el tema.

Palabras-clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derechos Humanos, la incorporación de los Tratados Internacionales, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Introdução

Este trabalho analisa primeiramente a evolução histórica quanto à recepção dos tratados e convenções internacionais e os que versam sobre direitos humanos adotados pelo Brasil e a consolidação do sistema global de proteção ao indivíduo, ao ser humano enquanto pessoa humana. É notório que o desenvolvimento de um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos teve influência na consideração da pessoa humana no cenário internacional. Todavia, para que o indivíduo tenha possibilidades de usufruir da proteção que lhe é direcionada internacionalmente pelo direito, é imprescindível que os tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos sejam devidamente, assinados e ratificados, passando então a ter efeito no âmbito do ordenamento jurídico do Direito Pátrio. Desta forma a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do ordenamento jurídico brasileiro também será objeto de análise deste trabalho. E então, baseados nesta perspectiva, faz-se a análise do enfoque trazido pela Emenda Constitucional 45/2004 com exame da teoria da supralegalidade dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos no Brasil após o julgamento *leading case* Recurso Extraordinário 466.343 -1/São Paulo, para, então, apontar o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre a recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos após o julgamento deste e de outros *leading case*, com uma reconstrução teórica a respeito do tema.

Breve Perspectiva Histórica sobre a Celebração de Tratados e Convenções Internacionais entre os Estados

As Nações celebram acordos entre si desde os primórdios da humanidade, tendo a história dos tratados um papel muito importante para desenvolvimento dos Estados. Diz-se que o primeiro relato de um tratado bilateral realizado foi entre Hatusil

III, Rei dos hititas, e Hamsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia, entre os anos 1280 e 1272^a.C., referindo-se entre a paz perpétua entre os dois reinos, colocando um ponto final à guerra em terras sírias, aliança contra inimigos comuns, migrações, comércio, extradição (REZEK 2010).

Com o passar dos anos, a celebração de acordos tornou-se uma prática constante, com fonte em leis consuetudinárias, e em 1928 que, na VI Conferência Internacional Americana, onde surgiu a Convenção Pan-Americana sobre o Direito dos Tratados. Todavia, é a partir do século XIX que ampliam a realização de tratados e convenções internacionais entre os Estados, por conta da expansão das relações internacionais entre os mesmos (SCHUELTER, 2003).

Após a Guerra Fria, as diferenças entre pessoas passam a ser basicamente culturais. O aumento significativo da população muçulmana e o crescimento econômico da Ásia Oriental fizeram recrudescer os conflitos entre as civilizações, em especial no que diz respeito aos programas nucleares, imigração, direitos humanos e democracia. A política mundial recebe influência crescente dos fatores culturais, promovendo mundo multicultural, inviabilizando aparecimento de potências e provocando o declínio do Ocidente (LUCAS 2010).

A partir do início do século XX, as modificações dos relacionamentos entre países, também conhecida como “era da globalização”, veio ao encontro dos anseios dos Estados, também no que dizia respeito aos negócios jurídicos realizados entre Estados. Desta forma, A Convenção de Havana de 1928, acabou por disciplinar os Direitos dos Tratados numa forma mais simples, sem muito direitos no plano global. É em 1969, depois de anos de acirrada discussão, que em Viena, é então celebrada então a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, que disciplinou, no plano global, a processualística dos Tratados Internacionais, e é tida como a principal fonte do direito internacional. Mas foi somente a Convenção de Viena de 1986 que acabou por prever a possibilidade das Organizações possuírem Direito fazerem parte das celebrações dos Tratados e Convenções, suprimindo também as necessidades das Organizações Internacionais passarem a também ter capacidade internacional.No Brasil a Convenção de Viena de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo de n. 496 de 17/07/09, aprovada pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 7.030 de 14/12/09, veio para dirimir quaisquer dúvidas a respeito da celebração de Tratados Internacionais.

O mais importante quanto aos Direitos do Homem não é somente que estejam fundamentados, mas sim a sua proteção, sob o ponto de vista da adoção de medidas eficazes (BOBBIO, 2004). Os tratados internacionais de direitos humanos possuem como alicerce, uma área do Direito atualíssima, chamada por Flávia Piovesan de “Direito Internacional de Direitos Humanos”, conhecidos como direito pós-guerra, que se iniciou como uma reação aos horrores cometidos pelo nazismo (PIOVESAN, 2008). Em seguida à era do nazismo, os juristas do mundo inteiro perceberam que tinham um dever de criar uma teoria jurídica que estivesse empenhada com os valores humanitários, como modo de recobrar a legitimidade da ciência do direito, que estava enfraquecida em razão da legalização do mal, difundida pelo regime de Hitler. Os juristas acreditavam que havendo um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos, poder-se-ia controlar as violações (PIOVESAN, 2008). Pois uma coisa é reconhecer teoricamente os direitos humanos, outra bem diferente é proteger com eficácia, transformando em direitos propriamente ditos (BOBBIO, 2004). Então, inspirada no pós-guerra, em 10/12/1948 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, através da Resolução 217-A. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, traduzida em mais de 320 países, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, sendo considerado um marco fundamental para a proteção com eficácia, dos direitos do homem sobre os quais se baseiam todas as Constituições modernas (BOBBIO, 2004). Traz uma significação de generalidade a ser cumprida por todos independente do Estado, da crença, da cultura de que se esteja tratando. Foi composta por representantes de origens jurídicas e culturais distintas das mais diversas regiões do mundo. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem está posta como marco de final de uma época e início da outra (BOBBIO, 2004).

Desde que se iniciou o projeto das Nações Unidas para a proteção dos Direitos Humanos, a questão que sempre existiu foi a de resolver o problema de como seria possível conceituar universalidade num mundo multicultural. Desta forma, fortaleceu-se o embate entre a perspectiva universalista e multiculturalista dos direitos humanos. A partir de meados do século XX a importância da cultura e da diversidade cultural como dimensão dos direitos humanos vem sendo reconhecida, passando a

multiculturalidade de cada povo, cada nação a ter que ser respeitada. A cultura no processo de desenvolvimento das civilizações, assim como suas diferenças étnicas e culturais são importantes para demonstrar, objetivamente, a influência histórica na evolução dos povos. Gradualmente vem se incorporando as gerações de direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos, respeitando dos direitos culturais de cada povo.

A forma com que são tratados os direitos fundamentais na esfera interna dos Estados democráticos varia, da mesma forma que varia a concretude desses mesmos direitos, pois a significação dos direitos fundamentais para cada Estado, dependem de diversos fatores extrajurídicos, principalmente das peculiaridades de cada Estado, assim como da cultura e das diferenças de cada povo (Gilmar Mendes 2009, p. 273), sendo possível adequar padrões universais de direitos humanos em meio a diversidade cultural (TRINDADE, 2003, p. 36).

A concepção universal e indivisível dos Direitos Humanos ficou fortalecida com a Declaração de Viena de 1993 na Conferência Mundial de Direitos de Viena. Notória na análise no parágrafo 5º da Declaração:

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

Naquela ocasião houve certo embaraço por parte dos participantes para a aprovação consensual do documento final da Declaração de Viena de 1993, considerando o multiculturalismo presente no mundo globalizado. Entre os presentes existiam duas posições conflitantes, sendo uma Universalista e outra Relativista. Os Universalistas consideravam a universalidade dos direitos humanos e a sua predominância sobre o princípio da soberania nacional. Nestes encontramos os países desenvolvidos como Estados Unidos, União Européia e Japão. Já os Relativistas alegavam que os direitos humanos deveriam ter uma abrangência parcial ou relativa

conforme os diferentes níveis de desenvolvimento econômico, assim como deveriam ser observadas as tradições culturais de cada sociedade. Sendo encontrados como exemplo de relativistas, os países em desenvolvimento como China, países africanos, árabes, asiáticos e alguns latinoamericanos (MAZZUOLI, 2009). As críticas feitas por alguns autores orientais e ocidentais sobre o Universalismo é de que seria uma tentativa opressora das potências mundiais ocidentais passar por cima das demais culturas e civilizações, utilizando-se em nome dos direitos humanos para de forma dissimulada exercer o poder econômico sobre os países mais fracos, ditos subdesenvolvidos (KROHLING, 2008). Tal opressão aconteceu por incontáveis vezes, quando as diferenças entre os povos e culturas foram ignoradas pelo Ocidente, porque este, com uma visão consumista do mundo, quer obrigar a todos os povos a fazer o mesmo, muitas vezes se escondendo sob o manto dos direitos humanos (KROHLING, 2008).

A sociedade contemporânea é marcada por encontros entre relativismos culturais e o florescimento de uma cultura global (universalismo). É que existem problemas e desafios que somente poderão receber atenção eficiente se forem tratados de forma global, como os problemas de fome, água, guerras e meio ambiente. E esses direitos exigem reciprocidades universais, justificando obrigações e responsabilidades mútuas. A universalidade é uma condição necessária e indispensável para o reconhecimento dos direitos inerentes à todos, além de qualquer exclusão ou discriminação (LUCAS, 2010, p. 57).

Os Direitos Humanos somente poderão fortalecer suas características de proteção efetiva quando se permitir abrir mão do falso universalismo e se tornar multiculturais (SANTOS, 1997). A universalidade dos direitos fundamentais faz com que estes se posicionem, desde o início, “num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”. Sendo que esta universalidade não elimina os direitos de liberdade, mas sim os fortifica, com o objetivo e fundamento de melhor efetivá-los, ante a concretude dos direitos de igualdade e de fraternidade (BONAVIDES, 2004, p. 573).

Foi no decorrer do processo de democratização que o Brasil passou a aderir a instrumentos internacionais de direitos humanos, passando a assumir expressamente, a legitimidade das preocupações globais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias estrangeiras sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas (PIOVESAN, 2006). E que é através da inserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos, além dos direitos constitucionalmente

previstos internamente, que os indivíduos passam a ser titulares de direitos defensáveis no âmbito internacional. Desta forma, a proteção aos direitos fundamentais alarga-se a adquirir completude, com a associação dos sistemas internacional e nacional de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

Internalização dos Tratados e Convenções Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Para a internalização de tratados e convenções internacionais se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos, também denominados pela doutrina de fases, porém, absolutamente necessários, a fim de que sejam dotados de eficácia jurídica.

No direito brasileiro, o tratado internacional pode ser classificado como um ato complexo, onde atuam os Poderes Legislativo³ e Executivo, em cumprimento à norma Constitucional, sendo esta mais uma característica do sistema de freios e contrapesos (MONTESQUIEU, 2007), que podemos resumir da seguinte forma:

a) *Negociação e assinatura* do texto pelo presidente da República ou por seu representante, também denominado plenipotenciário⁴, a quem compete privativamente manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais;

b) *Aprovação pelo Congresso Nacional* por meio de decreto legislativo, incumbindo a este apenas aprová-lo, com reservas ou não;

c) *Ratificação*, que é o ato de direito internacional formalizado pelo presidente da república ou seu representante plenipotenciário, frente a organização internacional que defendeu a elaboração do tratado, acontece quando o presidente firmou o texto original, ou a adesão, quando o Estado brasileiro se torna parte do tratado, sem que o tivesse assinado anteriormente. Após seguidas estas fases que tem previsão Constitucional, o tratado entrará em vigor no plano internacional, de conformidade com

³Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

⁴ Plenipotenciários. Um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo.[...] O ministro das relações exteriores se entende um plenipotenciário – no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo chefe de Estado, ou pelo chefe do governo [...](REZEK 2010).

o modo previsto no próprio texto convencional. Normalmente, se prevê vigência após um mês, seis meses ou um ano da data da ratificação ou adesão.

d) *Promulgação e publicação*, por meio de decreto do Presidente da República, onde se divulga o texto integral do tratado, acordo ou convenção internacional. Desta forma, o ato internacional, tratado ou convenção internacional, desde que recepcionado pelo Brasil e em obediência ao devido processo legal constitucional, produzirá efeitos internos e internacionais, estando habilitado a fundamentar o direito de petição a ser exigido frente ao Judiciário ou às Cortes Internacionais especializadas, seja em favor de particulares ou pessoas jurídicas de direito público interno ou internacional.

É importante dizer que a necessidade de promulgação dos tratados não se retira do texto constitucional, mas sim do art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil⁵, que dispõe sobre a necessidade de publicação das leis para que passem a produzir efeitos, aliado ao que dispõe no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal⁶.

Teoria da norma *Pacta Sunt Servanda*

O princípio *pacta sunt servanda* é um dos fundamentos do direito dos Tratados, baseado nos costumes. E baseado neste argumento, não pode o Estado pactuante após a assinar e ratificar dito tratado, não cumprir o que foi acordado no referido documento.

Nesta mesma linha de pensamento Celso de Mello reconhece no *pacta sunt servanda* a base dos tratados internacionais (MELLO, 2004), ou seja, a base de sua obrigatoriedade, como princípio constitucional, fundado no direito natural.

Há ainda alguns como Rezek que entendem que quando se fala de tratados, a questão é incontroversa de que seu fundamento está no *pacta sunt servanda* e de que o Estado tem o dever de obedecer aos tratados e convenções por ele pactuados, e se pactuou, é para cumprir de boa-fé (REZEK, 2010). Em Kelsen encontramos o entendimento de que a fórmula *pacta sunt servanda* outorga à comunidade jurídica internacional a forma de regimentar o comportamento a ser seguido (KELSEN, 2003).

Também o artigo 26 da Convenção de Viena de 1969, assenta os fundamentos dos tratados, pelo princípio internacional **pacta sunt servanda**, onde “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

⁵Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

⁶Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Desta forma, a legislação pátria brasileira, ao respeitadas regras assumidas de um Tratado ou Convenção Internacional, está automaticamente aceitando o cumprimento de tais normas de boa-fé, muito embora não seja necessário revogar as normas jurídicas do ordenamento jurídico interno.

Tratados Internacionais de Direitos Humanos Adotados pelo Brasil

No Direito Pátrio, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus instrumentos, quer sejam, os Tratados e Convenções Internacionais são consequência do processo de democratização nacional (PIOVESAN, 2008). O início do processo de inserção de tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A partir dessa ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988 que é reputada como sendo o documento constitucional brasileiro mais progressista, amplo e detalhado (PIOVESAN, 2006) e que trata formalmente dos direitos humanos. Assim, a partir da Carta Magna de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, sendo que entre eles estão:

a) Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, instituída pelo Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952, concluída em Paris a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas; tendo sido depositado no secretariado geral da Organização das Nações Unidas, em Lake Success, Nova York, a 15 de abril de 1952;

b) Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, recepcionada internamente pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961, embora haja sido concluída em Genebra em 28 de julho de 1951;

c) Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, recepcionado no Brasil pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992, embora o referido ato internacional foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1996;

d) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adentrado ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, adotada no âmbito da

Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978;

e) **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, recepcionado, recepcionado no Brasil pelo Decreto 591, de 06 de julho de 1992, mas discutido, votado e aprovado na XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966;

f) **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**, conforme o Decreto 65.810, de 08 de dezembro de 1969, aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 07 de março de 1966; e havendo sido depositado de Ratificação, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, a 27 de março de 1968;

g) **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, nos termos do Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, pactuado na Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, adotou a 10 de dezembro de 1984;

h) **Convenção sobre os Direitos da Criança**, conforme o Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro do mesmo ano;

i) **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, conforme o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, decorrente do Ato Internacional entrou em vigor internacional em 01º de julho de 2002;

j) **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, convencionado em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovado, segundo o procedimento estabelecido no §3º do Art. 5º da CRFB/1998, pelo Decreto Legislativo 186, de 09 de julho de 2008, expedido pelo Congresso Nacional;

É louvável a forma com que o Brasil assume a legislação internacional sobre direitos humanos, tendo assinado a grande maioria dos tratados existentes, como dantes já apontados, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Referentes à Abolição da Pena de Morte (1990), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção

Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) (MAZZUOLI, 2008).

Cabe salientar que este o rol de documentos citados não é taxativo, existindo uma vasta quantidade de outros documentos que se referem a Tratados e Convenções Internacionais relativos a outras matérias⁷, assinados pelo Brasil e que não fazem parte do viés analisado neste momento. È necessário que se faça uma interpretação quanto ao termo “tratados internacionais”, utilizado pelo Constituinte originário de 1988, perquirindo, ao menos superficialmente, quais os preceitos de direito internacional que se encaixam nesta categoria. Afirmando sobre a falta de exatidão terminológica sobre o termo e da ampla gama de expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não há um método ordenado de diferenciação entre as inúmeras espécies de normas internacionais existentes (SARLET, 2007, p. 140), daí porquê, neste momento, estar-se-á analisando somente os documentos internacionais que dizem respeito à direitos humanos.

Conflito de normas - A incorporação de tratados e convenções internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro

Antes de tudo é importante dizer que o texto constitucional brasileiro, Constituição de 1988, em nenhum momento determinou qual deveria ser a posição hierárquica entre os Tratados e Convenções Internacionais e a legislação interna brasileira, e caso de possível confronto, qual a norma que deve prevalecer. Devido a esta lacuna da lei, e aos inúmeros casos suscitados por particulares, instituições privadas e públicas, este assunto acabou parando no Judiciário, passando a este a função de definir qual seria a posição hierárquica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Ditas questões ao baterem as portas do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento de caso concreto, firmou jurisprudência, que traduziu a melhor interpretação para o direito interno. Ainda que seu resultado final não seja unânime e rebatido por muitos doutrinadores.

Relações entre Direito Internacional e o Direito Interno - Dualismo e Monismo

⁷Econômicos, Financeiros, Políticos, Meio Ambiente, Proibição do emprego de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios Bacteriológicos, Relações Diplomáticas, Espaços marítimos, espaço aéreo e cósmico, Armas nucleares zonas polares, dentre outros.

O conflito entre uma norma de direito interno do Estado e uma norma advinda de Tratados Internacionais é assunto polêmico e tem gerado inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência pelo mundo afora. Dentre os doutrinadores, as posições adotadas dividem-se, sobremaneira, entre o discurso da Teoria Monista e da Teoria Dualista, correntes doutrinárias que tem por finalidade objetiva explicitar a prevalência do Direito Interno ou do Direito Internacional quando da ocorrência de conflito normativo entre as duas esferas de atuação.

Hodiernamente, em matéria de Direitos Humanos, não se cogita mais utilizar a Teoria Monista ou a Teoria Dualista (MAZZUOLI, 1996), estando ambas as teorias superadas. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade

O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da ‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte, não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas (TRINDADE, 1996).

Entretanto, no que diz respeito ao direito brasileiro, temos que este não adotou qualquer das duas teorias. A Constituição Federal de 1988 é omissa no que se trata às relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, não trata de forma direta esta questão. E devido a esta omissão normativa supralegal a questão tem sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício das competências recursais estatuídas nos artigos 102, III, ‘b’, e 105, III, ‘a’, da nossa Constituição Federal, no julgamento do caso concreto (CASTRO, 2003).

LEADING CASES PARA UMA RECONSTRUÇÃO TEÓRICA

Os Tratados e Convenções Internacionais possuem enorme prestígio na convivência internacional entre os Estados, adquirindo papel de importância nas relações internacionais entre estes Estados, passando pelo acordo entre estes, num vasto e diligente processo de negociação, de forma que possa harmonizar os interesses de todos e que o instrumento final englobe os objetivos de cada Estado-parte (*pacta sunt servanda*).

Os Estados ao assumir fazer parte de um Tratado ou Convenção Internacional devem procurar manter a boa-fé, a fim de que se garanta a segurança jurídica nos compromissos internacionais assumidos, mesmo que esteja sobre legislação infraconstitucional, em razão de que o seu descumprimento põe em risco as benesses de cooperação assumidas no panorama internacional (MENDES, 2009). Algumas teses sobre a matéria tem sido suscitadas nos tribunais Superiores desde há muito, podendo destacar:

Caso 1. Lei posterior não revoga Tratado Internacional. A doutrina do Min. Lafayette Andrada, na Apelação Cível 9.587/1951

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal na data de 21/08/1951, que versava sobre imposto de importação sobre equipamentos de radiotelegrafia e radiotelegrafia, o então Relator Min. Lafayette Andrada julgou o caso com a orientação de que *os tratados constituem Leis Especiais e por isso não ficam sujeitos às Leis Gerais de cada País, em razão de que, por regra, visam exatamente à exclusão destas mesmas Leis. Aduz ainda que um Tratado revoga as leis que lhe forem anteriores, mas não pode ser revogado por legislação posterior, na medida em que estas não expressem formalmente o tratado ou que haja Denúncia do tratado pelo Estado-parte.* Ou seja, admite a hipótese de revogação posterior de um Tratado Internacional assumido pelo Estado-parte, somente se a Lei posterior declarar expressamente a revogação daquele tratado internacional.

Caso 2. Absoluta supremacia da Constituição sobre Tratados internacionais. A doutrina do Min. Celso de Mello, na ADI 1.480/97

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal na data de 04/09/1997, que tratou sobre a regulamentação normativa contra a despedida arbitrária ou sem justa causa posta sob reserva constitucional de Lei Complementar exigida pela Constituição,

decidiu a corte superior, tendo como Relator o Min. Celso de Mello, *que deve ser na Constituição Federal que se deve buscar a solução normativa para eventual controvérsia*, e não na controvérsia doutrinária (monistas e dualistas), e que um exame mais apurado permite constatar que a execução dos tratados e convenções internacionais e a sua incorporação no ordenamento jurídico interno, ficam subordinados à autoridade normativa da Constituição da República, e que nenhum valor jurídico teria qualquer Tratado ou Convenção Internacional que, incorporados ao sistema jurídico positivo interno, venha a transgredir formal ou materialmente, o texto Constitucional. Foi mais além, aduzindo que o texto disposto na Convenção n. 158 da OIT nada mais é do que mera proposta de legislação direcionada ao legislador interno, permitindo ao Estado-parte que este opte pela solução normativa que melhor lhe convir. O que significa afirmar a supremacia da Constituição Federal sobre qualquer norma advinda de Tratado ou Convenção Internacional, que não possuem qualquer primazia sobre o direito positivo interno.

Caso 3. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: a doutrina do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/2000.

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal na data de 29/03/2000, que tratou sobre a possibilidade de duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos tribunais, em matéria penal, decidiu a corte superior, tendo como Relator o então Min. Sepúlveda Pertence, *que Convenções de Direitos Humanos possuem uma força supralegal, que confere o direito à aplicação direta das suas normas, mesmo que contra uma norma de direito interno (lei ordinária), desde que não venha a ferir a Constituição, podendo complementar, especificar ou ampliar direitos e garantias nela constantes*. Entretanto, no caso, concreto, a festejada Corte negou o duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, seguindo a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional invocada, de maneira que a Constituição prevalece sobre qualquer Convenção ou Tratado Internacional.

Caso 4. O Depositário Infiel (RE 466.343-1/SP) e a Emenda Constitucional n. 45/2004

A Emenda Constitucional n. 45 de 30/12/2004 veio para preencher uma omissão que existia no ordenamento jurídico pátrio Constitucional, inserindo no art. 5º,

o inciso LXXVIII e seus parágrafos, com vigência *erga omnes*, demonstrando certa tendência à adoção à teoria dualista que foi mencionado anteriormente no decorrer deste trabalho. Ao menos no que diz respeito ao parágrafo terceiro no novo inciso inserido pela Emenda constitucional, que ascendeu ao nível de Emenda Constitucional os tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, em cada casa legislativa (Senado e Câmara Federal) por dois turnos com três quintos dos votos. Porém, cabe salientar que uma leitura amiúde do novo texto constitucional traz em si interpretação restritiva, considerando que contem as palavras “sobre direitos humanos”, o que por si só apresenta um limitador a adoção da teoria dualista aplicável ao Direito Interno, ao aceitar que somente os tratados e convenções que versem sobre direito humanos sejam recepcionados no ordenamento jurídico interno, excluindo os demais textos sobre outros temas.

Conforme ensinamentos de Cançado Trindade a Constituição Brasileira de 1988

“após proclamar que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio, *inter alia*, da prevalência dos direitos humanos (artigo 4(II)), constituindo-se em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento, *inter alia*, a dignidade da pessoa humana (artigo 1 (III)), estatui, - consoante proposta que avançamos na Assembléia Nacional Constituinte e por esta aceita, - que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja Parte (artigo 5 (II)). E acrescenta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5 (I))” (TRINDADE, 1996).

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 traduz a tendência acompanhada pelas Constituições latino-americanas recentes⁸, com o cuidado em dar um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico interno, quanto aos direitos e garantias individuais confirmados em nível de direito internacional. Pois, se para a incorporação dos tratados internacionais sobre qualquer assunto é exigida a intermediação do Poder Legislativo por ato com força de lei, outorgando-lhes vigência e obrigatoriedade, com os tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo

⁸ A Constituição do Peru de 1978; a Constituição da Guatemala de 1985; a Constituição da Nicarágua de 1987; a Constituição do Chile de 1989 e; a Constituição da Colômbia de 1991 (CANÇADO TRINDADE 1996).

Brasil é diferente. Os direitos fundamentais nele garantidos entram no direito interno passando a fazer parte do rol de direitos constitucionalmente consagrados, com eficácia imediata no âmbito da ordem jurídica interna (TRINDADE, 1996), decorrentes também do processo de globalização, que faz com que a Constituição brasileira se torne mais acessível à entrada das normas internacionais, fazendo com que se amplie o chamado “bloco de constitucionalidade” (PIOVESAN, 2008).

A previsão do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 é uma demonstração da teoria de “vaso comunicantes” ou “cláusulas de diálogo”, elucidada por Delmas-Marty como cláusulas que confirmam que a conveniência maior dos dispositivos de proteção aos direitos do homem é a de apontar, uma lógica na direção a ser seguida (MAZZUOLI, 2010).

Em se tratando de normas jurídicas advindas de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, todas deveriam ser dispostas no nível de norma constitucional, seja por hierarquia material, seja pela hierarquia material e formal, com eficácia de aplicação imediata, com proibição de ser revogados por lei ordinária posterior (MAZZUOLI, 2010). Entretanto, para Valério Mazzuoli não se deveria observar quórum para aprovação do tratado: tratando-se de instrumento que tange os Direitos Humanos, todos possuem status constitucional. E isto por força da previsão do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88 (MAZZUOLI, 2010). Já Flávia Piovesan entende que o Brasil adotou um sistema misto, que conjuga dois regimes jurídicos diferentes, em razão do caráter especial dos tratados internacional de direitos humanos, sempre se tendo em vista a sua superioridade a nível internacional, considerando que fazem parte do chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável) (PIOVESAN, 2008). E para tanto considerando a condição de que as normas advindas de tratados internacionais são materialmente constitucionais (MAZZUOLI, 2013).

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, foi ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em que se discutiu a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a posição das normas alienígenas, da mesma forma que seus efeitos e poderes, quando forem invocados no sistema jurídico brasileiro, dos Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo Brasil.

Depois de muito debate, a Corte Constitucional suscitou quatro teses quanto a posição hierárquica dos efeitos ocasionados pelas normas explicitadas nos tratados internacionais, no seguinte sentido:

a) a tese da *legalidade ordinária*, onde as normas internacionais decorrentes de tratados internacionais, independente da matéria, receberiam tratamento de lei ordinária;

b) a tese da *supraconstitucionalidade*, onde as normas internacionais de direitos humanos poderiam, inclusive, derrogar as normas constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988, sendo irrelevante a produção legislativa no sentido de derrogação ou ab-rogação de tais normas;

c) a tese da *norma constitucional*, onde as normas internacionais humanistas seriam recepcionadas integral e automaticamente pela Constituição Federal, devido ao fato de haver prevalência dos direitos humanos sobre outros bens ou direitos de menor envergadura e,

d) a tese da *supralegalidade* das normas internacionais sobre o ordenamento jurídico ordinário, no entanto, inferiores a Constituição.

Cabe destacar que a posição majoritária no julgamento do referido recurso foi a do Ministro Gilmar Mendes, que conferiu um status normativo *supralegal* aos Tratados Internacionais de Direito Humanos. E a posição minoritária foi liderada pelo Ministro Celso de Mello, que conferiu status constitucional aos Tratados Internacionais de Direito Humanos.

Com esta decisão do Supremo Tribunal Federal datada de 03/12/2008, reconhecendo o valor *supralegal* dos tratados tidos como de Direitos Humanos, salvo se ele foi aprovado por quórum qualificado, chegamos a algumas conclusões:

Segundo a posição do Ministro Gilmar Mendes, já firmada noutros julgamentos⁹, os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com quórum qualificado, passam a ter caráter de supralegalidade, em razão de possuírem “um lugar especial reservado no ordenamento jurídico” (MENDES, 2011). Posição diversa adota por Ingo Sarlet, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, para quem todos os tratados de Direitos Humanos seriam constitucionais (MAZZUOLI, 2010), em razão do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da CF/88 (PIOVESAN, 2008), e da introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição

⁹ RE 466.343-SP e HC 87.585-TO, em 3 de dezembro de 2008.

Federal de 1988, com a reforma do Judiciário trazida pela Emenda n.45/2004 (SARLET, 2007, p. 150).

Para Sarlet é contestável o entendimento de que em razão da Emenda 45/2004 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro pudessem ter o status de emenda constitucional, em razão de não se poder utilizar aqui a alegação da recepção quando disser respeito de procedimentos legislativos diferentes, mesmo que exista compatibilidade material, como se houvesse possibilidade de transformar um decreto legislativo que tivesse sido aprovado por maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria de três quintos dos votos, e isso também sem cogitar os outros limites formais que dizem respeito às emendas constitucionais (SARLET, 2007, p. 151).

A própria Constituição Federal nos faz ver a primazia dos tratados internacionais sobre a legislação infraconstitucional (artigo 4º, parágrafo único e artigo 5º, § 2º) (MARINONI, 2013). Foi o argumento do Ministro Celso de Mello no próprio julgamento do Recurso Extraordinário ora tratado, quanto à tese de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos celebrados e firmados pelo Brasil, mesmo que tenham sido aprovados anterior à Emenda Constitucional n. 45 de 2004, como o é caso do Pacto de San José da Costa Rica, que possui caráter materialmente constitucional, estruturando a definição de bloco de constitucionalidade (MARINONI, 2013). Tese esposada no artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, com força jurídica que segue a tese da igualdade destes com os outros direitos fundamentais existentes na Constituição Federal, recaindo sobre estes o princípio da aplicabilidade direta e imediata destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2007, p. 147).

A tese majoritária no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, como já mencionado, foi a do status de supralegalidade das normas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A tese do Ministro Gilmar Mendes, adotando a supralegalidade aduziu:

“pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento

jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”¹⁰.

Resta claro que a diferença entre as duas teses é de entendimento mais inclinado a uma visão internacionalista (Direito Internacional) dos professores Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Celso de Mello por um lado; e uma visão mais constitucionalista (Direito Interno) do Ministro Gilmar Mendes, por outro lado.

Entretanto, cabe analisar que no sistema constitucional pátrio é impossível a sustentação de que os direitos fundamentais formem um sistema separado e fechado, por vários motivos: Em razão do conceito materialmente aberto do art. 5º, § 2º¹¹, indicando existirem outros direitos fundamentais tanto noutras partes da carta constitucional e até advindas de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte¹²; Em razão da pluralidade de conteúdos no rol dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade, direitos sociais, políticos, entre outros, que obstem, a priori, que se estabeleçam métodos abstratos e genéricos; Em razão de que não são todos os direitos fundamentais catalogados que possuem sua base firmada no princípio da dignidade da pessoa humana, existindo diferenças quanto ao grau de vinculação a esta; Em razão de que os princípios fundamentais poderão concluir pela existência de direitos fundamentais não escritos ou a questão organizacional, da ordem econômica e social, cujos mandamentos estão todos fora do Catálogo dos direitos fundamentais¹³ (SARLET, 2007, p.85). Logo, o sistema dos direitos fundamentais não são propriamente um sistema lógico-dedutivo (autonomo e auto-suficiente), mas é um sistema aberto e flexível, suscetível a receberem novos conteúdos significativos, agregados ao “todo” do sistema constitucional. A base dos direitos fundamentais, vincula-se, com maior ou menor vinculação, ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundado na alusão feita pela própria Constituição. Fazendo com que a importância da regra do art. 5º, § 1º, que

¹⁰ RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

¹² Art. 5º - § 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.

¹³ Título VII da Ordem Econômica e Financeira art. 170ss ; Título VIII da Ordem Social art. 183ss;

aduz que todos os direitos e garantias fundamentais são normas jurídicas auto-aplicáveis, logo, aptas a gerarem efeitos imediatos sejam altamente relevantes (SARLET, 2007, p. 85-87).

A fundamentalidade formal está fundida ao direito constitucional positivo e decorre das características, a seguir, adequada ao direito constitucional pátrio: a) os direitos fundamentais fazem parte da Constituição escrita e estão como base superior de todo o ordenamento jurídico, podendo-se tratá-los como direitos de natureza *supralegal*; b) como espécie de normas constitucionais, estão sujeitos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), tratando-se, num certo sentido, de *direitos pétreos*; c) trata-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2007, p. 88-89).

A fundamentalidade material decorre do fato dos direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, abarcando questões decisivas fundamentais quanto a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, permitindo, a abertura da Constituição para outros direitos também tidos como fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), localizados fora do capítulo ou até mesmo fora da Constituição formal, sendo, dessa forma, tão somente materialmente fundamentais (SARLET, 2007, p. 89), como é caso dos Tratados Internacionais.

Para Sarlet apenas o exame do conteúdo do direito autoriza a constatação de sua fundamentalidade material, ou seja, a condição de possuir ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, sob a análise singular, da posição ocupada pela pessoa humana (SARLET, 2007, p. 89). Devendo-se atentar para o fato de que quanto mais facilmente se puder justificar um direito frente a todos, mais fundamental ele será (ALEXY, 2000, p. 28). Além do que, não cabe mais perseverar na preferência das normas de direito internacional ou de direito interno, porque hodiernamente, o que se verifica é que o primado da norma deverá ser aquela que melhor venha a proteger os direitos humanos; à norma mais favorável ao direito da vítima (TRINDADE 2003, p. 40).

Conclusão

Por tudo o que foi exposto, pode-se concluir que os Estados ao firmarem livremente um Tratado Internacional e ante a norma da *pacta sunt servanda*, deverão

cumprir as obrigações assumidas. Após a Emenda 45/2004 os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ingressam no ordenamento jurídico pátrio com status de norma constitucional e possuem aplicação imediata após a sua ratificação. Os demais tratados internacionais, que não versarem sobre direitos humanos terão natureza de norma infraconstitucional, necessitando de legislação para ter validade e eficácia. Entretanto, a celeuma existe em torno dos Tratados Internacionais de direitos Humanos aprovados e ratificados antes da Emenda 45/2004, e que não foram incorporados segundo as regras do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal. Os tratados de direitos humanos diferenciam-se dos tratados tradicionais e com eles não devem ser confundidos. Os tratados de direitos humanos têm como objetivo a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos frente ao seu próprio Estado como também frente a outros Estados contratantes. Os direitos fundamentais advindos de tratados internacionais nascem na ordem jurídica supraestatal e existem independentemente do reconhecimento e da proteção pela ordem interna. São direitos fundamentais independentemente da sua incorporação na Constituição dos Estados. Sendo assim, os Estados estão obrigados a observar tais direitos cabendo à técnica jurídica apenas conceber os mecanismos mais adequados para recepcioná-los no ordenamento interno. A aplicação jurídica e coerente do Direito Internacional e do Direito Interno deve ser feita sempre da maneira mais favorável possível ao ser humano, sujeito de direito e de proteção.

Referências

Referências Bibliográficas

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (2ª ed.). (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros. 2011.

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 19ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer, RJ: Elsevier, 2004, 13ª impressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KROHLING, Aloísio. **Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural**, in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 3, , jul./dez. 2008.

LUCA, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Brasil**, in Controle de Convencionalidade, Um panorama Latino-Americano. 1ª ed. Brasília-DF, Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

_____, **Curso de Direito Internacional Público**. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____, **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**, 15 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, Vol. I.

MENDES, Gilmar, **A evolução da jurisprudência do STF envolvendo a prisão civil do depositário no Brasil: a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**, in A realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI, Joaçaba: Unoesc, 2011.

MENDES, G.F.; COELHO I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. In Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v. 2, n. 1 (jan./jun. 2008), Curitiba: Dom Bosco, 2008.

_____, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 12ª ed., revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Faculdade de Economia de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. Revista Crítica de Ciências Sociais. N 48. Junho, 1997.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. **Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: 2ª Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003, v.1.

_____, **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. IIDH-CICV-ACNUR-Comissão da União Européia Co-Edição, São José da Costa Rica/Brasília, 1996.

Sites mencionados

BRASIL. **Ato Institucional n. 5**. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s>. Acesso em 29 de julho de 2013.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1824.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1891.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1934.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1937.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1967.

_____, **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____, **Decreto n. 678** de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 09 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 de julho de 2013.

_____, **Decreto n. 592**, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 06 de julho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF,

de 07 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 29 de julho de 2013.

_____, **Decreto n. 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena de 22 de maio de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 15 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 25 de julho de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Apelação Cível. Relator Antonio Carlos Lafayette Andrada. Proc. n. 9.587/DF. Decisão em 21/08/1951. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28apela%E7%E30+civel+9587%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 19/02/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Proc. n. 79.785/RJ. Decisão em 29/03/2000. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=46582>. Acesso em 19/02/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Relator Ministro Celso de Mello. Proc. n. 589.281-2/RJ. Decisão em 29/03/2000. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390916>. Acesso em 19/02/2014.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969, (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Adentrado ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. Disponível em: http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, pactuado na Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York. Adotou a 10 de dezembro de 1984, nos termos do Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0619.pdf

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO, convencionado em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovado, segundo o procedimento estabelecido no §3º do Art. 5º da CRFB/1998, pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, expedido pelo Congresso Nacional. Promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 7 de março de 1966, e havendo sido depositado de Ratificação, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, a 27 de março de 1968. Conforme o Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm

CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas; concluída em Paris a 11 de dezembro de 1948, tendo sido depositado no secretariado geral da Organização das Nações Unidas, em Lake Success, Nova York, a 15 de abril de 1952. Instituída pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao12/14%20-%20genoc%C3%ADio.pdf>

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, concluída em Genebra em 28 de julho de 1951. Recepcionada internamente pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dr-conv-estatuto-refugiados.html>

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, conforme o Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro do mesmo ano. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, decorrente do Ato Internacional entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, conforme o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos/2002-004388/2002-004388.htm>

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Gênese e Principiologia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: O legado da declaração universal de 1948 (Estudo em homenagem à Prof.ª Flávia Piovesan)**. Disponível em <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud10/genese_principiologia.htm>. Acesso em 26 de julho de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. STF. AC 2436 MC/PR - Paraná, incidental ao RE nº 460.320, julgada em 03/09/2009, publicada em 15/09/2009 (Decisão Monocrática do Min. Gilmar Mendes), <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2696250>.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, ato internacional foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1996. Recepcionado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, votado e aprovado na XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Recepcionado no Brasil pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional e Direito Interno: Sua interpretação na proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>.
Acesso em 23 de julho de 2013.