

Os tratados internacionais sobre direitos humanos e as questões dogmáticas após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004: retrocesso ou avanço do constitucionalismo?¹

The international treaties on human rights and dogmatic issues after the advent of Constitutional Amendment 45/2004: backward or forward constitutionalism?

Los tratados internacionales de derechos humanos y las cuestiones dogmáticas tras el advenimiento de la Enmienda Constitucional 45/2004: ¿constitucionalismo hacia atrás o hacia delante?

Alexandre Almeida Rocha²

João Manoel de Moraes Gonçalves³

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Constitucional; Direito Internacional Público; Direitos Humanos.

Resumo

Este trabalho discute o tema da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A partir de pesquisas bibliográficas foi analisado as transformações da Soberania dos Estados e a evolução da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição, sendo ainda realizado pesquisa documental para análise sobre o último julgamento do Supremo Tribunal Federal no tocante a hierarquia desses tratados. Utilizando-se do método dedutivo, a partir de noções sobre Soberania, normatividade constitucional e tratados de direitos humanos, foi constatado que o Estado brasileiro não estabeleceu de modo apropriado a sua relação com esse tipo de normatividade

¹ Recebido em 09/setembro/2020. Aceito para publicação em 14/novembro/2020.

² Professor Adjunto na Universidade Estadual de Ponta Grossa e Doutor em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Endereço eletrônico: professor.alexandre.rocha@gmail.com

³ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Paraná e Pós-Graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Endereço eletrônico: jmdemoraesg@gmail.com

internacional. Por fim, a pesquisa realizada apresenta-se importante devido existir ainda grande resistência do ordenamento jurídico pátrio quanto a imperatividade e a globalização dos direitos humanos e além de desconsiderar as mudanças pelos quais passa o Estado moderno.

Palavras-chaves: Soberania; Tratados Internacionais de Direitos Humanos; Constituição Federal.

Abstract

This work discusses the incorporation of international human rights treaties into the Brazilian legal system from §3 of art. 5 of the 1988 Federal Constitution. From bibliographical research has analyzed the transformations of State Sovereignty and the evolution of the reception of international human rights treaties in the Constitution, and even documentary research has been carried out to analyze the last Supreme Court judgment regarding the hierarchy of these treaties. Using the deductive method, based on notions of Sovereignty, constitutional normativity and human rights treaties, it was found that the Brazilian State has not properly established its relationship with this type of international normativity. Finally, the research carried out is important because there is still great resistance from the homeland legal system regarding the imperativeness and globalization of human rights and in addition to disregarding the changes that the modern State is undergoing.

Keywords: Sovereignty; International Human Rights Treaties; Federal Constitution.

Resumen

Este trabajo discute la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema legal brasileño a partir del §3 del art. 5 de la Constitución Federal de 1988. La investigación bibliográfica ha analizado las transformaciones de la soberanía del Estado y la evolución de la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución, y se ha realizado una investigación documental para analizar la última sentencia del Tribunal Supremo sobre la jerarquía de estos tratados. Utilizando el método deductivo, basado en las nociones de soberanía, normatividad constitucional y tratados de derechos humanos, se constató que el Estado brasileño no ha establecido adecuadamente su relación con este tipo de normatividad internacional. Por último, las investigaciones realizadas son importantes porque todavía hay una gran resistencia por parte del sistema jurídico de la patria respecto del imperativo y la globalización de los derechos humanos, además de que no se tienen en cuenta los cambios que está experimentando el Estado moderno.

Palabras clave: Soberanía, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Constitución Federal

Sumário: Introdução; 1. Evolução da Concepção de soberania a partir da globalização dos direitos humanos; 2. Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na constituição brasileira de 1988; 3. Discussão sobre a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao

ordenamento jurídico brasileiro; 3.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à hierarquia após a emenda constitucional nº 45; Conclusão; Referências.

Summary: *Introduction; 1. Evolution of the conception of sovereignty from the globalization of human rights; 2. Incorporation of international human rights treaties into the Brazilian Constitution of 1988; 3. Discussion about the incorporation of international human rights treaties into the Brazilian legal system. 3.1 Position of the Supreme Court in relation to the hierarchy after constitutional amendment 45; Conclusion; References.*

Resumen: *Introducción; 1. Evolución de la concepción de la soberanía a partir de la globalización de los derechos humanos; 2. Incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución brasileña de 1988; 3. Discusión sobre la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico brasileño. 3.1 Posición del Tribunal Supremo en relación con la jerarquía después de la enmienda constitucional 45; Conclusión; Referencias.*

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o estudo dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Esse novo dispositivo prevê a possibilidade de equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos a emendas constitucionais, observado o procedimento ali descrito. Com isso, considerando os impactos da globalização na soberania dos Estados e a expansão dos direitos humanos, analisa-se, do ponto de vista dogmático, as possibilidades de aplicação deste dispositivo.

A primeira parte do trabalho terá como temática a discussão sobre as transformações da soberania dos Estados a partir do surgimento de tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, será abordado sobre a limitação do poder estatal quanto a violação da dignidade humana com o fortalecimento da normatividade internacional dos direitos humanos e o surgimento do *jus cogens* como imperativo de aplicação dessas normas.

A segunda parte discutirá sobre a relação entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de direitos humanos, analisando a abertura do ordenamento jurídico brasileiro a normatividade dos direitos humanos com §2º do art. 5º da Constituição Federal e as mudanças com a Emenda Constitucional nº 45.

A terceira parte abordará a atual discussão acerca da relação dos tratados internacionais de direitos humanos com o ordenamento jurídico brasileiro, onde será realizada análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a natureza jurídica e incorporação dos tratados internacionais em relação aos tratados internacionais de direitos humano e as implicações desta posição quanto à soberania.

1. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA A PARTIR DA GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Dallari (2013, p. 81-82), explica que “o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado”, assim a soberania foi um dogma criado para justificar o próprio Estado moderno (PAGLIARINI, 2005, p.133).

A passagem da Idade Média para a Idade Moderna tem a marca da soberania, assim como outros signos que, juntos, acabaram por constituir o Estado moderno. Por isso, não se vê Estado moderno sem que notem, concomitantemente, elementos como soberania e, mais tarde – na época da Revolução Francesa -, poder constituinte e Constituição. (PAGLIARINI, 2005, p.134).

Segundo Maluf (2019, p.36), “O Estado é o executor da soberania nacional”, já Pinto Ferreira (1975, p.95 *apud* MIRANDA, João, 2011, p. 25) define Estado como “uma associação humana fixada sobre um território determinado e dotado de uma soberania’. Como bem nota Miranda (2011, p. 25): “esses conceitos vêm a demonstrar de forma inequívoca a importância do conceito de soberania para entendimento da própria natureza do Estado”, tendo em vista ‘que a soberania se compreende no exato conceito de Estado’. (MALUF, 2019, p.43). Bobbio (2000, p.17) explica que:

O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência a colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não conhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior. Este poder do Estado foi chamado de soberania, e a definição tradicional de soberania, que se adéqua perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas supeiorum nom recognoscens*. Portanto, O Estado

absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece nenhum superior.

Frutos da revolução francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e outras sucessivas cartas constitucionais tiveram como efeito mudanças em aspectos do Estado, transformando a soberania estatal. Mutações como a limitação interna no plano do direito estatal e a progressiva absolutização da soberania externa (FERRAJOLI, 2007, p. 28) foram observadas no decorrer das mudanças estruturais do Estado Moderno. Bobbio (2000, P. 24) explica que:

O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Esse nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução francesa, foi acompanhado por teorias políticas cuja propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês, que ofereceu a maior contribuição para a solução desse problema, dá-se o nome específico de 'constitucionalismo' ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal.

Entretanto, explica Ferrajoli (2007, p. 34), que junto ao desenvolvimento do Estado de direito e da democracia liberal, a Soberania externa dos novos Estados nacionais automatiza-se de todo e qualquer vínculo jusnaturalista remanescente, sendo nesse período entre o século XIX e XX que a soberania dos Estados alcança sua forma mais desenfreada e ilimitada. Assim, ele constata que os dois processos são simultâneos e paradoxalmente conexos, pois houve o crescimento do estado de direito, internamente, e o estado de absoluto, externamente (FERRAJOLI, 2007).

Tendo em vista esse fenômeno, Ferrajoli (2007, p. 39) explica que na primeira metade do século XX com as duas Guerras Mundiais a soberania externa teve sua falência. Seu fim teria sido sancionado pela Carta da ONU, publicada em São Francisco em 26 de junho de 1945, e seguidamente pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens, aprovado 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Ao menos no plano normativo, esses documentos modificaram a ordem jurídica do mundo, alavancando a passagem do estado de natureza para o estado civil (FERRAJOLI, 2007, p. 39-40). Os direitos previstos nessas cartas tiveram como propósito a materialização e estipulação dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, tendo os Estados assim se deslocados ao polo-passivo da relação

jurídica que têm o ser humano como titular dos direitos (WEIS, 2014, p. 26). Weis (2014, p. 27) observa que:

É interessante notar que, nesse sentido, o direito internacional dos direitos humanos recupera, em uma ordem jurídica globalizada, o significado que tiveram, em seu tempo, o Constitucionalismo e as Declarações de Direitos dos séculos XVIII e XIX, a começar pelo fundamento jusnaturalista, pois a crença em direitos inatos do ser humano, característica como às Declarações do séculos XVIII, é a mesma que orienta a formulação de todos os tratados internacionais de direito humanos, não sendo à toa que a Declaração Universal reconhece, em seu “Preâmbulo”, a “a dignidade inerente a todos os membros da família humana” e seus “direitos iguais e inalienáveis”, como “fundamento da liberdade, na justiça e da paz mundial”

Ferrajoli (2007, p. 40) pontua que a consagração desses textos fez com que os direitos humanos antes apenas constitucionais, haveria também agora um valor supra estatal, transformando-os em limites externos ao poder dos Estado. Em suas próprias palavras, diz:

A soberania, que já havia se esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados membros. (FERRAJOLI, 2007, p. 40).

A internacionalização dos direitos humanos tem como consequência a limitação da soberania estatal, tendo semelhança ao processo de limitação interna que o direito impõe à soberania (BEZERRA JÚNIOR, 2010, p. 112-113). Assim no contexto internacional, “diante das atrocidades perpetradas no período das Grandes Guerras Mundiais, o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos também limita a soberania internacional” (BEZERRA JÚNIOR, 2010).

Dessa forma, tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional ao consagrar os direitos humanos aos quais os Estados devem respeitar (PIOVESAN, 2010, p. 153). O respeito aos direitos humanos implica a aceitação das ordens nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que pede uma nova interpretação dos princípios clássicos, tal como a Soberania, sendo necessária à sua renovação (BEZERRA JÚNIOR, 2010, p. 116).

O advento de mecanismos de proteção internacional foi uma das decorrências da internacionalização desses direitos, derivando a relativização do conceito tradicional de soberania estatal e o início do ser humano como alvo de

regras de proteção dos direitos, conseqüentemente a soberania como uma característica ilimitada e absoluta do Estado não seria mais possível, devido agora se deparar com empecilhos normativos e institucionais (PERREIRA, 2018, p. 29). Canotilho (1997, p. 1219), após se referir às sugestões do denominado constitucionalismo global diz:

De qualquer forma, o recorte cada vez mais exigente de um direito peremptório ou imperativo internacional (*jus cogens*) sugere a ideia, cada vez mais sufragada pelos cultores de direito internacional, de o poder constituinte dos estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, estar hoje vinculado por *princípios* e *regras* de direito internacional peremptório. Como é sabido, o conteúdo do *jus cogens* permanece envolto em alguma ambigüidade. Mas inclui um mínimo de proteção da vida, liberdade e segurança, no âmbito das liberdades pessoais, e o direito à autodeterminação como direito básico da democracia. Como patamar superior da ideia de direito internacional peremptório – mas, reconheça-se, ainda com grandes reticências jurídicas e políticas dos Estados – entende-se a transformação deste direito em *parâmetro de validade* das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional.

Trindade (2003, p. 236-237) explica que os direitos humanos têm o condão de abolir a distinção tradicional entre ordem interna e ordem internacional, desse modo, não se pode considerá-los nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob a ingerência política pois ‘há que se compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais’. Piovesan (2004, p. 23) aponta algumas mudanças trazidas pela globalização direitos humanos:

(1) A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos - isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal. (2) A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição interna, decorrência da sua soberania.

Conforme assinala Bezerra (2010, p. 116):

[...] a celeuma do constitucionalismo contemporâneo aponta, portanto, para a necessária regência entre direito interno e direito internacional, ao passo que, quando os Estados assumem compromissos através de convenções

internacionais de proteção dos direitos humanos, acabam por restringir sua soberania.

O desenvolvimento de organismos internacionais para que houvesse a efetivação e a proteção dos direitos humanos fez com os Estados tivessem a mitigação de sua soberania externa, não sendo mais possível uma soberania ilimitada e absoluta que desrespeite a dignidade da pessoa humana e a normatividade imposta por meio dos tratados internacionais de direitos humanos.

Segundo Ramos (2012b, p.12), a estratégia era de aumentar a proteção dos indivíduos, e com cada novo texto produzido relativo aos tratados internacionais de direitos humanos aumentava-se ainda mais a sua garantia. Ele explica ainda que com a internacionalização dos direitos humanos houve uma implantação formal dos direitos humanos por meio dos tratados ratificados pelos países (RAMOS, 2012b, p. 13).

Os tratados de direitos humanos possuem características diferentes dos tratados convencionais, pois eles têm como objetivo a proteção de direitos do ser humano sem levar em consideração a nacionalidade do indivíduo diante do Estado (RAMOS, 2012b, p.16). Dessa forma, a noção contratualista comum aos tratados não se aplicam aos de direitos humanos devido não depender de uma contraprestação (RAMOS, 2012b).

Houve a conclusão em 1969 da Convenção de Viena com o fim de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais, sendo que sua primeira regra é de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, assim os Estados que consentirem em sua adoção (PIOVESAN, 2010, p. 45). Mazzuoli (2014, p.186) explica que no Brasil a Convenção tardou para ser ratificada:

Desde outubro de 1995 a matéria, objeto do Projeto Legislativo nº 214-C/92, aprovado pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, encontrava-se pronta para a *Ordem do Dia*, tendo a situação permanecido até 19 de junho de 2007, quando foi então reaberta em turno único, mas sem apreciação naquela data. A matéria foi novamente reaberta (e encerrada) em várias oportunidades durante os anos de 2007 (nos meses de julho, agosto e setembro) e 2008 (no mês de novembro), tendo voltado a pauta à pauta da Câmara dos Deputados em 14 de maio de 2009, ocasião em que foi finalmente aprovada e encaminhada ao Senado Federal. Na Câmara Alta, a Convenção foi aprovada em 15 de julho de 2009, tendo sido ao final promulgada o Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho do mesmo ano. Nesse mesmo dia, pelo Ofício nº 1.401, a Secretária de Expediente do Senado encaminhou a Mensagem nº 160/09 ao Presidente

da República, dando-lhe notícia da promulgação da Convenção. Finalmente, em 25 de setembro de 2009 foi a Convenção *ratificada* pelo governo brasileiro, tendo sido promulgado internamente (com reservas aos artigos 25 e 66) pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Assim, levou mais de quarenta anos para que fosse finalmente ratificada formalmente pelo governo brasileiro, todavia o Itamaraty sempre regulou suas negociações de tratados pela Convenção de Viena como uma norma costumeira internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 187). O art. 53⁴ da Convenção de Viena de 1969 estipula o *jus cogens* que seria um conjunto de normas que possuem caráter essenciais para a comunidade internacional, com isso possuem caráter obrigatório (RAMOS, 2012b, p.17). Pereira (2017, p.35) explica a norma *jus cogens* como:

[...] norma imperativa e universal do Direito Internacional, que obriga os Estados no seu conjunto e têm caráter evolutiva, na medida em que é admitida a sua substituição, desde que a nova norma tenha a mesma natureza, o que nos leva a crença de expansão e de aparecimento de novas normas dessa categoria, considerando os constantes avanços na sociedade internacional. Além disso, proclamam a nulidade de qualquer acordo entre os sujeitos de Direito Internacional Público, cujo conteúdo conflitar com tal norma imperativa.

Pereira (2018, p.42) explica que “a imposição dessas normas independentemente da sua anuência ou não, mostra a força e a relevância dessas normas para o ordenamento jurídico como um todo”. Segundo Ramos (2012b, p. 21):

Com a evolução da proteção internacional dos direitos humanos e com a aceitação de seu caráter indivisível, supera-se a posição que restringe a qualidade de normas imperativas em sentido amplo às normas de direitos humanos inderrogáveis, aceitando-se a imperatividade de todas as normas de direitos humanos. Ora, se todas as normas de direitos humanos tendem a ser consideradas normas imperativas em sentido amplo, a consequência futura seria permitir a reação de todos os Estados da comunidade internacional em seu grau máximo, quando constatada a violação de direitos humanos em qualquer lugar do planeta. Resta saber como essa reação seria vocalizada: se por um mecanismo unilateral ou por meio (como defendemos) dos diversos mecanismos coletivos.

⁴Art. 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Assim, a norma de *jus cogens* é a norma “contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, e que, por isso, possui superioridade normativa no choque com outras normas de direitos humanos” (RAMOS, 2012c, p.39). Os Estados independentemente de possuírem soberania, já não possuem total liberdade para realizar acordos que violem valores fundamentais para a comunidade internacional (RAMOS *apud* MARQUES, 2018, p. 70).

Dessa forma, o desenvolvimento da concepção da obrigatoriedade das normas relativas aos tratados de direitos humanos faz com que caia as possibilidades da sua não aplicação e muda a concepção de como elas devem ser encaradas no ordenamento jurídico brasileiro. E com isso, é possível notar mudanças em relação a soberania dos Estados quanto às normas vigentes em seu território, o que reabre a discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais o ordenamento jurídico brasileiro, o que se trata a seguir.

2. INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

A Constituição de 1988 foi um marco no processo de institucionalização dos direitos humanos, significando a abertura do ordenamento jurídico a nova ordem e ainda a intensificação da ratificação pelo Brasil de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana (MAZZUOLI, 2014, p. 896). Ramos (2012a, p. 505-506) explica o procedimento de incorporação de tratados pelo ordenamento jurídico:

A Constituição exigiu um procedimento complexo que deve reunir vontade concordante dos Poderes Executivo e do Legislativo para que um tratado internacional possa ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional. As bases constitucionais são o art. 84, VIII, que estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional e, ainda, o art. 49, I que dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. A participação dos dois Poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado internacional consagrou a chamada teoria da junção das vontades ou teoria dos atos complexos: para que um tratado internacional seja formado é necessário a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo. A primeira etapa do iter é composto pelas negociações e assinatura dos tratados internacionais. Essa etapa cabe ao Chefe de Estado (ou seus prepostos), por decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII, que dispõe que compete ao Presidente da

República celebrar tratados, convenções e acordos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A segunda etapa do iter de formação dos tratados no Brasil é da aprovação congressual ou da fase do decreto legislativo. O trâmite da aprovação congressual é o seguinte: o Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português. Nasce, então, um projeto de decreto legislativo com texto do tratado. Com isso, fica o Presidente de República autorizado a celebrar em definitivo do tratado por meio da ratificação ou ato similar. Temos, após ratificação, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil. Porém, a norma, válida internacionalmente, não será válida internamente até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I da Constituição). Esse Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno.

A atual constituição brasileira, dentro de uma ótica marcadamente humanística e protetiva estabeleceu a dignidade da pessoa humana, consagrando a prevalência dos direitos humanos, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (MAZZUOLI, 2014, p.897-898).

O art. 5º, §2º da Constituição Federal se constituiu em uma inovação pois passou a reconhecer quanto às garantias e aos direitos fundamentais, uma dupla fonte normativa: a primeira proveniente do direito interno (que seriam os direitos expressos e implícitos na Constituição) e a segunda advinda do direito internacional (decorrente de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte) (MAZZUOLI, 2014, p. 899). Weis (2014, p.30) explica que:

Tal novidade, de todo oportuno, instaurou situação bastante peculiar, qual seja, a de que uma norma da chamada “Lei Maior” de um Estado preveja e permita comandos advindos de textos legais internacionais a ela se incorporem, passando a fazer parte do direito interno, de modo a romper, definitivamente, um dos baluartes da chamada soberania nacional absoluta, própria dos Estados nacionais.

Isto evidencia a efetiva força cogente do direito internacional dos direitos humanos, demonstrando que o impacto desse recente ramo jurídico obrigou os Estados a abrirem seus espaços normativos e admitirem que os direitos essenciais dos seres humanos ultrapassassem barreiras (WEIS, 2014).

Nesse sentido Piovesan (2012, p.33) entende que os Direitos Fundamentais são divididos em três grupos:

⁵ “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 do Brasil seja parte”

a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Piovesan (2010, p. 52) explica que essa normativa constitucional está a integrar, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos declarados nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, com isso levando a incorporação pelo texto constitucional de tais direitos.

Argumenta ainda que a Constituição reconhece evidentemente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, mesmo que sejam sob a forma de tratados internacionais, com isso conferindo o valor jurídico de norma constitucional (PIOVESAN, 2010, p.55), dessa forma os direitos internacionais integrariam assim o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2010, p.55). Assim, destaca Piovesan (2012, p. 33-34) que:

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Dessa maneira, segundo a autora, os demais tratados internacionais teriam força hierárquica infraconstitucional, isso se justificando devido esses tratados buscarem o equilíbrio e a reciprocidade de relação de Estados-partes (PIOVESAN, 2012). Os tratados de direito humanos transcendem os meros compromissos, pois objetivam a salvaguarda de direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados (PIOVESAN, 2012, p.34).

Tendo em vista o ineditismo da questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Federal (WEIS, 2014, p. 31), além do período de resistência do Supremo Tribunal Federal em entender os tratados internacionais de direitos humanos com uma hierarquia especial em relação aos tratados comuns, teve-se a consagração de um novo rito que pudesse

formalizar a constitucionalidade dos tratados (RAMOS, 2012c, p. 69). Foi aprovado em 8 de dezembro de 2004 a emenda constitucional nº 45 que determinava por meio do §3 do art.5º da Constituição Federal: “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 a emendas constitucionais” (BRASIL).

Mazzuoli (2014, p. 901-902) constata que esse dispositivo possui semelhança com o art. 60, §2º da Constituição⁶; e averigua que os tratados internacionais de direitos humanos antes da emenda para serem aprovados eram exclusivamente por meio de ratificação, o que levava a várias controvérsias jurisprudenciais sobre a aparente hierarquia infraconstitucional desse instrumento no ordenamento jurídico interno.

Conforme destacado por Pereira (FIGUEIREDO *apud* 2018, p. 56) “é normal que surjam discussões e dúvidas sobre o processo de incorporação e de resolução de conflitos normativos, principalmente no que tange o direito constitucional”. E ainda explica que ‘a teoria tradicional, tem seu ápice do sistema jurídico a supremacia constitucional, contudo, com o movimento contemporâneo da absorção dos tratados de direitos humanos pelas constituições, o que ocorre é a internacionalização desse instrumento’ (PEREIRA, 2018, p. 56).

Entretanto, mesmo que a emenda constitucional nº 45 tivesse como objetivo acabar com as incongruências relativas ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos e ainda tentasse estabelecer status constitucional a elas, o efeito da sua criação foi o inverso (PEREIRA, 2018, p. 63). Pois, com a criação de mais um rito para a internacionalização de um tratado, houve crescimento das divergências doutrinárias sobre o status hierárquico desses dispositivos além de causar problemas a tratados ratificados antes da emenda (PEREIRA, 2018). Assim, nesse momento, destaca Pereira (2018, p. 63), que:

[...] o legislador constitucional, na sua tentativa de dirimir dúvidas e reforçar o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, inserindo o §3º no art. 5º, que estabelecia um processo legitimador de constitucionalidade para esses tratados, acabou aumentando os debates e dúvidas envolvendo o tema. Os tratados que outrora eram apenas incorporados pela ratificação, passaram a ter como requisito constitucional,

⁶Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§2 A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

o processo contido no §3º, o que passou a dificultar não só a incorporação, mas a efetivação desses tratados. Dessa forma, pode-se dizer que a EC 45/2004, ainda que tivesse como intenção aproximar a Constituição brasileira dos textos internacionais de direitos humanos, acabou gerando obstáculos para essa concretização. Obstáculos, estes, que com a interpretação do §2º. Não existiam.

Ramos (2016, p. 415) assevera que:

A redação final aprovada do dispositivos foi recebida, contudo, com pouco entusiasmo pelos defensores de direitos humanos, pelos seguintes motivos: 1) condicionou a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, aumentando o quórum da aprovação congressual futura e estabelecendo dois turnos, tornando-a mais dificultosa; 2) sugeriu, ao expressar “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-Emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples); 3) nada mencionou quanto aos tratados anteriores a Emenda.

Com isso, Mazzuoli (2014, p. 904) realiza uma crítica tecendo que o legislador que pensou nesse novo dispositivo

[...] além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, em especial o *jus cogens*, trouxe consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada soberania absolutista.

Trindade crítica alegando que o rito criado pelo §3º fez criava:

[...] um imbróglio tão a gosto de publicista estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas míopes, tão poucos familiarizados – assim como os parlamentares que lhe são ouvidos, com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Caso Ximenes Lopez versus Brasil, 2006)

Mazzuoli (2014, p. 904) aborda que esse novo dispositivo faz com que apenas os tratados aprovados por maioria qualificada poderiam ter hierarquia de norma constitucional, e os que forem aprovados por maioria simples teriam apenas valor infraconstitucional. Com isso, os tratados aprovados antes da emenda constitucional perderiam o caráter constitucional que possuía em virtude do §2º do art. 5º da Constituição (MAZZUOLI, 2014, p. 904-5).

Segundo Piovesan (2012, p. 35), deve-se afastar o entendimento de que todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal por não terem sido aprovados por três quintos em dois turnos, conforme

prevê o §3º do art. 5º da Constituição. Segundo ela, por força do art. 5º, §2º todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e que o fórum qualificado está apenas para reforçar tal aspecto, assim proporcionando um aspecto 'formal' a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos no âmbito interno (PIOVESAN, 2012).

Tendo em vista que a formalização de tratados de direitos humanos é um dos caminhos de proteção dos direitos humanos (PAMPLONA; ANNONI, 2018, p. 60), atravessando a ordem constitucional além do direito internacional (MAGALHÃES, 2000, p.18), é necessário realizar a análise dos tratados diante da ordem interna. Dessa forma, no prosseguimento do trabalho será levantada sobre a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados internacionais de direitos humanos.

3. DISCUSSÃO SOBRE A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O tema permanece atual e instigante. Necessário incursionar nas discussões acerca da incorporação dos tratados internacionais por suscitar questões ainda não superadas. Mas a correta compreensão do tema na perspectiva dogmática, exige que se faça uma breve referência sobre como o tema foi tratado na Corte Suprema, destacando-se o tratamento que lhe foi dispensado após o advento da EC 45/2004. É o que se faz a seguir.

3.1 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À HIERARQUIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45.

Tendo em vista o crescimento das discussões em relação ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos perante as normas do ordenamento jurídico interno com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, houve o julgamento que determinou a mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a hierárquica dos tratados de direitos humanos quanto a Constituição.

Em sessão conjunta com o HC 87.585/TO e os Recursos Extraordinários 349.703/RS e de n. 466.343/SP, as lides abordavam a questão da possibilidade de

prisão civil nos casos em que houvesse alienação fiduciária em garantia e o devedor fiduciante deixasse de entregar o bem. Foi abordado o conflito entre o art. 5º, inciso LXVII da Constituição⁷ (com decreto lei nº 911/69) e o Pacto de San Jose da Costa Rica consolidado em 1996.

Nesse julgamento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo que se posicionariam acima das normas ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal. Dessa decisão, foi possível visualizar vários pontos que possuem desarmonia com a evolução da relação dos tratados internacionais de direitos humanos com o ordenamento jurídico nacional.

Mazzuoli (2014, p.405) explica que essa teoria causa a desigualdade entre instrumentos sendo imprópria ao atual sistema de proteção aos direitos humanos, devido criar hierarquia diferentes de tratados que possuem o mesmo fundamento ético. Dessa maneira, a tese supralegalidade “acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia” (MAZZUOLI, 2014, p. 405).

Pereira (2018, p. 73) aponta uma questão em relação a controvérsia da decisão:

[...] tendo em vista que ficou decidido que os tratados de direitos humanos possuem caráter supralegal (infraconstitucional) e que ficou decidido que a prisão do depositário infiel, que é disposição constitucional, não seria mais aplicado por conta de um tratado desta categoria (Pacto de San Jose da Costa Rica), como é possível que tratado de hierarquia inferior paralise a aplicação de norma constitucional de hierarquia superior?

Pereira (2018, p. 73-74) explica que o Supremo Tribunal Federal tentou por meio de um malabarismo jurídico definir que a prisão do depositário é ilícita, mas sem alegar a sua inconstitucionalidade, assim contrariando ideias tradicionais de Constituição no qual não há possibilidade de não aplicação da constituição em razão de uma norma inferior que lhe é contrária. Sarlet (2015b) reconhece um avanço nessa nova orientação do Supremo Tribunal Federal, entretanto endossa que a decisão da Corte possui contradição:

⁷Art. 5, inc. LXVII: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário.

Com efeito, ao refutar a tese da paridade entre CF e os tratados, hipótese na qual poderia, mediante um juízo de ponderação e na esteira da lógica *in favor persona*, ter afastado, pelo menos como regra, a prisão civil do depositário, o STF afirmou a hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) dos tratados. Com isso, em que pese o artifício argumentativo de que a CF não teria sido revogada, o que houve foi sim uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso. Ora, se os tratados situam-se abaixo da CF e o STF afirmou a competência para declarar a sua inconstitucionalidade, não parece que a tese da supralegalidade possa, aplicada coerentemente, afastar por completo e mesmo para toda e qualquer hipótese futura, possibilidade expressamente afirmada pela CF que lhe seque superior. A situação se revela ainda mais complexa e carente de melhor equacionamento quando comparamos com outros casos, como por exemplo, o do reconhecimento do duplo grau de jurisdição, ao menos em matéria criminal, mas que aqui não será desenvolvido. De todo modo, reiteramos aqui nosso entendimento no sentido de que a tese da supralegalidade, a despeito do significativo avanço que representou, não soa como a melhor alternativa. (SARLET, 2015b)

Além disso, Pereira (2018, p. 74) ressalta o fato de os Ministros utilizarem a Constituição como parâmetro máximo para proferirem suas decisões, não considerando: a lógica das convenções, do fato do Brasil participar da Comunidade Internacional e ainda do fato de não considerarem o conteúdo do tratado que estava sendo debatido.

O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos não é a mais efetiva para a garantia dos direitos humanos, dessa forma a questão não seria “abalar a soberania Estatal ou a supremacia da Constituição, mas sim, construir uma hermenêutica que sirva como instrumento para a máxima concretização de direitos.” (PEREIRA, 2018, p. 75).

Sarlet (2015a) evidencia que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, tendo em vista que segundo a visão do o eminente jurista, os direitos fundamentais são sempre constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário. Assim, considerando as hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos assegurados nos tratados de direitos humanos:

[...] não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que, pelo menos, supralegal) desses tratados. Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art., 5º, parágrafo 2º) – haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação e proporcionalidade. (SARLET, 2015a)

Criticando o ministro Gilmar Mendes, Moreira (2015, p. 312) aponta que o voto paradigmático:

[...] fundamenta a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos com base no pensamento de Peter Häberle, precisamente em seu trabalho sobre Estado Constitucional Cooperativo. O que não se pode esquecer é que para o citado autor, o Estado Constitucional Cooperativo não reconhece alternativas de uma 'primazia' do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; pois ele considera o observado efeito recíproco entre o Direito Internacional e a ordem constitucional interna, bem como que partes do Direito Internacional e do Direito Constitucional crescem juntos num todo. Assim, também não é completamente bem lograda a ideia de caracterizar tratados internacionais de direitos humanos em relação à Lei Fundamental como Direito Internacional para-constitucional.

Weis (2014, p. 44) elucida que essa posição de supralegalidade dos tratados desses tratados perpetua o entendimento histórico quanto ao conflito entre normas dos tratados de direitos humanos e os que provém da Constituição Federal de 1988, mesmo que tenha havido a promoção desses tratados. Piovesan (2010, p. 78) insiste defendendo que o §3º do art. 5º da Constituição reconheceu de modo explícito a natureza material constitucional dos tratados de direitos humanos, com isso diferenciado os tratados de direitos humanos com os tratados que possuem aspecto mercantil. Segundo ela:

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do §2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo §3º (PIOVESAN, 2010, P. 78).

Mesmo que se tenha tido um certo avanço da corte em relação a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico, essa decisão não apresentou uma solução satisfatória devido não considerar os avanços e as transformações das relações entre os Estados e os novos fenômenos que repercutem no século XXI.

A doutrina e a jurisprudência brasileira têm discutido em torno de qual nível hierárquico que os dispositivos internacionais que regulam os direitos humanos possuem em relação as normas do direito brasileiro (SOUZA, 2013, p. 63).

Entretanto, é necessário realizar uma modernização do debate do tema a partir das mudanças sofridas durante o século XX e início do século XXI com fenômenos como a globalização que modificaram a ideia de Soberania.

Dessa discussão precedem duas correntes: a dualista, que defende que “o Direito interno de cada Estado e Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos” (MAZZUOLI, 2014, p. 87); e a monista que seria a teoria que “o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer “transformação””. (MAZZUOLI, 2014, p. 93).

Conforme anota Souza (2013, p. 56), é um desacerto buscar uma solução da colisão entre Tratados de Direitos Humanos e a Constituição pela hierarquização formal do ordenamento pátrio, pois “nem ajuda a achar a resposta que realmente solucione o caso, nem progride quanto a releitura que o escalonamento de normas e ordenamentos jurídicos enfrenta na Pós-modernidade” (SOUZA, 2013, p. 56). Com isso, a tentativa de posicionar os tratados internacionais de direitos humanos em um patamar hierárquico não é uma resposta adequada as mudanças que os ordenamentos jurídicos e os Estados estão passando.

Ela anota ainda que “a tarefa dos constitucionalistas e internacionalistas, no ambiente pós-moderno, mergulhado em novos elementos de globalização extremada, é tentar caminhar entre indefinições e redefinições que os tempos já sinalizam” (SOUZA, 2013, p. 64). Com isso, não haveria mais constitucionalismo ou internacionalismo sobrepostos.

Diante desses novos fenômenos, a hierarquia normativa ainda está sendo estabelecida pelo formalismo clássico, com as teses monistas ou dualistas (sendo que o Supremo Tribunal Federal está acolhendo mais o Dualismo) (SOUZA, 2013, p. 80). A revolução com intenso processo globalizatório, bem com o crescimento das normatividades dos Direitos Humanos fez com houvesse mudanças na maneira de compreender as normas (SOUZA, 2013).

Conforme defende Trindade (1992 *apud* NETTO, 2017, p. 70)

Desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os

direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.

Com a influência de novos princípios como *Pro Homine* como novo critério para sopesamento de direitos conflitantes, houve a evolução do modo de se solucionar o confronto entre Tratado Internacional de Direitos Humanos e a Constituição Nacional (SOUZA, 2013, p. 105). Assim, a possibilidade da tratativa de se aplicar a norma mais favorável poderia contribuir para houvesse a aplicação da norma que melhor beneficiasse o ser humano, sem necessariamente haver a sobreposição de normas.

Caso tais tratados apenas aumentem a proteção dos direitos humanos, não há que se falar em qualquer antinomia, visto que as normas mais favoráveis à proteção dos direitos humanos é que devem prevalecer, independentemente de serem oriundas da ordem constitucional estatal ou serem advindas do Direito Internacional. (MOREIRA, 2015, p. 315)

Conforme explica o referido MAZZUOLI (2009 *apud* NETTO, 2017, p. 68-69):

[A] “autorização” presente nas normas internacionais de direitos humanos para que se aplique a norma mais favorável (que pode ser a norma interna ou a própria norma internacional, em homenagem ao “princípio internacional *pro homine*”) encontra-se em certos dispositivos desses tratados que nominamos de vasos comunicantes (ou “cláusulas dialógicas”, ou ‘ainda “cláusulas de retroalimentação”), responsáveis por interligar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando a possibilidade de antinomias entre um ordenamento e outro em quais quer casos, e fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se as duas prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de conflito normativo. [...] Essa, nos parece, é a tendência do direito pós-moderno no que tange às relações do Direito Internacional (dos Direitos Humanos) com o Direito interno.

Assim, a norma internacional que surgir posteriormente não interrompe a aplicação de outra norma anterior nacional, caso a norma anterior consagre proteção mais favorável à pessoa (NETTO, 2017, p.72). Netto (2017, p. 72) defende que a primazia da norma mais favorável ao indivíduo deveria preponderar sobre critérios tradicionais de antinomia como a hierarquia. Assim, tendo em vista a discussão sobre a Soberania estatal absoluta, (e ainda a Supremacia do ordenamento) deverá ser revisto esse conceito (SOUZA, 2013, p.113). Dessa maneira:

Esta visão cunhada, dos aspectos externos e internos da Soberania, também entrou em crise no Pós-Moderno. No aspecto interno, o Estado vê-se pressionado a tomar posicionamentos, muitas vezes, contrários aos seus intentos nacionalistas. No aspecto externo, ante o Direito internacional, mesmo esta igualdade, por vezes, claudica, ante as intempéries políticas e econômicas. O anúncio da sociedade multicultural, fruto não só do processo de globalização hodierna, mas também do espírito de universalização que campeou as revoluções constitucionais modernas, parece irrenunciável. E, esta nova forma societária mundial, exige uma nova percepção do postulado da Soberania estatal, inclusive de seus constitucionalismos autossuficiente. (SOUZA, 2013, p. 120).

Berardo Telma (2002, p. 43 *apud* TAIAR, 2009, p. 282) explica que:

A distinção entre ordem interna e ordem internacional, bem como o próprio conceito de soberania, não podem mais ser um escudo utilizado pelos Estados como meio de se esquivarem de suas obrigações em face dos cidadãos de seu e dos outros Estados. O constitucionalismo moderno e o desenvolvimento da normatividade dos princípios não permitem mais que o Estado ignore suas obrigações para com seus cidadãos, bem com os demais Estados. Esse é um dos maiores legados que os direitos humanos nos deram ao longo de seu desenvolvimento.

A Soberania ainda é encarada como um instrumento diante da realização dos projetos globais, sendo que seu conteúdo nacional está limitado e não enxerga a multiculturalidade das relações interestatais (SOUZA, 2013, p. 121).

O problema é que, na crise nos Estados nacionais, a doutrina tende ao internacionalismo como valor supremo. Na crise da atuação anti-democrática de alguns Estados com base no Direito Internacional e em seus organismos, a doutrina tende ao inverso: ao nacionalismo estatalista. O que se pretende é a rejeição de afirmações apressadas quanto ao postulado da Soberania do Estado e da Constituição nacional, ainda que imersa num contexto multicultural. Numa palavra: a sociedade exige Soberanias e constituições como pontes e não mais como barreiras jurídicas. (SOUZA, 2013, 122).

Explica Telma Berardo (2003, p. 225-6 *apud* TAIAR, 2009, p.295):

A concepção moderna dos direitos humanos, como direitos indivisíveis, unos e universais, promove a complementação entre os dois pilares. A soberania e os direitos humanos não devem ser vistos como pilares contrapostos, pelo contrário, devem ser vistos coordenadamente. Os direitos humanos, através do princípio da dignidade, e de seu caráter universal, realiza novos contornos ao conceito de soberania.

Conforme aponta Jorge Miranda (2011, p.118) sobre soberania:

Embora o conceito correspondente não possua hoje compreensão idêntica à que tinha há 400 ou há 100 anos, tem sobrevivido, suscetível de adaptações e de reconvenções. Não por acaso quer a generalidade das Constituições, quer a própria Carta das Nações Unidas (art.2º, nº1) continuam a fazer-lhe apelo, embora os desafios que enfrenta hoje sejam sem paralelo.

Klaus Stern (2006, p.325-326 *apud* SOUZA, 2013, p.126) assinala que os Estados Nacionais desde o fim da Segunda Grande Guerra têm sua existência e atuação política em uma comunidade de Estados, como uma organização mundial (Nações Unidas) ou uma liga supranacional (União Europeia), dessa maneira os povos estão vinculados em uma crescente interdependência internacional. O efeito é tão amplo que forçou não apenas uma nova leitura da Soberania estatal, com também de seu constitucionalismo (SOUZA, 2013, p. 128).

Assim, signos estatais clássicos estão em transformação como a Soberania Estatal (além do princípio da supremacia da constituição), dessa forma o critério hierárquico não é mais possível para a solução de conflitos entre Tratados de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico interno (SOUZA, 2013, p. 133). O debate em relação ao status dos Tratados de Direitos Humanos deve levar em consideração a influência que a globalização tem, tendo em vista a revisão vários conceitos nacionalistas que um mundo multicultural impõe (SOUZA, 2013, p. 115).

Com isso, é possível discutir a possibilidade do princípio *Pro Homine* como uma possível resposta para o confronto entre a Constituição Nacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, considerando a aplicação da norma que seja a mais favorável ao ser humano (SOUZA, 2013, p. 139).

A primazia da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno com interação que beneficie melhor os protegidos, é a solução que é a mais consagrada em diversos tratados de direitos humanos (CANÇADO, p.506 *apud* MARTINS, 2014, p.73-74). Assim, seria possível que o Supremo Tribunal Federal considere discutir o princípio *pro homine*. Conforme explica Trindade (1996):

Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por implicações práticas. Merecedora da maior atenção, tem curiosamente passado quase despercebida na doutrina contemporânea. [...] O que importa em última

análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

Pereira (2018, p. 89) afirma que diversos países se utilizam do princípio *pro homine* para a solução de conflito entre tratados e normas constitucionais. Assim,

essa utilização vai muito além da velha hermenêutica, mas traz o direito para o humano, com a utilização de um princípio que tem suas origens na dignidade da pessoa humana. O que se busca é um sopesamento humanizador que tenha sempre como objetivo principal a proteção da pessoa humana e de seus direitos. (PEREIRA, 2018, p. 90).

Paulo Bonavides (2015, p. 264) explica que a passagem da “Velha Hermenêutica Constitucional” para “Nova Hermenêutica Constitucional” (conhecida como pós-positivismo ou neoconstitucionalismo) passa pelas discussões de princípios: “Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas” (2015, p. 264). E destaca ainda que essa discussão foi antecipada pelo Direito Internacional:

Mas antes das formulações jurisprudenciais contidas em recentes arestos das Cortes constitucionais, é de assinalar que deveras importante para o reconhecimento precoce da positividade ou normatividade dos princípios em grau constitucional, ou melhor, juspublicístico, e não meramente civilista, fora já a função renovadora assumida precocemente pelas Cortes Internacionais de Justiça [...]. (BONAVIDES, 2015, p.270).

Portanto, mesmo que não seja objeto desse trabalho o modo como seria realizado o processo hermenêutico em relação ao conflito de normas oriundos de normas internacionais e nacionais, entende-se que o desenvolvimento de princípios como o da proporcionalidade ou da razoabilidade, além da aplicação da norma mais favorável a vítima, seriam possíveis alternativas para a solução dessa relação. Aponta Souza (2013, p. 147-8):

O que agora se propõe é a aglutinação ao Princípio da Proporcionalidade do viés: *Pro homine*. Um critério de decisão em rede, que considere um ordenamento jurídico dinâmico, e que o perceba num contexto de proteção do ser humano. E, com isso, a solução do conflito entre Tratado Internacional de Direitos Humanos e Constituição Nacional mediante não mais um critério formal de hierarquia de determinação de um vértice normativo superior, mas uma ponderação orientada por um princípio

humanizador da prática jurisprudencial. Isto tudo, todavia, enfrentando a crítica de Lênio Luiz Streck quanto ao que ele denominou “Panprincipiologismo”.

Com isso, tendo em vista as transformações passadas pelos Estados diante das mudanças da sociedade e a crescente influência que as normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação aos direitos fundamentais, a sobreposição ou a hierarquização dessas normas em relação à constituição é uma solução ultrapassada diante dos novos fenômenos como a crescente mitigação da soberania estatal, assim a convivência e diálogos entre essas fontes poderia ser um caminho mais adequado quanto essa questão, desafios do constitucionalismo atual que passa pela discussão de teoria da constituição e problemas atuais.

CONCLUSÃO

Constatou-se, com o trabalho de pesquisa alguns aspectos pertinentes quanto a presença das normas internacionais de direitos humanos na ordem constitucional brasileira com o acréscimo do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

Em um primeiro momento, foi possível evidenciar que já havia por parte da Constituição Federal de 1988 um certo avanço quanto a materialização constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, devido ao poder constituinte originário ter elaborado o § 2 do art. 5º que arquitetou uma abertura as normas de direitos humanos que prescrevessem garantias e direitos fundamentais. Dessa forma, isso exprimia um significativo avanço por parte do Estado brasileiro após um período de exceção, demonstrando que a ordem jurídica nacional estava caminhando juntamente com a globalização dos direitos humanos.

Constatou-se também que existe uma resistência por parte dos juristas e dos doutrinadores quanto ao reconhecimento de caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, com a justificativa de que a sua constitucionalidade poderia prejudicar a Soberania do Estado. Com a edição da emenda constitucional nº 45 que teve como objetivo a solução de dúvidas em relação ao caráter dos tratados de direitos humanos, ela originou ainda mais questões sobre o tema, dificultando o rito processual de garantia de direitos dos

tratados e gerando confusão sobre como os considerar os tratados ratificados antes de 2004.

Observou-se que mesmo com a tentativa da corte de pacificar a discussão sobre o tema, ainda existem vários questionamentos e dúvidas quanto ao objeto da pesquisa, tendo em vista que essa decisão diferenciou as normas de direitos humanos em dois grupos distintos apesar delas serem garantidoras de direitos fundamentais. Conforme discutido no trabalho, a corte como intérprete e defensora da Constituição Federal utilizou-se de um “malabarismo” jurídico, ignorando na sua discussão quanto a hierarquia dos tratados de direitos humanos os novos fenômenos globais que transformaram a compreensão do direito e vários de seus conceitos.

Por fim, conclui-se que a constitucionalização dos tratados de direitos humanos a partir do §3 do art. 5º apenas gerou mais embates e discussões sobre os direitos humanos no âmbito interno e que ele vai em sentido contrário quanto as transformações da Soberania dos Estados e a globalização dos direitos humanos. Dessa forma, a corte não se utilizou da oportunidade para discutir sobre a superação da hierarquização das normas de direitos humanos em relação a Constituição Federal e ainda de estabelecer um debate sobre a possibilidade de diálogo de fontes nacionais e internacionais para a pacificação da questão. O tema ainda não é pacífico merecendo maiores debates e estudos sobre ele.

REFERÊNCIAS

BEZERRA JÚNIOR, José Albanes. **Constitucionalismo internacional: direitos humanos sob a ótica da globalização**. 2010. 200 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. Ed. São Paulo: Mandarim, 2000. 266 p. Tradução: Alfredo Fait.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 862 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jul. 2019.

_____. Decreto nº 7.030/09 República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>

Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343**, Relator: Ministro Cezar Peluso, 2009. Julgado em junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>.

Acesso em: 12 ago. 2019

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 20 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Damião Ximenes Lopez vs. Brasil. 2006. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEPOSITÁRIO INFIEL: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto.

Notícias STF. Brasília, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>.

Acesso em: 06 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: Nascimento e crise do Estado Nacional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 110 p. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão de tradução Karina Jannini.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. 2018. 320 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 424 p. Atualizado por Miguel Alfredo Malufe Neto.

MARQUES, Miguel Ângelo. JUS COGENS PRO HOMINE. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 65-79, São Paulo, 2018.

MARTINS, Claudio de Almeida. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Primazia da Norma mais favorável ao Ser Humano. 2014**. 100 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1248 p.

_____. **O monismo Internacional Dialógico**. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100706110031623>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MIRANDA, João Irineu de Resende. **O Tribunal Penal Internacional frente ao princípio da soberania**. Londrina: Eduel, 2011. 317 p.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 512 p.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. **Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição Européia como Signo: da Superação dos Dogmas do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 221 p.

PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle. Com Quem A Corte Constitucional Brasileira Dialoga? Análise dos Argumentos dos Magistrados do Supremo Tribunal Federal no Brasil Quanto a Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 14, n. 76, p.50-77, ago. 2017. Disponível

em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2664>>.

Acesso em: 28 ago. 2019.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. As normas de *jus cogens* e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Juiz de Fora, v. 6, n. 1, p. 29-42, jul. 2017. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/11>>.

Acesso em: 26 ago. 2019.

PEREIRA, Carmem Letícia Maia. **A Hierarquia Supraconstitucional dos Tratados de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade de Normas da Constituição**. 2018. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.20-47, jan. 2004.

Disponível em:<<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/08/sur1-port-flavia-piovesan.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2019.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 334 p.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106, n.106/107, p. 497-524, 1 jan.2012a.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. 168 p.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012c. 129 p.

SARLET. Ingo Wolfgang. Integração dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de mar 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

_____. Prisão civil do depositário Infiel e o “controle de convencionalidade”. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de abr. 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade#top>>. Acesso em: 13 ago. 2019

SOUZA, Ileide Sampaio de. **Tratados internacionais de direitos humanos e conflitos com o vértice do ordenamento jurídico nacional: a utilização do princípio *pro homine* na ponderação de colisões normativas que envolvam direitos humanos**. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. 2009. 321 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direitos Humanos, Pós-Graduação de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**, São José da Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

_____: **Direito Internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>> Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 224 p.