

XI. RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

XI. RECEPTION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Ingrid Nayara Dos Santos Queiroz Cançado¹
Flora Oliveira da Costa²

Recebido em: 04/12/2019

Aprovado em: 27/03/2020

RESUMO: O Presente instrumento de pesquisa tem como finalidade destacar importantes aspectos sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Os principais pontos do trabalho serão destacar conceitos doutrinários sobre o tema, analisar jurisprudências relacionadas a esta seara, como os tratados internacionais sobre direitos humanos são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, e a partir da sua inclusão no sistema normativo jurídico brasileiro, quais serão os possíveis impactos causados com a sua vigência e qual será o seu status após os tratados internacionais ingressar na lei interna brasileira. Será objeto do instrumento de pesquisa, analisar a relevância dos tratados internacionais sobre direitos humanos, sua história, sua natureza jurídica, a importância da proteção dos direitos humanos, bem como esses tratados se incorporam no nosso ordenamento, quais são os impactos causados com esse advento no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi modificado após a emenda 45/2004, e iremos analisar as divergências doutrinárias acerca do nível hierárquico que os tratados internacionais de direitos humanos recebem ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: ordenamento jurídico brasileiro, direitos humanos, tratados internacionais.

ABSTRACT: This research instrument aims to highlight important aspects about the reception of international human rights treaties in the Brazilian legal system. The main points of the work will be to highlight doctrinal concepts on the subject, analyze jurisprudence related to this field, how international treaties on human rights are incorporated into the Brazilian legal system, and from their inclusion in the Brazilian legal normative system, what will be possible impacts caused by its validity

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Imaculada Conceição do Recife (Faculdade Marista). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8312547896128367>. Email: ingridcancado@gmail.com

² Orientadora. Doutoranda em Direito pela Unicap. Professora Universitária de Graduação na FICR e UFPE e também de Pós Graduação (Unicap e Esmatra/6ª). Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1732354680008306>

and what its status will be after international treaties enter into Brazilian domestic law. It will be the object of the research instrument to analyze the relevance of international treaties on human rights, their history, their legal nature, the importance of the protection of human rights, as well as these treaties are incorporated into our order, what are the impacts caused by this advent? in the Brazilian legal system, which was modified after the 45/2004 amendment, and we will analyze the doctrinal divergences about the hierarchical level that international human rights treaties receive upon entering the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Brazilian legal system; human rights; international treaties

1 INTRODUÇÃO

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem uma conexão direta com o Direito constitucional interno, ambos visam proteger os mesmos bens jurídicos, assim estabelecem direitos e garantias fundamentais que servem como referência ética para a ordem interna.

Diante do exposto, anteriormente, podemos afirmar que não será eficaz o estudo do direito internacional e do direito interno se ambos forem estudados de maneira isolada, os mesmos serão melhores compreendidos se esse estudo for feito conjuntamente.

O presente instrumento de pesquisa tratará sobre a recepção e hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos recebem ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro. Esta pesquisa visa discutir a tese que foi adotada como correta para recepcioná-la os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil; tal tese adotada, defende que os tratados que versem sobre direitos humanos têm nível de norma constitucional e não seria necessário que houvesse uma votação na câmara e no senado federal em dois turnos e ser aprovado pela maioria qualificada, ou seja, ter três quintos dos votos de aprovação para que a norma recebesse status de norma constitucional. Quando o tratado não for aprovado pela maioria qualificada no congresso nacional o tratado será considerado supralegal.

Acerca do que foi exposto anteriormente o presente artigo abordará durante a pesquisa se é corretamente aplicada essa corrente, onde através dos votos de maioria qualificada no congresso nacional um tratado que verse sobre direitos humanos venha a estar no nível da constituição e outros tratados que versem sobre o mesmo tema se encontre em um nível

hierárquico inferior se não obtiver sucesso no que o §3º do artigo 5º pede para que seja aprovado como norma constitucional.

Essa pesquisa também se destinará a avaliar como a nossa carta magna vigente é clara em seu artigo 5º, quando através do seu parágrafo segundo, permite a expansão dos direitos fundamentais constitucionais para que assim seja possível a abrangência das normas contidas em outros instrumentos, como por exemplo podemos citar os tratados internacionais de direitos humanos quando são inseridos no nosso ordenamento jurídico com status de emenda constitucional.

Assim, visamos constatar durante esta pesquisa a improficuidade do parágrafo terceiro que, foi acrescido no artigo 5º após a emenda 45, se não for adotado o procedimento nele descrito as normas que versem sobre direitos humanos serão materialmente constitucionais. Diante do exposto acima vamos poder entender como é desnecessário o parágrafo terceiro do artigo 5º que criou uma categoria normativa sem que houvesse uma previsão constitucional.

Neste trabalho pretendemos apresentar as mudanças que ocorreram com a adesão da emenda 45 no ordenamento jurídico brasileiro, com o acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e como devemos interpretar o §2º do artigo retromencionado. No primeiro capítulo iremos conceituar e analisar o que são os tratados e as declarações internacionais a fim de compreender o seu significado e importância para o ordenamento jurídico pátrio; seguida de uma pesquisa sobre a emenda 45 que aconteceu no ano de 2004, como era antes da emenda 45 e o que mudou após sua vigência; no capítulo seguinte, iremos examinar a hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos.

2. TRATADOS E DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

A partir da segunda guerra mundial o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser um ramo autônomo do direito. Esse status jurídico foi alcançado após a entrada em vigor da carta das nações unidas que ocorreu no ano de 1945. A Declaração dos Direitos

Humanos foi adotada em 10 de Dezembro de 1948 por meio da resolução 217 A (III) da assembleia geral das nações unidas que aconteceu em Paris, alguns líderes de toda a parte do mundo lutaram para que todas as pessoas que habitam neste planeta pudessem esperar e exigir alguns direitos por serem seres humanos.

O Direito internacional dos Direitos Humanos não existia como ramo autônomo do direito até a segunda Guerra Mundial, tendo auferido esse status jurídico tão somente após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, em 1945 (MAZZUOLI/2009).

Após os horrores da segunda guerra Mundial, um dos principais objetivos das Nações Unidas se tornou fomentar o respeito aos Direitos Humanos, conforme estipulado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, ... a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...

A declaração universal dos Direitos Humanos surgiu com o desejo de impedir outra guerra, e assim evitar que atos desumanos e violentos viessem a se repetir na sociedade internacional pós-moderna. A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda a humanidade. Os 30 artigos contidos na Declaração dos Direitos Humanos vão desde os direitos fundamentais, até aqueles que fazem a vida valer a pena como o direito à alimentação, educação, trabalho, saúde e liberdade.

Como forma de reforçar o debate, sobre o tema, a ONU manifesta-se da seguinte forma:

Os redatores desses 30 artigos explicam o que não pode ser feito com os seres humanos e o que deve ser feito por eles. Desde a sua adoção em 1948 a Declaração dos Direitos Humanos já foi traduzida em mais de 500 idiomas e desde então se tornou inspiração para várias constituições e democracias recentes (ONU, 2019).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos atualmente se trata de um *Corpus Juris* autônomo e é considerado um dos mais importantes capítulos do direito internacional público contemporâneo.

No pós-Segunda Guerra mundial a sociedade internacional percebeu que o tema direitos humanos havia se tornado um tema de legítimo interesse nacional (MAZZUOLI/2009).

É válido pontuar a força e a relevância que os Direitos Humanos e os Tratados Internacionais ganharam no cenário internacional pós-moderno que teve como destaque a convenção de Viena que aconteceu no ano de 1993 que veio acrescentar ao princípio da universalidade dos direitos humanos mais alguns outros princípios, como o princípio da indivisibilidade, da interdependência e da inter-relacionariedade.

Um tratado é um acordo que é firmado entre estados e os mesmos se comprometem a cumprir algumas regras específicas. Os Tratados servem para proteger formalmente os direitos de todos os seres humanos ou grupos que são acometidos pelo abandono dos governos, que por vezes poderão interferir que esses indivíduos possam desfrutar dos direitos que lhes foram conferidos.

Além de agregar alguns princípios de grande importância para os Direitos Humanos a convenção de Viena obteve muitas conquistas na seara dos Direitos Humanos Internacionais como podemos citar a reafirmação dos propósitos da declaração universal dos direitos humanos que ocorreu no ano de 1948 e de que a universalidade dos Direitos Humanos não estão sujeito a dúvidas, também houve a complementação do princípio da universalidade como retromencionado, assim foi de grande importância o reconhecimento à superioridade da visão universalista que vem nos assegurar que, os múltiplos contextos históricos e culturais de um país, é necessário que sejam observados e respeitados, no entanto, é essencial que não haja prejuízos a proteção dos Direitos Humanos. Foi, também, reiterado alguns conceitos sobre democracia, o desenvolvimento e a importância de sempre estarem juntos para que possam se complementar mutuamente.

É importante destacar que, na convenção de Viena também houve a reafirmação de que o desenvolvimento é sim um direito que deve ter como alvo o ser humano e esse direito deverá ser assegurado a todos os seres humanos sem distinção de qualquer natureza.

Por mais que tenham havido tensões desde o final da segunda guerra mundial o movimento de afirmação dos Direitos Humanos acabou tendo um grande avanço principalmente no início da década de 90, foi a partir desse momento que foi impulsionado um processo de ratificação de diferentes tratados de direitos humanos que teriam sido assinados no período da ditadura militar.

O que podemos analisar é que diante de diferentes tratados internacionais que formam um código internacional de proteção dos direitos humanos e se torna diferenciado de diversas formas porque faz com que o Estado tenha responsabilidade consigo mesmo, e em caso de não proteção dos direitos garantidos a sua população e se as instâncias internas se mostrem ineficazes, o indivíduo na condição de sujeito de direito internacional público, lhe é permitido vindicar diretamente a proteção dos direitos que lhe foram violados e isso se torna muito importante porque, através disso, existe a quebra dos dogmas da soberania absoluta dos estados.

Assim, podemos observar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são diferentes dos tratados comuns porque não visam a defesa dos direitos dos Estados nas suas relações recíprocas e soberanas, mas sim, visa a proteção dos direitos das pessoas que são pertencentes aos seus Estados Partes.

Atualmente, independentemente das posturas de alguns governos sobre o assunto em questão o que ocorre é que nos dias atuais os direitos humanos não são mais confinados apenas a jurisdição nacional. Assim, é importante afirmar que a ideia de jurisdição doméstica absoluta foi afastada, com isso se tornou possível dar lugar a complementaridade e ao diálogo mesmo que não seja pacífico e tranquilo as leis internas e as leis internacionais.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A emenda constitucional n. 45/2004 gerou várias contendas doutrinárias diante da solução que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do recurso ordinário n. 466.343. A incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao direito interno brasileiro e a sua posição hierárquica diante dos demais atos normativos do ordenamento jurídico brasileiro geraram algumas correntes doutrinárias.

Existem quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e são elas: a hierarquia constitucional; a hierarquia supraconstitucional; a hierarquia infraconstitucional, porém é supralegal; e, também, existe a corrente que entende que exista uma similaridade hierárquica entre um tratado e uma lei federal. Para dar um fim a essa divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados supracitados a emenda constitucional de 8 de dezembro de 2004, incluiu §3º ao artigo 5º:

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 à Constituição.

A emenda constitucional n.45/2004 inseriu o §3º ao artigo 5º da nossa carta magna vigente; através do acréscimo desse parágrafo os tratados internacionais de direitos humanos para obter status de emenda constitucional teriam que se submeter a votação na câmara e no senado federal, deverá ser votado em dois turnos, obter quórum qualificado, e deverá ser ratificado pelo presidente da república.

Neste diapasão, conforme ensina Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Junior, a classificação apresenta-se da seguinte forma:

Com a adoção ao do novo entendimento, o supremo tribunal federal passou a reconhecer, conforme o conteúdo e forma de aprovação, três níveis hierárquicos distintos para os tratados e convenções internacionais:

I) Tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada casa do congresso nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros são considerados equivalentes as emendas constitucionais (CF, Art. 5 § 3).

II) Tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário (CF. Art. 47), possuem status supralegal, situando-se entre as leis e a constituição;

III) Tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.

Através do acréscimo do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal/1988 uma nova forma de avaliação ingressou ao direito brasileiro, estruturando uma nova forma de controle. O controle de convencionalidade nada mais é que avaliar se os tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil e que se encontram em vigor no país são compatíveis com a produção normativa do direito interno. Ademais, como realça Celso Lafer:

o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente

Os tratados internacionais de direitos humanos serão avaliados se são materialmente constitucionais, para isso é necessária a observância do artigo 5º, §2º, ou se além de material são formalmente constitucionais, que após a emenda 45, passou a ser necessário analisar o que pede o artigo 5º, no §3º para que esses tratados sejam considerados formalmente constitucionais. Em outros termos, significa classificar se os tratados internacionais de direitos humanos se enquadra no status de norma constitucional ou se esses tratados são compatíveis as emendas constitucionais. Luiz Ximenes ROCHA, coaduna-se com entendimento similar, quando cita que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem status normativo constitucional. Resta explícito em suas considerações:

Posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebem tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

É essencial elucidar que a aprovação contida no artigo 5º, §3º, da nossa carta magna vigente, não se torna necessária a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo quorum qualificado, que trata o artigo retromencionado, para que esses tratados obtenham o nível de normas constitucionais, porque os mesmos já detém esse status através do artigo 5º, §2º, da constituição federal/1988 por hierarquia material.

O que o artigo 5º, §3º, veio assegurar ao tratado que for aprovado respeitando as exigências contidas nele foi o status de emenda constitucional que tem hierarquia formal e material. Esses tratados obteriam se fossem aprovados por maioria absoluta nas duas casas, em dois turnos, se assim transcorrer podemos afirmar que esse tratado é formalmente e materialmente constitucional. Conforme seja aprovado e esse tratado se torne equivalente a uma emenda constitucional a propositura de ação será no Supremo Tribunal Federal de todas as ações constitucionais existentes para que seja garantida a estabilidade da constituição e consequentemente das normas que foram a ela equiparadas.

Como vimos anteriormente a emenda 45 foi elaborada para findar com a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico nacional, buscou-se uma solução capaz de pacificar tais divergências. Através da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, o processo legislativo de aprovação de tratados de direitos humanos àquele previsto pela Constituição Federal de 1988 se tornou o mesmo que é necessário para a aprovação de emendas constitucionais ao introduzir o § 3º ao art. 5º em seu texto, o qual foi supracitado.

No entanto, a despeito da finalidade de pôr termo às discussões sobre a matéria, a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, na prática, abriu espaço para novos questionamentos e dificuldades sobre este novo tratamento dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos.

A nova sistemática de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, que passou a exigir votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria de três quintos dos respectivos membros, para serem equivalentes hierarquicamente às emendas constitucionais, tornará mais dificultosa a absorção das regras internacionais de direitos

humanos, em oposição à metodologia da maioria simples até então vigente, que permitia, com mais facilidade, o consenso sobre a internalização desta espécie de normas, que uma vez aprovadas passavam automaticamente a possuir status materialmente constitucional.

De acordo com a previsão do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê procedimento de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos idêntico àquele previsto no § 2º do art. 60 para as emendas constitucionais, deixa transparecer que foi criada uma forma alternativa à instituída pelo constituinte originário, não prevista expressamente por este, fato que ensejaria inconstitucionalidade flagrante.

A partir da promulgação da supracitada Emenda é possível que o entendimento predominante, especialmente na jurisprudência, seja o de somente conferir aos tratados internacionais de direitos humanos que forem submetidos ao *quórum* qualificado (§ 3º do art. 5º da CF) à classificação constitucional, atribuindo a estes, força normativa constitucional; contudo, quando se dar conferência apenas aos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional mencionada acima, viola-se o conteúdo do § 2º do art. 5º da Lei Maior, que não poderia ser suprimido por se tratar de cláusula pétreia.

A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos ratificados e incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 é uma questão que vem gerando muitos embates entre os doutrinadores brasileiros. Isso porque o § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 foi omissivo sobre este ponto, deixando aos estudiosos e aplicadores do direito a tarefa de solucioná-lo diante de situações concretas.

Por força do § 2º do art. 5º, estes tratados já teriam status constitucional material anteriormente à nova emenda, compondo o bloco de constitucionalidade, independentemente do quórum de sua aprovação e que o entendimento oposto, segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados e incorporados no nosso ordenamento jurídico seriam recepcionados apenas como lei federal, por não terem obtido o quórum qualificado de três quintos, deveria ser afastado.

De fato, o advento do §3º do referido artigo, teve o condão apenas de criar duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os materialmente e formalmente constitucionais. Nesta segunda categoria, irão se enquadrar

os que passaram pelo processo previsto no § 3º, sendo equiparados às emendas da Constituição, no âmbito formal.

Assim, o § 3º, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 em nada modificaria a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados e incorporados à Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, todavia, para que sejam equiparados formalmente às emendas constitucionais, deveriam necessariamente ser submetidos ao mesmo tipo de procedimento exigido para a aprovação daquelas, nos moldes do artigo 60, § 2º, da Constituição, ou seja, devem ser aprovados pelo quórum qualificado de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional.

A omissão do legislador derivado, ao deixar de regular no § 3º do art. 5º da CF/88 a situação dos tratados de direitos humanos ratificados e incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, criou uma grande incerteza e insegurança jurídica, e um possível um retrocesso interpretativo quanto ao grau hierárquico dos tratados que se enquadrem nesta situação. O mais adequado seria que o referido dispositivo constitucional viesse assegurar formalmente a hierarquia constitucional de todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil.

Embora o dispositivo formulado pelo legislador brasileiro não tenha sido suficientemente claro ao tratar da questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, os doutrinadores nacionais através de uma interpretação sistêmica e axiológica, vêm sendo bem sucedidos ao propor teorias de compatibilização do conteúdo expresso no § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 com aquele descrito no § 2º.

Os direitos fundamentais que foram elencados nos tratados internacionais, assim como os demais direitos e garantias enunciados no texto constitucional, já por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 constituem cláusula pétrea, conforme previsão do art. 60, § 4º, IV, que está contido na Constituição. Aqueles, portanto, não poderiam ser suprimidos por emenda constitucional. No entanto, apesar desta vedação, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais seriam passíveis de

denúncia por parte do Estado signatário, de modo que os direitos internacionais poderiam ser subtraídos da ordem interna pelo mesmo Estado que os incorporou a qualquer momento.

O ato da denúncia no Brasil, de acordo com a Constituição, constitui-se em ato privativo e discricionário do Poder Executivo, não exigindo nenhuma participação do Poder Legislativo. Na doutrina nacional, tal discricionariedade sempre foi alvo de críticas. Isso porque, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e do Legislativo, para o ato de denúncia, providência tão importante quanto à primeira, porque extingiria do ordenamento jurídico norma de relevante interesse na proteção de direitos humanos, tivesse que seguir os mesmos trâmites. Além disso, mesmo se a denúncia de pacto versando sobre direitos humanos pelo Presidente da República não significasse a sua retirada do ordenamento jurídico nacional, o Executivo perante a edição de medida provisória poderia atingir tal objetivo, em razão da equiparação do tratado à lei federal, descumprindo as obrigações assumidas na seara internacional.

O advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe grande inovação sobre o tema da denúncia, ao introduzir o § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, passando este mecanismo a apresentar eficácia bastante reduzida em relação aos pactos ou convenções que foram conquistados em caráter formalmente constitucional após terem sido aprovados pelo quórum qualificado previsto no referido dispositivo.

Embora os tratados de direitos humanos sejam sempre recepcionados no ordenamento jurídico interno como normas materialmente constitucionais, a distinção destes em duas categorias reflete na diversidade de regime jurídico no que toca à denúncia. Assim, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua equiparação formal às emendas constitucionais, não podem ser subtraídos, ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista neles próprios, pois é como se o Estado houvesse renunciado a esta prerrogativa, em favor da proteção dos princípios de proteção da pessoa humana internacionalmente consagrados.

Em suma, no Brasil, os Tratados de Direito Internacional, aprovados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, são dotados de valor equivalente ao das Emendas Constitucionais, sendo que os demais Tratados, aprovados pelo Congresso

Nacional por maioria simples, ou aqueles que foram recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 são dotados de valor jurídico diverso, criando duas espécies de tratados, apesar da existência de um elo comum entre eles.

Vale ainda ressaltar que quanto à internacionalização dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, os quais foram ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004 os mesmo têm natureza jurídica infralegal, já os tratados internacionais que versem sobre direitos, que foram incorporados após à Emenda Constitucional 45/2004 terão natureza jurídica de supralegalidade, conforme, assim entendimento de Flávia Piovesan, ao qual os tratados são maiores que a lei, mas não são maiores que a Constituição Federal.

4 SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O artigo 5º, parágrafo 2º da constituição Federal de 1988 veio assegurar a incorporação dos direitos que se tornaram reconhecidos nos tratados internacionais.

§ 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.

O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de alguns casos que geraram algumas contendas doutrinárias em relação ao nível hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro. Para maioria dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal os tratados que versem sobre Direitos Humanos passaram a possuir status normativo supralegal. Assim alguns autores, que compõem a doutrina majoritária, ao analisar o artigo constitucional supracitado defende que os tratados de direitos humanos tem caráter constitucional.

Concernente ao tema, citamos a doutrina de Marcelo Novelino e Dirley da Cunha:

A tese de que a constituição teria consagrado a sistemática da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ("concepção monista") conferindo-lhes o mesmo status das normas constitucionais, teve grande repercussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas não foi acolhida pela jurisprudência do STF, que manteve o posicionamento tradicionalmente no sentido de que os tratados e convenções internacionais independentemente de seu conteúdo, tinham o status de lei ordinária (ADI. 1480; HC 72.131).

Sobre a hierarquia dos tratados é válido analisar as duas teorias que regem a decisão retromencionada; uma delas é a que defende que os tratados de direitos humanos possuem status normativo supralegal, assim as mesmas se encontram inferior a Constituição Federal e acima das outras leis; já a minoria que compõe o Supremo Tribunal Federal, defende que deve ser reconhecida a posição hierárquica constitucional desses tratados. O entendimento defendido pela maioria dos doutrinadores brasileiros é concordante com a decisão que a minoria dos ministros que fazem parte do Supremo Tribunal Federal acreditam ser o correto; os mesmos defendem que as normas previstas nesses tratados, são equiparadas , em nível hierárquico, as normas previstas na Constituição Federal, por força do parágrafo 2º do artigo 5º. Ainda de acordo com os defensores desta vertente, os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, tem por sua vez, força hierárquica infraconstitucional.

Esta hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, "b", da CF/88, o que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para: "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...] declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

Estes tratados, em contrapartida, têm hierarquia supralegal, uma vez que o posicionamento contrário confrontaria o princípio da boa-fé, consolidado pelo art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual um Estado não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado. Este tratamento diferenciado, previsto pelo § 2º do art. 5º da Constituição vigente, justifica-se, porque os tratados internacionais de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, transcendendo os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, característica esta dos demais tratados, os quais buscam predominantemente o equilíbrio e a

reciprocidade de relações entre os Estados Partes, atingindo apenas indiretamente os indivíduos.

Devido a esta diferenciação hierárquica, a incorporação dos tratados internacionais e os conflitos entre estes e as normas jurídicas internas têm procedimentos e soluções diferenciadas, caso versem sobre direitos humanos ou sobre temas gerais. No caso dos tratados em geral, apenas após sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional, através da ratificação ou adoção, é que podem ser criadas obrigações e deveres aos particulares, mesmo que o Estado já tenha assumido o compromisso internacionalmente perante os seus pares. Uma vez internalizado, se o tratado for conflitante com as normas internas, a solução é relativamente simples e se dá pelos critérios da temporalidade, que quer dizer que a norma posterior revoga a norma anterior que com ela seja incompatível, passando a reger a situação conflituosa até o seu deslinde. Já no caso dos tratados que versem sobre direitos humanos, as questões da sua incorporação e de seu posicionamento hierárquico não são resolvidas tão facilmente como descrito, porque deve ser observado o que prevê o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, como referido, institui um sistema aberto de proteção aos direitos e garantias fundamentais, autorizando a sua internalização como norma materialmente constitucional.

Assim, a solução dos conflitos que envolvem esta espécie de tratado enseja o recurso a um critério diferenciado, especialmente porque a necessidade de resolução de antinomias se dará entre os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, considerados materialmente constitucionais, e normas formalmente constitucionais. Esse critério se traduz no princípio hermenêutico da primazia da norma mais favorável, que nos assegura que a norma que melhor proteja o indivíduo no caso concreto será aplicada. Ademais, o confronto deve ser sanado para privilegiar, sempre que for possível, a dignidade da pessoa humana.

No entanto, ocorre que, todos os poderes que formam um Estado devem respeito ao Direito Internacional Público, principalmente quando o tratado internacional verse sobre direitos humanos. Prova disso se dá quando a legislação brasileira produz normas em desacordo com as disposições de um compromisso internacional assumido anteriormente e, após isso, se o Poder Judiciário não encontrar outras formas de superar essa contradição,

harmonizando aqueles preceitos, esta atitude final encontra reparo na ordem jurídica internacional.

Ademais, a lei interna de um País em nada diverge hierarquicamente do texto de um tratado devidamente ratificado pelo mesmo, no entanto, os Estados heterogêneos que optam por abrir mão da sua soberania absoluta para pôr fim aos conflitos de interesses subordinam-se ao Direito Internacional, que é um instrumento capaz de estabelecer um consenso entre os diversos ordenamentos internos. Sendo assim, o Direito Internacional representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior que limita o poder soberano dos Estados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho buscamos analisar como os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro; como e quando foram criados os tratados e as declarações sobre os direitos humanos; a sua importância para todos os seres humanos; o status que esses tratados recebem ao serem recepcionados.

Foi possível avaliar a importância que tem a posição hierárquica dos Tratados que versem sobre os Direitos Humanos, e as controvérsias geradas na doutrina e jurisprudência brasileira.

Através da análise doutrinária e jurisprudencial restou observado a importância da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno, através da sua vigência os estados signatários devem cumprir com as normas que por eles foram adotadas, trazendo para o direito interno direitos e garantias que deverão ser conferidos a todos os seres humanos.

Após a segunda guerra mundial, a soberania de um estado não assegura ao mesmo a agir de forma isolada e de uma forma que não cumpra os direitos e garantias que por ele foi assinado; os tratados internacionais de direitos humanos são eficazes na proteção do indivíduo que é parte de um estado, e não da proteção de um estado-membro. O estado não poderá agir de forma isolada, o estado deve sempre agir em cooperação internacional.

É legítima a preocupação que a jurisdição doméstica deve ter com a proteção dos Direitos Humanos, pois o estado que não assegurar esses direitos a todos os indivíduos poderá sofrer uma responsabilização internacional, assim como pode haver uma intervenção no seu plano nacional.

Adiante, podemos verificar como os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal interpretaram o § 2º do art. 5º; e como o acréscimo do §3º foi admitido pela doutrina e as divergências que foram causadas por esse acréscimo retromencionado, que apenas poderá ser compatível com a constituição se cumprir todos que os requisitos que foram impostos pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal.

Afinal, entendemos que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são recepcionados no nosso direito interno como materialmente constitucional; com o acréscimo do §3º ao art. 5º o que podemos verificar foi que apenas através do cumprimento deste parágrafo que os tratados internacionais serão considerados formalmente constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 2008. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 87.585-8.

CANÇADO, Antônio Augusto Trindade. **A proteção dos direitos humanos e a organização federal competências.** A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, 2. ed., São José, Costa Rica/Brasília: II, 1996, p. 282.

<https://jus.com.br/artigos/10857/ainda-a-prisao-civil-do-depositario-infiel/2>. Acesso em 24 nov 2019

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**, 1º edição.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.**

NOVELINO, Marcelo e CUNHA, Dirley Junior. **Constituição Federal para concursos (CF)** (2019). Juspodivm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nacoesunidas.org. ONU. Acesso em 23 out 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: saraiva 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: saraiva, 2018

ROCHA, LUIZ XAVIER. **A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. Revista de informação legislativa, n. 130, p. 81. Apud: Ibidem, p. 302.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Direitos Humanos atos internacionais e normas correlatas. Acesso em 05 nov 2019.

<https://jus.com.br/artigos/10857/ainda-a-prisao-civil-do-depositario-infiel/2>. Acesso em 24 nov 2019

<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/849/pdf>. Acesso em 01 dez 2019