

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”

ANTONIO JULIO DE MENEZES ANDRAUS GASSANI

**AS TESES DA CONSTITUCIONALIDADE E DA SUPRALEGALIDADE NA
INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS NOS
TERMOS DA EC N. 45 / 2004**

UBERLÂNDIA /MG

2021

ANTONIO JULIO DE MENEZES ANDRAUS GASSANI

**AS TESES DA CONSTITUCIONALIDADE E DA SUPRALEGALIDADE NA
INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS NOS
TERMOS DA EC N. 45 / 2004**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a Rosa Maria Zaia Borges

UBERLÂNDIA /MG

2021

ANTONIO JULIO DE MENEZES ANDRAUS GASSANI

**AS TESES DA CONSTITUCIONALIDADE E DA SUPRALEGALIDADE NA
INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS NOS
TERMOS DA EC N. 45 / 2004**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito
para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^{ra} Rosa Maria Zaia Borges

Nota: _____

Aprovado em: ____/____/____

BANCA ORGANIZADORA

Professora Rosa Maria Zaia Borges

Professora Daniela de Melo Crosara

Professor Rodrigo Vitorino Souza Alves

As teses da constitucionalidade e da supralegalidade na incorporação dos tratados sobre direitos humanos nos termos da EC n. 45/2004

Antonio Julio de Menezes Andraus Gassani¹

Resumo

Este artigo pretende abordar, sob uma perspectiva teórica, política e técnico-legislativa, as teses da constitucionalidade e da supralegalidade na internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil, notadamente sob a égide dos procedimentos estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. O objetivo geral foi verificar, a partir da análise de obras literárias, artigos científicos e documentos legislativos e judiciais que tratam de relações interestatais, de argumentos de autoridades, em especial de Antônio Augusto Cançado Trindade, e de teorias gerais de Direito, se a aprovação do §3º do art. 5º da Constituição Federal, inserido pela EC n. 45/2004, supera a tese da constitucionalidade e encerra o debate relativo à classificação jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é parte, consolidando-se em definitivo a tese da supralegalidade. Concluiu-se que a essência material do art. 5º, §2º da Carta Magna e a hermenêutica doutrinária acerca do referido dispositivo dão suporte à extensão de um debate revisional relativo ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, tradicionalmente, rejeita a constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de rito legislativo simplificado.

Palavras-chave: Direitos humanos, tratados, constitucionalidade, supralegalidade.

Abstract

This article intends to approach, from a theoretical, political and technical-legislative perspective, the theses of constitutionality and supralegality in the internalization of

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

international human rights treaties in Brazil, notably under the aegis of the procedures established by Constitutional Amendment no. 45 of 2004. The general objective was to verify, from the analysis of literary works, scientific articles and legislative and judicial documents that deal with interstate relations, arguments of authorities, especially Antônio Augusto Cançado Trindade, and general theories of Law, if the approval of §3 of art. 5 of the Federal Constitution, inserted by EC n. 45/2004, overcomes the constitutionality thesis and closes the debate regarding the legal classification of international human rights treaties of which Brazil is a party, definitively consolidating the supralegality thesis. It's been concluded that the material essence of art. 5, § 2 of the Magna Carta and the doctrinal hermeneutics about the referred device support the extension of a revision debate regarding the position of the Supreme Federal Court, which traditionally rejects the constitutionality of the human rights treaties incorporated into the Brazilian legal system through simplified legislative rite.

Keywords:

Human rights, treaties, constitutionality, supralegality

Introdução

Os grandes conflitos deflagrados no início e em meados do último século, notadamente a Segunda Guerra mundial, tanto por seu potencial destrutivo, sua dimensão e grau de violência, quanto pela possibilidade de registro dos horrores em forma de imagens e outros tipos de comunicação sem precedentes, mobilizaram o mundo, os Estados, seus povos e civilizações, cada vez mais interconectados, no sentido do fortalecimento das bases para o aprofundamento de políticas internacionais que dizem respeito à humanidade como um todo, independentemente de fronteiras. Desse modo, as noções clássicas de soberania absoluta dos Estados também passaram a ser mais questionadas, afinal, considera-se que há temas, como os direitos humanos, que não podem ser deliberadamente negligenciados em nome de princípios valiosos e tão caros à organização e boa-convivência na esfera internacional, como independência, autodeterminação e não-intervenção. Ao contrário, a coordenação em torno destes temas, acredita-se, deverá criar um ambiente cada vez mais favorável à paz e à estabilidade mundial.

Neste sentido, o presente artigo, pela própria natureza de sua matéria, permeia o campo de debates político-jurídicos do Direito e mesmo das Relações Internacionais, em especial no que tange ao constitucionalismo, às relações entre direito interno e direito internacional, à soberania e às consequências de sua reivindicação em contextos de negociação de políticas globais.

Feita esta contextualização, a pesquisa se concentra no problema da classificação jurídica dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento interno brasileiro. O §3º do art. 5º da Constituição Federal, ao trazer expressa a natureza dos tratados mencionados quando aprovados por rito legislativo especial, qual seja o da aprovação por três quintos dos representantes, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, definiu que, nessa hipótese, as convenções terão *status* de emenda constitucional. De outra parte, o projeto de Emenda Constitucional no qual teve origem o artigo citado não incluiu qualquer norma ou mesmo referência mais clara à situação jurídica dos tratados aprovados anteriormente à entrada em vigor do texto reformador, que ficou, como antes, a cargo da interpretação do órgão responsável pela guarda constitucional.

A partir de análise hermenêutica do art. 5º, §3º, já incorporado à Constituição, o ministro Gilmar Mendes concluiu, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP que os tratados sobre direitos humanos assinados pelo Brasil e internalizados por processo ordinário passariam a integrar o ordenamento com força de norma supralegal, alterando entendimento recorrente no Supremo Tribunal Federal, que decidia pelo *status* equivalente ao das leis ordinárias. Em outras palavras, essas convenções estariam hierarquicamente acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo das normas constitucionais, o que relativizaria o objetivo do texto do §2º do art. 5º da Constituição, sugerido à Assembleia Constituinte, e assim aprovado, com o intuito de que os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais tivessem proteção especial do Estado. Além disso, cria-se uma distinção entre tratados de direitos humanos com base em ritos legislativos, o que sobrepõe a questão processual à questão material em um tema tão caro à Carta Magna, notável, em grande medida, por seus esforços protetivos em relação à dignidade humana.

Nesse contexto, revisa-se parte da obra de Antônio Augusto Cançado Trindade, principal autor da teoria da constitucionalidade das normas sobre direitos humanos, no intuito de se comprovar que, tecnicamente, não apenas é possível que se interpretem como hierarquicamente constitucionais todos os tratados sobre direitos humanos dos

quais o Brasil, de forma soberana, decida ser parte, como seria o mais adequado a se fazer, levando-se em consideração a interpretação dada pelo autor ao §2º do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo apresentado, por ele próprio, à Assembleia Constituinte e por ela acatado, passando a integrar o texto da Carta Maior desde sua origem.

Além disso, pretende-se apresentar aqui, com o apoio de materiais distintos - literários, legislativos, convencionais e jurisprudenciais - em especial exarados por ministros da Suprema Corte em julgamentos envolvendo interpretação de normas oriundas de tratados internacionais, argumentos que contribuam com a hipótese de verificação do posicionamento destacado no parágrafo anterior.

Também sob o amparo de obras sobre direito e relações internacionais que, de forma introdutória, conduzam às respostas que se busca com esta pesquisa, será abordada, de início, a questão das soberanias e de como ela pode influenciar esforços de harmonização entre os direitos interno e internacional e, conseqüentemente, as perspectivas que envolvem o modo como os temas globais, como os direitos humanos, eventualmente são percebidos por quem terá o dever de desenvolvê-los, aprimorá-los e preservá-los, especialmente sob uma lógica constitucionalista.

Aplica-se ao artigo a metodologia hipotética dedutiva, valendo-se dos materiais bibliográficos e documentais supracitados para testar a hipótese da primazia da tese supralegal, e a partir de questionamentos teóricos e empíricos, buscar confirmá-la ou refutá-la.

1. A soberania contraposta à agenda global

O século XX registrou uma série de eventos, conflitos e transformações que alteraram significativamente as estruturas sociais e as relações entre os países e seus povos. Em meio a este cenário, emergiram com mais vigor alguns dos chamados “temas globais”, como meio ambiente e direitos humanos, que, na prática, afetam a humanidade como um todo, transbordando as fronteiras geográficas interestatais. Na esteira da nova realidade política que resulta destes fenômenos, teorias de relações internacionais desenvolvem abordagens como, por exemplo, a chamada “interdependência complexa”, que expõe as incongruências e as conseqüências deletérias de se admitir uma lógica territorial em que o exercício da soberania seja absolutamente ilimitado e aplicado

exclusivamente sob a ótica de vertentes da corrente teórica realista que analisam e consideram as relações entre os Estados basicamente em termos de poder.

Sobre a teoria realista das relações internacionais, Nogueira e Messari (2005, p. 23) ressaltam, em primeiro lugar, a importância de se ter em conta a grande complexidade e diversidade de abordagens que envolvem esta teoria, mas observam três aspectos que, nas palavras dos autores, podem ser considerados comuns, quais sejam: a centralidade do Estado, a função do poder para que este garanta sua sobrevivência, seja por meio de alianças ou da “auto-ajuda”, e a anarquia internacional.

[...] deduzem a natureza do sistema internacional da natureza humana, entendem que o medo e o prestígio explicam, em larga medida, o comportamento dos Estados no sistema internacional. Portanto, o interesse do ator nas relações internacionais, que os realistas definem como o interesse nacional, decorre da conjugação e da relação entre esses dois fatores oriundos na natureza humana. (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 23)

Percebe-se no lado oposto a esta perspectiva teórica - em que se notam, a partir do exposto, elementos de desconfiança e distanciamento cooperativo bastante evidentes - a interdependência complexa, ambiente no qual os múltiplos canais de contato, inclusive econômicos e financeiros, entre as sociedades e o menor emprego da força militar são características predominantes. Celso Lafer fala em um transnacionalismo que envolve não apenas mercados e agentes econômicos, mas meios de comunicação, opinião pública e organizações não-governamentais. (LAFER, 1995, *on-line*). No contexto da consolidação de redes de interdependência, reduz-se o risco de guerras, não sob uma ótica idealista, mas “como uma opção de negociação determinante na escolha das decisões políticas”. (CADEMARTOR, 2016, *on-line*).

A partir da percepção de um ambiente social, econômico, cultural e, em alguns casos, institucional, progressivamente desterritorializado e interconectado, a ideia de construção de “uma agenda crescente de questões políticas que exige uma regulação que somente será eficaz se houver uma coordenação de esforços entre os Estados e outros atores internacionais” (CADEMARTOR, 2016, *on-line*) se contrapõe às noções mais rígidas e fechadas de relações interestatais, que consideram a defesa inegociável da lógica soberana sem limites um elemento fundamental à manutenção das bases organizacionais e de poder que mantêm vivo o ente político. Neste sentido, sob o prisma hobbesiano, o sistema internacional seria o exemplo do estado de natureza, “da anomia

e da anarquia da guerra de todos contra todos. O homem é o lobo do homem, os estados, no sistema internacional, também” (LAFER, 1995, *on-line*).

A discussão que trata das soberanias estatais, embora não deva ser considerada o elemento central da delimitação teórica proposta por este artigo, apresenta-se como um recorte introdutório relevante, uma vez que a pesquisa visa à análise de teorias e julgados sobre constitucionalidade e suprallegalidade na linha da harmonia entre a Constituição Federal e os tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu por ato soberano. Considera-se significativo, portanto, estabelecer uma compreensão geral sobre o modo como os Estados, não apenas atualmente, mas ao longo do último século – uma vez que a história não se trata de um conjunto de fatos isolados, mas, em geral, de um encadeamento razoavelmente lógico de eventos –, lidam com documentos originados no seio de um sistema transfronteiriço e que alteram os sistemas de regras e normas, institucionalizados ou não, que regem a convivência dentro de seus respectivos territórios.

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2003) considera que a crise contemporânea que circunda a questão da soberania envolve “a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania do Estado implica sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e, vice-versa, a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos” (BONAVIDES, 2003, p.123). O autor acrescenta que Georg Jellinek adotou, nos termos do aspecto histórico-relativista da soberania, a posição mais compartilhada na doutrina contemporânea do direito público, ao conceituá-la como “capacidade do Estado a uma autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva” (JELLINEK apud BONAVIDES, 2003, p. 125). O autor ressalta ainda que, ao considerarmos o conceito de soberania como preceituava Jean Bodin – absoluta, perpétua, indivisível, inalienável, imprescritível e que se traduzia, no plano interno, no monopólio estatal da produção e da aplicação do Direito (LAFER, 1995, *on-line*) -, estar-se-ia diante de desafios como “a impraticabilidade que daí decorreria para explicar a existência do direito internacional e a impossibilidade ademais de se atribuir caráter de Estado a certos ordenamentos políticos como os que fazem parte de uma Federação” (BONAVIDES, 2003, p. 125).

Para Celso Lafer, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993, afirmou os direitos humanos como tema global, consagrando a legalidade da preocupação internacional com a promoção e proteção destes, e ensejou

uma nova diretiva, “conferindo um conteúdo ético às relações internacionais ao domesticar e limitar o alcance da soberania no trato da cidadania” (LAFER, 1995, *online*). Esta visão se vê plenamente representada no item I, ponto 4 da Declaração e Programa de Ação de Viena, que estabelece que “a promoção e a proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais devem ser consideradas como objetivos prioritários das Nações Unidas em conformidade com seus fins e princípios, em particular o da cooperação internacional. No quadro destes fins e princípios, a promoção e a proteção de todos os Direitos Humanos constituem preocupações legítimas da comunidade internacional”.

Em contrapartida ao que foi exposto até aqui, é preciso compreender, em linhas gerais, as resistências que, não raro, se apresentam às questões que envolvam relativização de soberania e supranacionalidade. Não menos importante que o debate acerca de uma responsabilidade comum entre os vários atores internacionais sobre aspectos que envolvam o direito de um ser humano, qualquer que seja sua nacionalidade, a uma vida minimamente digna, é considerar a real possibilidade de que uma construção teórico-normativa que se pretenda legítima, como a defesa dos direitos humanos, possa ser forjada para que se levem a cabo objetivos geopolíticos que, novamente, desviem o caráter de cooperação entre os Estados em direção às tradicionais disputas e conflitos que visam à consolidação do poder. Em outras palavras, muitos Estados tendem, às vezes com base em experiências pretéritas, a enxergar a propositura de uma agenda comum sobre temas sensíveis como uma estratégia de países poderosos para ampliar sua capacidade de dominação, com vistas a propósitos implícitos.

Nesse sentido, Celso Lafer observa, ao abordar a divisão bipolar das potências norte-americana e soviética e suas esferas de influência a partir do pós-guerra, no mesmo contexto da ascensão das políticas internacionais sobre direitos humanos, que:

Um mundo caracterizado por polaridades definidas não impediu, para fazer algumas referências necessárias ainda que esquemáticas, o esforço internacional voltado para a prevenção e a repressão do crime do genocídio, para a eliminação da discriminação racial, para a supressão do "apartheid", para a abolição da discriminação contra mulheres. Promoveu, no entanto, politicamente, a seletividade dos interesses das soberanias em matéria de direitos humanos. Esta seletividade dificultou a afirmação plena da interdependência das três gerações de direitos que um importante autor, Vasak, sustenta no plano doutrinário de uma razão abrangente, ao observar que os direitos de primeira geração respondem ao valor liberdade, os de

segunda geração ao valor igualdade e os de terceira geração ao valor fraternidade, na acepção de solidariedade. (LAFER, 1995, on-line)

É sob esta perspectiva que se intensificam as desconfianças em torno de legislações comuns a diferentes Estados ou de instrumentos normativos que autorizam ingerências estrangeiras, ainda que haja exemplos de projetos supranacionais considerados, por muitos, bem sucedidos, como no caso da União Europeia. Válido ressaltar, entretanto, as particularidades do bloco europeu, inclusive no que concerne ao grau relativo de desenvolvimento dos seus membros e a capacidade de preservação da essência de suas soberanias.

José Augusto Lindgren Alves (1994) esclarece que toda essa discussão em torno de uma interpretação - não totalmente sem razão, nas palavras do autor - de que os acordos internacionais sobre direitos humanos seriam meros subterfúgios para violações de soberanias e “direitos de ingerência” visando à consecução de outros interesses políticos, além de jamais ter tido respaldo jurídico, foi devidamente superada durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, da qual resultou a Declaração e o Programa de Ação de Viena, por “composições várias e criativas, consubstanciadas na Declaração Final dos Governos, que consolida o sistema internacional de proteção dos direitos humanos acima de qualquer modismo passageiro” (ALVES, 1994, p. 05)

Dito isso, é importante salientar que, no plano geral, a soberania é de tal modo valorizada, que doutrinas, como a de Francisco Rezek, a elencam como um dos elementos constitutivos de um Estado, somada ao território definido, população estável e sujeição a uma autoridade governamental (REZEK, 2013, p. 265). Além disso, é comum que legislações, tanto internas quanto internacionais, façam menção à necessidade de respeitá-la, como a Carta da ONU, em seu art. 2º, §1º, que diz que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana entre seus membros”; a Carta da OEA, cujo art. 3º dispõe que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”; e a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 1º, I, que elenca a soberania como princípio fundamental da República.

Celso Ribeiro Bastos observa, sobre uma visão mais atual de soberania e sua eventual flexibilização nas relações de poder que:

[...] quanto a ser a soberania ainda útil para qualificar o poder do Estado, deve ser dada uma resposta condicionada. Estará caduco o

conceito se por ele entendermos uma quantidade certa de poder que não possa sofrer contraste ou restrição. Será termo atual se com ele estivermos significando uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal. Neste sentido, ela ainda é soberana porque embora exercida com limitações, não foi igualada por nenhuma ordem de direito interna, nem superada por nenhuma outra externa. (BASTOS, 2004, p. 98)

Nota-se, portanto, que a discussão não se baseia essencialmente na ruptura e invalidação da condição soberana de um Estado, sem a qual, por definição, ele sequer existiria como tal, mas na relativização dela e na coordenação de regras que contemplem uma agenda global em temas que afetem o ser humano, independentemente de fronteiras e nacionalidades. O fundamental é que se perceba que, mesmo sobre bases teóricas divergentes, a menos que se caminhe para os extremos - a soberania absoluta ou a supressão total dela, ambos improváveis, diante do que foi dito até aqui - o poder soberano não deve ser obstáculo para a promoção de acordos internacionais sobre direitos humanos, tampouco ser utilizado como justificativa para o afastamento deles.

2. Os direitos humanos como instrumento de proteção transfronteiriça

No contexto da abordagem apresentada no tópico anterior, pode-se dizer que um dos grandes debates sociopolíticos que permeiam as noções mais amplas, e em certa medida abstratas, do conjunto de proteções individuais e coletivas que se convencionou chamar de “direitos humanos” tem a ver com a relação que se estabelece entre aqueles que detêm o direito - os indivíduos e sua coletividade - e os responsáveis por fazer que se cumpram as obrigações - em geral os governos.

Impõe-se o desafio da reflexão sobre a legitimidade de um sistema que permita a diferentes entes estatais, organizados dentro de limites fronteiriços definidos politicamente, muitas vezes a partir de conflitos - estes, por sua própria natureza, violadores dos modernos conceitos de dignidade humana - decidirem apenas internamente o conjunto normativo destinado à proteção da pessoa sob sua jurisdição e os meios pelos quais se garantirá a aplicação destas normas. É precisamente nesta situação que governos e autoridades costumam invocar como argumento para imposição de suas políticas o poder soberano do Estado.

Cançado Trindade argumenta, neste sentido, que não se pode invocar a soberania como elemento da interpretação de tratados nesta seara, uma vez que “as Convenções

relativas à proteção internacional dos direitos humanos não hão de ser interpretadas restritivamente à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, dado que visam não estabelecer um equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim proteger os direitos fundamentais do ser humano” (CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 100)

Importante notar que aqui não se trata da forma rígida de jusnaturalismo clássico, definido por André de Carvalho Ramos (2017) como “corrente do pensamento jurídico segundo a qual existe um conjunto de normas vinculantes anterior e superior ao sistema de normas fixadas pelo Estado (direito posto)” (RAMOS, 2017, p. 80), mas de noções sobre direitos humanos que são relativas e referenciadas sobre bases histórico-culturais em períodos específicos. Ocorre que, neste momento específico da trajetória humana, as duas grandes guerras e a revolução tecnológica expuseram acontecimentos que tornaram quase impositivo que a comunidade internacional trabalhasse em mecanismos para que se evitassem escaladas de violência e sofrimento como as vivenciadas no início e meados do século XX. Tudo com base em um contexto e todas as suas idiossincrasias. Ainda assim, vale dizer que, nas palavras de Ramos, “o recurso à fundamentação jusnaturalista é perceptível até hoje no Direito internacional dos Direitos Humanos, bem como no Supremo Tribunal Federal” (RAMOS, 2017, p. 84)

Crítico do fundamento absoluto que resulta do racionalismo ético e do jusnaturalismo, Norberto Bobbio (2004, p. 15) considera que os direitos do homem não apenas se modificam quando se alteram as condições históricas, como interesses, classes no poder e transformações técnicas, mas também ideologias, pluralidade de concepções religiosas e morais, e outras heterogeneidades.

Isto posto, e considerando-se que as políticas internacionais coordenadas e cooperativas de direitos humanos vêm se fortalecendo e se consolidando desde a publicação da Carta de São Francisco, em 1945, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 e dos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966 - que, juntos, formam a chamada “Carta de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU)” - , é possível argumentar que há um esforço progressivo no sentido, se não de um consenso absoluto em torno da agenda, ao menos de um sinal de disposição para que o tema seja tratado o mais amplamente possível, haja vista a importância dos tratados elaborados nesta seara desde então e o número de países ratificadores. A propósito, a ONU assim define Direitos Humanos:

Direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião, ou qualquer outro *status*. Direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, a proteção contra a escravidão e a tortura, a liberdade de expressão e de opinião, o direito ao trabalho e à educação, e muito mais. Todos são possuidores destes direitos, sem discriminação. (UNITED NATIONS, 2021 – tradução nossa)²

Observa-se, portanto, que há uma preocupação institucionalizada no sentido de que os direitos humanos sejam compreendidos como um conjunto de proteção destinada a todos os seres humanos indistintamente. Além do fato de que a condição humana ultrapassa aspectos conjunturais e formais, há estudiosos que alertam para a questão de que violações internas de direitos humanos, notadamente em um mundo globalizado e envolvido pela chamada interdependência complexa, despontam como ameaça à paz além de suas fronteiras, uma vez que interferem diretamente, por exemplo, nos fluxos migratórios. Neste sentido, escreve Lindgren Alves que:

não são [...] especificamente [...] casos extremos e transfronteiriços que conformam o objeto central da questão dos direitos humanos como tema global da atualidade. É sim, a situação dos direitos humanos dentro da jurisdição de cada Estado em tempos de paz. [...] A afirmação dos direitos humanos como tema internacional prioritário fundamenta-se pois, do ponto de vista estratégico, pela percepção de que violações maciças podem levar à guerra. [...] Em paralelo a esses fatores ‘transnacionais’, e possivelmente como elemento primordial, consolida-se a convicção, entre os governados – cidadãos, ativistas e minorias nacionais – de que somente a proteção dos direitos humanos, em todas as suas dimensões, confere real legitimidade aos governantes. (ALVES, 1994, p. 03)

Sob a perspectiva destas observações, depreende-se que os esforços para promoção dos direitos humanos no seio da comunidade internacional explicam-se pelo fato de que violações internas “transbordam” e podem afetar sociedades alhures, dificultando a paz que se pretende preservar entre os povos.

Ocorre que, para que haja essa interlocução cooperativa e essa disposição em construir um sistema minimamente comum, em que se preserve a paz interna para que ela seja espelhada globalmente, é necessário que haja uma franca universalidade e

² Human rights are rights inherent to all human beings, regardless of race, sex, nationality, ethnicity, language, religion, or any other status. Human rights include the right to life and liberty, freedom from slavery and torture, freedom of opinion and expression, the right to work and education, and many more. Everyone is entitled to these rights, without discrimination. Disponível em: <<https://www.un.org/en/global-issues/human-rights>>. Acesso em 8 de mai. De 2021.

representatividade dos povos. Vejamos como se pronunciam nesse sentido Nogueira e Messari (2005):

Os genocídios na antiga Iugoslávia e em Ruanda, os massacres na Libéria, em Serra Leoa, Congo, Sudão, Haiti e tantos outros países onde as forças do Estado se voltam contra sua própria população não levaram à criação de regras claras que orientassem a comunidade internacional sobre quanto, como e em que circunstâncias intervir, violando a soberania de um país, para aliviar o sofrimento humano. Em outras palavras, temos uma estrutura institucional e política construída sobre fundamentos estatais que continuam a dividir o mundo em comunidades distintas, separadas e potencialmente em conflito. [...] A formação de uma comunidade de diálogo colocaria em questão os padrões de convivência internacional existentes hoje e submeteria à crítica as justificativas convencionais para a exclusão sistemática de grupos desfavorecidos das deliberações acerca de problemas globais (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 156-157)

Neste sentido, os autores falam sobre a busca do equilíbrio entre diversidade e universalidade como elemento necessário à construção de um ambiente de confiança que favoreça a construção de consensos. Isso passaria pela relativização do significado moral das fronteiras a partir do reexame do Estado soberano, “admitido sua responsabilidade em atos que tenham reflexos sobre o bem-estar de estrangeiros e introduzindo mecanismos democráticos e representação e decisão no plano transnacional” (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 157-158).

Lindgren Alves (1994) sublinha que o relativismo cultural, a exemplo de deficiências econômicas, já não mais são justificativas para violações de direitos humanos e que embora se deva levar em consideração os contextos históricos, étnicos e religiosos, “é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas” (ALVES, 1994, p. 07).

Em parecer exarado no ano de 1985 enquanto consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, sobre o Brasil e a proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade escreveu que, “nos dias de hoje, dificilmente, se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três décadas” (CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 59).

Conforme as ideias e teorias expostas até aqui, não há mais sentido em se considerar que temas afetos à humanidade como um todo, em que as pessoas titularizam os direitos de proteção e garantias independentemente de qualquer atribuição formal ou

características que as definam ou classifiquem, sejam matérias de competência exclusiva de um Estado. Não se trata de desconsiderar a imprescindibilidade das Cartas constitucionais como instrumento orientador de princípios e valores que organizam a convivência das sociedades dentro dos territórios estatais, mas de compreender que acordos internacionais que versam sobre direitos humanos podem e devem ser incorporados plenamente a este conjunto de noções fundamentais que norteiam a vida em sociedade, com o status que lhes garanta aplicabilidade e perenidade, tanto quanto possível.

3. A supremacia constitucional e as políticas internacionais de direitos humanos

Não obstante o progresso que se tem notado na formalização e na elaboração de mecanismos internacionais assecuratórios de proteção às garantias fundamentais do ser humano, é importante para a finalidade do presente texto uma abordagem sob a ótica de sistemas jurídicos nos quais prevalece, em termos de hierarquia normativa, uma Carta constitucional. Há, no mundo, um número expressivo de Estados que adotam o referido modelo, dentre eles o Brasil. Não menos importante será estabelecer noções de como esse sistema se relaciona com normas alienígenas, ainda que a instituição política representativa do Estado constitucional decida, pelos métodos formais previstos na Carta Maior, incorporá-las ao ordenamento jurídico pátrio.

A idealização de um documento jurídico com as características da Constituição surgiu a partir do ideal de imposição de limites ao poder estatal. Este documento, em geral, se ocupa da organização político-jurídica do Estado e funda as bases sob as quais se dará a construção jurídico-normativa do sistema. No intuito de proteger sua finalidade, e, por conseguinte, de não deixá-la exposta a arroubos ideológicos de governos de turno, deverá estar envolta sob um processo formal de alteração mais complexo do que aquele definido para as leis infraconstitucionais. Nesse sentido, Chueiri e Godoy (2010, *on-line*) ressaltam que o poder constituinte estabelecerá a forma jurídica do sistema político, e esta será garantida pela rigidez do constitucionalismo.

André de Carvalho Ramos (2017) trata da superioridade normativa da Constituição dos pontos de vista formal e material: este porque a Carta é resultado da manifestação de valores considerados superiores pela coletividade e expressados pelo poder constituinte; e aquele porque é a partir do texto constitucional que se define a

criação das demais normas e também das regras que permitirão sua própria alteração, por meio das chamadas emendas constitucionais.

Dito isso, depreende-se que, considerados os direitos humanos como um princípio basilar das organizações políticas e sociais de um país, é desejável, do ponto de vista de preservação destes direitos, que eles estejam inseridos no texto constitucional ou que a ele seja incorporado, em caso de assinatura, ratificação e aprovação de convenções internacionais que tratem do tema. Países como a França³, conhecida por seu sistema avançado de construção do direito positivo desde o rompimento com o absolutismo monárquico e a publicação da célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no contexto da Revolução Francesa, e a Itália⁴, membro-fundador do maior bloco supranacional do planeta, a União Europeia, e um dos países que mais sofreu com os regimes autoritários que protagonizaram os horrores da Segunda Guerra mundial, deixam claro em suas Constituições a prevalência dos tratados em debate neste artigo sobre a legislação interna infraconstitucional. Do mesmo modo, os vizinhos Argentina⁵ e Paraguai⁶, que além da proximidade geográfica com o

³ “**Art. 55.** *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*” Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>>. Acesso em 10 de mai. de 2021.

⁴ “**Art. 11.** *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla liberta` degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parita` con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranita` necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.*”. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 10 de mai. de 2021.

⁵ “**Artículo 75.** *Corresponde al Congreso; 24. [...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*” Disponível em: <<https://www.casarosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em 10 de mai. de 2021.

⁶ “**Artículo 145 - Del Orden Jurídico Supranacional.** *La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico,*

Brasil – os países compartilham, inclusive, uma fronteira comum, chamada de tríplice fronteira – se assemelham em múltiplos aspectos e são parte conjunta em blocos como o Mercosul e a Unasul.

No Brasil, a rigidez constitucional, caracterizada pela necessidade de rito legislativo especial para a aprovação de emendas e pela existência de cláusulas pétreas, é considerada relevante no sentido de proteção de seus direitos basilares. São dignos de nota, a princípio, os artigos 4º, II, e o art. 5º e seus incisos, que preconiza, respectivamente, a prevalência dos direitos humanos como princípio das relações internacionais estabelecidas pela República Federativa e os chamados direitos e garantias fundamentais, como a vida e a liberdade. Às hipóteses já previstas nos setenta e oito incisos do artigo 5º, somar-se-iam aquelas decorrentes dos tratados em que o Brasil fosse parte, nos termos do §2º do referido artigo.

Importa ressaltar, na esteira do que foi dito, que o *status* com o qual a norma será incorporada ao ordenamento pátrio em um sistema constitucional serve como instrumento garantidor de que aquela convenção não estará vulnerável às naturais mudanças de orientação de políticas governamentais. No caso da jurisdição brasileira, seria importante que a hierarquia normativa reservasse aos tratados sobre direitos humanos a força para que se cumprisse sem sobressaltos o previsto no texto constitucional. Esta era, aliás, a finalidade da proposta do texto apresentado à Assembleia Constituinte – e aprovado por ela – pelo principal defensor da tese da constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade. Nas palavras de Trindade:

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.[...] **Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte. [...]É esta a interpretação**

social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”. Disponível em: https://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf. Acesso em 10 de mai. de 2021.

correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 46-47 – grifo meu)

Importante observar a partir do trecho supracitado que o autor deixa claras as motivações que ampararam a sugestão do §2º do art. 5º à Assembleia Constituinte. Trindade acrescentou que tratados de proteção do ser humano, incluindo o direito fundamental à vida, não podem gozar do mesmo *status* que, por exemplo, acordos sobre exportação de laranja ou de sapatos, para usar os exemplos do autor. Para Trindade, “à hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados”. (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 47).

Flávia Piovesan (2013, p. 387) destaca que a Constituição brasileira de 1988 constitui um marco jurídico que sinaliza de modo eloquente uma ruptura com o ainda recente passado ditatorial e promove uma ascensão sem precedentes das políticas de proteção aos direitos humanos, claramente perceptíveis, por exemplo, na inédita referência do valor da dignidade humana como um princípio fundamental da Carta, expresso no art. 1º, III. Além disso, sublinha a autora, o legislador constituinte acresce ao célebre artigo 5º da Carta Magna, que elenca, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais a serem garantidos pelo Estado, o parágrafo 2º, que estende aos tratados internacionais de que o Brasil se torne parte o mesmo caráter normativo dos incisos expressos no art. 5º e dos demais direitos fundamentais tácitos presentes no texto. Nesse sentido, argumenta Piovesan:

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. [...] Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. [...] A conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional, abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. [...] Logo, por força do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. (PIOVESAN, 2013, p. 474-475)

Piovesan destaca sobremaneira a relevância da materialidade constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em nada obstante a fonte destes direitos ter natureza internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 77). A autora acrescenta que todos os tratados de direitos humanos serão, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição, materialmente constitucionais e parte integrante do bloco de constitucionalidade, independentemente de qual seja seu quórum de aprovação. Votações qualificadas apenas reforçariam essa natureza adicionando a ela o componente formal, entretanto, nas palavras dela, “na hermenêutica emancipatória dos direitos, há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto” (PIOVESAN, 2013, p. 128).

Interpreta-se, a partir do exposto, que o texto de 1988, ao incluir o 2º no artigo 5º estabelecia uma abertura à recepção materialmente constitucional dos dispositivos contidos nos tratados internacionais sobre direitos humanos, de modo que se incorporariam ao sistema normativo brasileiro como normas constitucionais, gozando, desse modo, da mesma aplicabilidade, expressão e rigidez destas.

Ocorre que durante a formulação do documento jurídico que resultou na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o legislador aprovou e acrescentou ao texto constitucional o parágrafo 3º do artigo 5º, que diz que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Na prática, o que se estabeleceu foi a exigência de um processo legislativo mais complexo, semelhante àquele previsto às alterações no texto da Constituição - que, como dito anteriormente, é considerado rígido - para que normas internacionais que tratem de direitos humanos sejam incorporadas com status constitucional ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse momento, se acentuam os debates, que sempre existiram, em torno da classificação desta espécie de documento que não passou pela votação prevista no novo art. 5º, §3.

Em verdade, a definição do status de constitucionalidade das convenções sobre direitos humanos tornou-se até mais complexa do que a aprovação de emendas constitucionais, uma vez que, segundo ensina André de Carvalho Ramos (2017, p. 533), o rito especial do art. 5º, §3º, não dispensa a ratificação e o Decreto de Promulgação, ao passo que as PECs não requerem a fase da deliberação executiva, qual seja a sanção ou

veto presidencial. A título de exemplo, o primeiro tratado sobre direitos humanos aprovado nos termos do art. 5º, §3º, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Os outros dois acordos promulgados pelo rito legislativo especial foram o Protocolo Facultativo à Convenção supracitada e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (RAMOS, 2017, p. 538-539).

Na esteira das persistentes discordâncias acerca da constitucionalidade dos tratados em tela, observou Ramos que:

[...] a doutrina e a jurisprudência debateram, com profundidade e muitas divergências, as diferenças entre um tratado sobre um tema qualquer e um tratado de direitos humanos, com foco em duas áreas: 1) o processo legislativo e aplicação imediata dos tratados de direitos humanos; e 2) a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos. A situação ficou ainda mais complexa depois da Emenda Constitucional n. 45, que introduziu na Constituição de 1988 o § 3º do art. 5º. (RAMOS, 2017, p. 523)

O autor destaca, ainda, que, até 2008, não obstante o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence na fundamentação de seu voto no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, quando, pela primeira vez, se falou em suprallegalidade das convenções sobre direitos humanos no sistema normativo brasileiro (STF, 2021), a Suprema Corte mantinha seu entendimento majoritário de que os referidos tratados possuíam hierarquia equivalente a lei ordinária federal, não diferindo, assim, dos demais tratados (RAMOS, 2017, p. 524). A suprallegalidade consistiria na tese de que os tratados sobre direitos humanos não gozariam de hierarquia constitucional, contudo, estariam acima das leis e, para que estas pudessem produzir efeitos, deveriam estar, necessariamente, em harmonia com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal e com tratados sobre direitos humanos incorporados pelo sistema normativo brasileiro. (STF, 2021).

Hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência têm adotado, preponderantemente, a referida tese, orientadas, *prima facie*, pelo voto do ministro Gilmar Mendes em análise do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Cezar Peluso. É, por isso, o documento que servirá como principal instrumento de contraponto para os objetivos de análise deste artigo.

Um dos debates imediatos mais controversos, motivados pela aprovação do famigerado §3º, e pelo silêncio do dispositivo quanto a isso, foi em relação aos tratados aprovados antes da promulgação da Constituição de 1988, bem como àqueles datados entre a entrada em vigor da Carta Maior e a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004. O STF, mantendo seu posicionamento tradicional, bem representado na exposição de voto do ministro Gilmar Mendes, seguiu considerando que “em termos práticos, [o texto do art. 5º, §3º] trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”.

Visão diversa à de Celso Lafer, para quem os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu anteriormente à Constituição Federal de 1988, bem como aqueles recepcionados no intervalo entre a promulgação da Constituição e a aprovação da Emenda Constitucional nº 45\2004, têm natureza constitucional, por força do art. 5º, §2º da Carta Magna e da teoria do bloco de constitucionalidade:

Integram, como diria Bidart Campos, o bloco da constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. [...] O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é, por isso, parâmetro hermenêutico de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. (LAFER, 2005, p. 17)

Nesta mesma linha de pensamento, Flávia Piovesan (2013, p. 138) argumentou que todos os tratados sobre direitos humanos, tivessem sido eles aprovados antes ou depois da EC 45/2004, seriam materialmente constitucionais, pela interpretação do art. 5º, §2º, ao passo que aqueles incorporados nos termos do §3º seriam, além de material, também formalmente constitucionais, o que acarretaria, neste caso, a impossibilidade de denúncia e a inclusão no rol de cláusulas pétreas – as normas que não poderão ser eliminadas ou atenuadas de modo que se configure um passo no sentido de eliminá-la.

As referidas cláusulas são limites impostos ao Poder Constituinte Derivado, conhecidas também como “garantia de imutabilidade”. Nas palavras de Carvalho Ramos, esse núcleo imutável justifica-se pela escolha por parte do Poder Constituinte Originário de valores que representam a essência do Estado democrático brasileiro.

Assim, esses valores só poderiam ser alterados em caso de uma ruptura que alterasse o modelo de Estado por meio de uma nova Constituição. (RAMOS, 2017, p. 504).

Neste sentido, aliás, houve correntes que denunciaram, no momento da aprovação da EC n. 45/2004, a inconstitucionalidade do §3 do art. 5º, exatamente por considerar que, em se tratando de direitos fundamentais e uma vez ratificados pelo Brasil, estariam os tratados de direitos humanos sob a proteção do instituto das cláusulas pétreas e, portanto, não poderiam ser objeto de um dispositivo que os enfraquecessem ou mesmo tornasse mais complexa a sua forma legislativa de “constitucionalização”, de modo que haveria violação do art. 60, §4º da Constituição Federal, que proíbe emendas que tendam a abolir direitos e garantias individuais (RAMOS, 2017, p. 527).

Neste sentido, se pronunciou Cançado Trindade:

A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 46)

Os recorrentes entendimentos da Suprema Corte não apenas iam totalmente de encontro a este posicionamento como - ao menos até a relativa consolidação da tese da supralegalidade - ao equiparar os tratados sobre direitos humanos à legislação ordinária, os expunha a possível superveniência ou especialidade material de lei que, embora não os revogasse, uma vez que tratados têm seu procedimento específico de revogação, geraria efeitos, ainda que contrários ao documento internacional, suspendendo, na prática, a eficácia deste.

Para os defensores da tese da constitucionalidade, nas palavras do próprio ministro Gilmar Mendes em seu voto-vogal no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, “eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela

aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito” (STF, 2021).

Embora se depreenda do novel §3º do art. 5º da Constituição, de modo restritivo, que apenas os tratados sobre direitos humanos aprovados em rito especial serão equivalentes às emendas constitucionais, o legislador não deixa expresso em quais situações um tratado pendente de aprovação será submetido a este tipo de procedimento. Para André de Carvalho Ramos (2017), o rito especial poderá ser pedido pelo Presidente da República, ao encaminhar o texto do tratado ao Congresso, ainda que este não esteja obrigado a fazê-lo, ou *ex officio* pelo próprio Congresso, dado que os ritos legislativos especiais são matérias congressuais, nos termos do art. 49, I da Constituição. Exemplo de tratado aprovado pelo rito simples, já posteriormente ao advento da EC n. 45/2004 é o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,

Finalmente, em relação à denúncia dos tratados, que é um elemento central da discussão, já que a possibilidade de simples denúncia de uma convenção sobre direitos humanos afeta sensivelmente o sistema de proteção dessas garantias, Carvalho Ramos explica que não há, até o momento, posicionamento definitivo da Suprema Corte. Enquanto isso, prevalece o entendimento de que, para os tratados gerais, basta a vontade unilateral do Poder Executivo ou lei do Poder legislativo que ordenasse ao Executivo a denúncia no plano internacional. O autor, entretanto, considera que, pelo princípio da proibição do retrocesso, essas regras não valem para os tratados sobre direitos humanos (RAMOS, 2017, p. 535).

Conclusão

Direitos humanos são matérias que, por seu caráter fundamental de proteção à vida e à dignidade humana, não devem ser tratados sobre bases internas, reservadas ou excludentes. Noções absolutas de soberania não se aplicam a temas que transbordam fronteiras. Neste sentido, não obstante todas as suas imperfeições, o direito internacional cooperativo, em harmonia com os direitos internos de cada Estado, deve nortear a construção de um sistema global de proteção efetivo e eficiente.

Importa considerar que o *status* com o qual um tratado é incorporado ao ordenamento pátrio serve como instrumento garantidor de que aquela convenção não

estará vulnerável, por exemplo, às naturais mudanças de orientação de políticas governamentais. É preciso que a hierarquia constitucional reserve aos tratados sobre direitos humanos a força para que se cumpra sem sobressaltos o §2º do art 5º da Constituição Federal e se respeite a finalidade pela qual o referido texto fora proposto à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, pelo principal defensor da tese da constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, e aprovado por ela, com subsequente inclusão no texto constitucional.

O modo como a Suprema Corte brasileira interpretava o dispositivo até o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, e mesmo a classificação como norma supralegal, adotada a partir do julgamento do referido recurso, relativiza o objetivo do texto do §2º do art. 5º da Constituição, que, conforme exposto ao longo do artigo, tinha o intuito de que os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais tivessem proteção especial do Estado. Além disso, cria-se uma distinção entre tratados de direitos humanos com base em ritos legislativos, o que sobrepõe a questão processual à questão material em um tema tão caro à Carta Maior, apelidada, justamente por seus esforços protetivos em relação aos temas que se relacionam à dignidade da pessoa, de “Constituição Cidadã”.

Diante do exposto, entende-se que o mais adequado seria uma revisão hermenêutica manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, que atribuísse a todos os tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro até a entrada em vigor da EC n. 45/2004 a estatura de norma constitucional, pela integração ao bloco de constitucionalidade, e que, após isso, mesmo aqueles que não sejam aprovados pelo rito previsto no §3º do art. 5º, sejam assim considerados em razão da materialidade. Não menos importante seria um esforço legislativo que conciliasse o referido dispositivo aos objetivos primordiais da Carta Magna no que concerne às proteções e garantias dos direitos fundamentais, ainda que por aprovação de nova emenda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. **Fundação Alexandre de Gusmão (Funag)**, 1994. Disponível em: <<http://funag.gov.br/biblioteca/download/cadernos-do-ipri-num-10.pdf>>. Acesso em: 10 de mai. de 2021.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de mai. de 2021.

CADEMARTOR, Luiz Henrique Urquhart. A interdependência complexa e a questão dos direitos humanos no contexto das relações internacionais. **Revista Brasileira de Direito**, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1584/1052#:~:text=Keo+hane%20e%20Joseph%20S.,as%20d%C3%A9cadadas%20da%20Guerra%20Fria>. Acesso em: 20 de abr. de 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, C.R.: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.

_____. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do séc. XXI. **SciELO Brazil**, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 de mai. de 2021.

_____. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**. Organização e prefácio de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004–, 9 v.

_____. **Princípios de direito internacional contemporâneo**. Brasília: UNB, 1981.

CHUEIRI, V.K; GODOY, M. G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. **Scielo Brazil**, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de mai. de 2021.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. 1. ed. Barueri: Manole, 2005.

_____. A Soberania e os direitos humanos. **Scielo Brazil**, 1995. Disponível em: <https://www.academia.edu/3559445/State_Sovereignty_and_International_Human_Rights
<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 de mai. de 2021.

NOGUEIRA, J.P.; MESSARI, N. **Teoria das Relações Internacionais – correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 46.343-1. São Paulo**. Banco Bradesco S.A. vs Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão proferida em 03/12/2008. Recurso improvido. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 10 de mai. de 2021.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785-7. Rio de Janeiro**. Jorgina Maria de Freitas Fernandes vs Ministério Público Federal. Decisão proferida em 29/03/2000. Recurso improvido. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 08 de mai. de 2021.

UNITED NATIONS. **Global issues: Human Rights**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/global-issues/human-rights>>. Acesso em: 08 de mai. de 2021.