



OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SOB O ENFOQUE DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Me. Domingos Polini Netto¹

Dra. Débora Costa Ramires²

1 INTRODUÇÃO

Antes de focar-se na matéria constitucional atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos, necessário se faz abordar o sentido jurídico dos tratados internacionais (conceito, processo formativo e efeitos).

Essas considerações assistirão o diagnóstico a respeito da Constituição de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a análise do impacto jurídico desses tratados no Direito interno brasileiro.

Inicialmente convém assegurar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, compõem a principal fonte obrigacional do Direito Internacional, conforme preconiza Flávia Piovesan:

Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional. Tal como no âmbito interno, em virtude do movimento do Pós-Positivismo, os princípios gerais de direito passam a ganhar cada vez maior relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea (PIOVESAN, 2010, p. 43).

No tocante a terminologia, define Louis Henkin:

O termo 'tratado' é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo 'tratado', diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como

¹ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior Santa Bárbara – Tatuí. E-mail: prof.polini@faesb.edu.br.

² Graduada em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, graduação em Comunicação Social /Jornalismo pela Universidade Metodista de São Paulo, mestrado em Direito e doutorado em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba. Docente no Instituto Itapetiningano de Ensino Superior (IIES) em Itapetininga/SP e na Faculdade de Ensino Superior Santa Bárbara (FAESB) em Tatuí/SP e na Faculdade Ipanema em Sorocaba/SP. E-mail: prof.debora@faesb.edu.br.

também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo). (HENKIN, 1990, p. 416 apud PIOVESAN, 2010, p. 44).

Nesse sentido, a obrigação de regulamentar o processo formativo dos tratados internacionais derivou na assunção da Convenção de Viena (1969) que trouxe por desígnio servir como Lei dos Tratados.

A Convenção de Viena estabelece, em seu artigo 6º, que os tratados internacionais só se apõem aos Estados-partes, isto é, aos Estados que expressamente aceitaram sua adoção. Assim, os tratados não podem instituir compromissos para os Estados que não os admitiram.

Dispõe ainda a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. E acrescenta: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Segundo Cançado Trindade, a junção dos dispositivos acima citados consagra o princípio da boa-fé, através do qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 97).

De modo geral, há que se enfatizar que os tratados são demonstrações de conformidade. Apenas através da concordância têm capacidade os tratados de instituir obrigações legais, posto que Estados soberanos aceitando-os, se comprometem a cumpri-los.

Porém, importante também se faz salientar que os tratados admitem que sejam formuladas reservas, desde que estas não se mostrem incompatíveis com o objeto do tratado. Dessa forma, as reservas, conforme a Convenção de Viena, constituem “uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acessão, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado”.

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E SEU PROCESSO FORMATIVO

O exercício da capacidade de estabelecer tratados, bem como toda a sua sistematização, deve ser discernido por cada Estado. Dessa forma, imperioso se faz

ressaltar que as exigências constitucionais atinentes ao processo formativo dos tratados variam expressivamente de Estado para Estado.

O processo formativo dos tratados tem abertura através dos atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que seriam de alçada do Poder Executivo.

Segundo Flávia Piovesan:

A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo. (PIOVESAN, 2010, p. 47).

Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo necessária se faz a sua análise e consequente aprovação pelo Poder Legislativo. Aprovado o tratado pelo Legislativo, o Poder Executivo deverá ratificar o tratado.

A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 47).

Importante evidenciar que, não obstante a assinatura pelo Poder Executivo, a eficácia do tratado permanece condicionada à sua aceitação pelo legislativo e consequentemente a sua ratificação pelo executivo. Dessa forma, a ratificação é ato imprescindível para que o tratado tenha obrigatoriedade tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno.

Por fim, o instrumento de ratificação deverá ser depositado em órgão competente para avocar a custódia do instrumento, normalmente esse órgão vincula-se ao âmbito inicial do tratado, no que diz respeito às negociações.

No tocante à metodologia constitucional acerca da celebração de tratados, Louis Henkin discorre:

Com efeito, o poder de celebrar tratados — como é concebido e como de fato se opera — é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de *'checks and balances'*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de *'checks and balances'* talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no

Executivo, como era então a experiência europeia. (HENKIN, 1990, p. 59 apud PIOVESAN, 2010, p. 50).

Destarte, ao se considerar o processo formativo dos tratados, sustentando para tanto a concepção de que possuem eficácia jurídica cogente e vinculante, impende ressaltar que a transgressão de um tratado trazer à baila a violação de compromissos assumidos no âmbito internacional, e, portanto, na responsabilização internacional do Estado.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA HIERARQUIA

A relação Direito Internacional e Direito Interno sempre foi debatida pelos doutrinadores, nesse sentido se manifesta Virginia Leary:

A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários; essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. [...] A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno (LEARY, 1982, p. 1 apud PIOVESAN, 2010, p. 51).

Nesse bojo, a Constituição de 1988 estabelece no final de seu extenso rol de direitos e deveres previstos, §2º do artigo 5º, que os direitos e garantias expressos na 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”.

Assim, a Constituição de 1988 inova ao abranger no rol de direitos constitucionalmente resguardados os direitos proclamados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Destacando-se ainda que tal processo de abrangência implique por consequência na incorporação de tais direitos pelo Texto Constitucional.

Sobre tal circunstância observa Pedro Dallari:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (DALLARI, 1994, p. 162).

Essa conclusão sobrevém da interpretação sistemática e teleológica do Texto Constitucional, em especial, em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a dirigir a abrangência do movimento constitucional.

No pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 631).

No mesmo sentido, o constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho pondera:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana'). (CANOTILHO, 2003, p.18).

Assevera ainda o mesmo autor:

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de 'Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais; no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da

dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. (CANOTILHO, 2003, p. 1217).

Nesse entendimento, o acesso à normativa internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea, acrescentando-se ainda a tal situação o caráter materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 avoca claramente em seu artigo 5º, §2º, o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário. Embora esses direitos não sejam expressos sob a forma de normas constitucionais, lhes é conferido valoração jurídica de norma constitucional, posto que complementam a relação de direitos fundamentais prevista pelo Texto Constitucional.

Nesse sentido, afirma Canotilho:

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (CANOTILHO, 2003, p. 982).

Nesse contexto, os direitos internacionais fariam parte do chamado "bloco de constitucionalidade", estendendo à regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

No que diz respeito ao caráter aberto da cláusula constitucional presente do art. 5º, § 2º, José Afonso da Silva evidencia:

A circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no parágrafo 2º do art. 5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (SILVA, 2012, p. 174).

Segundo o constitucionalista, os direitos individuais podem ser classificados em três grupos: os direitos individuais expressos nos incisos do artigo 5º; os direitos

individuais implícitos nas regras de garantias; e, os direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais firmados pelo Brasil que não são relacionados de forma explícita, nem de forma implícita.

No entanto, no entendimento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, acredita-se que essa categorização falha ao nivelar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Posto que, estes últimos não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, sendo direitos de “difícil caracterização *a priori*”. O mesmo não pode ser afirmado quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, visto que são expressos, enumerados e claramente elencados, não podendo ser considerados de “difícil caracterização *a priori*” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 395).

Nesse sentido, uma nova disposição dos direitos previstos constitucionalmente é levantada, organizando-se os direitos em três grupos distintos: a) os direitos expressos na Constituição Federal; b) os direitos expressos em tratados internacionais que o Brasil é signatário; e, c) os direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios adotados.

Assim, a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais que o Brasil é signatário, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Ou seja, os direitos constantes nos tratados internacionais completam a relação de direitos constitucionalmente previstos, justificando pois, ampliar a esses direitos o regime constitucional adjudicado aos demais direitos e garantias fundamentais.

No entendimento de Flávia Piovesan:

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. (PIOVESAN, 2010, p. 59).

Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais —

no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p.227).

Dessa forma, ao crer que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a associar-se ao rol dos direitos constitucionalmente previstos, está a se atribuir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, § 2º.

Saliente-se, ainda, que ao passo que os tratados internacionais que versem sobre outras matérias têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos proclamados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam importância de norma constitucional.

No tocante a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais, cabe ressaltar que ela advém da interpretação do artigo 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que adjudica ao Supremo Tribunal Federal a jurisdição para apreciar, através de recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

À luz do mencionado dispositivo constitucional, uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo, portanto, aplicável o princípio “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”. Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, desde 1977, equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal.

Imperioso se faz destacar novamente que a teoria da igualdade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional.

Flávia Piovesan ratifica tal posicionamento:

Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. (PIOVESAN, 2010, p. 65).

Dessa forma, há que se ressaltar que a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos provém da primazia que se imputa aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da consequente superioridade desses tratados no plano internacional e de seu caráter diferenciado e especial.

Nesse sentido, excetuando-se a visão que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional e o entendimento que confia aos tratados *status* paritário ao de lei federal, apartam-se outras duas correntes. A primeira sustentando que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional; e a segunda defendendo a hierarquia infraconstitucional, entretanto supralegal, dos tratados de direitos humanos.

Assim, em síntese, existem quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que amparam: a) a hierarquia supraconstitucional; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, entretanto supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Objetivando replicar à controvérsia doutrinária referente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, inseriu o § 3º no artigo 5º, que dispõe: “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”.

No entendimento de Flávia Piovesan:

[...] sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 71).

Diversamente, o § 3º do artigo 5º dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, com quórum de três quintos dos votos dos respectivos membros, terão equivalência à Emenda Constitucional.

De antemão, necessário se faz apartar ainda o posicionamento segundo o qual, em face do § 3º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já

ratificados equivaleriam a lei federal, tendo em vista a ausência do quórum qualificado de três quintos dos votos.

Ressalte-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 obtiveram ampla maioria tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, excedendo os três quintos dos votos. No entanto, não foram confirmados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Há que se salientar ainda o entendimento de que:

Por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, 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. A hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. (PIOVESAN, 2010, p. 72).

Destarte, não seria admissível alimentar que os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente fossem incorporados como lei federal, enquanto os demais contrairiam hierarquia constitucional unicamente em virtude de seu quórum de concordância legislativa.

Novamente fica substanciado o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, possuem natureza constitucional, estabelecendo-se como normas material e formalmente constitucionais.

Esse entendimento, nos ensinamentos de Piovesan, decorre de quatro argumentos:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e

harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a “constitucionalização formal” dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil. (PIOVESAN, 2010, p. 73).

Dessa forma, o artigo 5º, § 3º, surge para perfilhar de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, robustecendo a existência de um regime jurídico misto, que afasta os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais.

Nesse sentido, afirma Celso Lafer: “Com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º” (LAFER, 2005, p. 17).

Assim, a partir de um reconhecimento expresso da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Hipótese esta em que os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às Emendas Constitucionais, integrando formalmente o Texto Constitucional.

O posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet vai além:

Com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os materiais e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. (SARLET, 2007, p. 81).

Imperioso se faz ressaltar ainda a existência de diversidade de regimes jurídicos a serem aplicados aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados, além de materialmente também formalmente constitucionais. Em especial, a variedade de regimes jurídicos se dá na denúncia – ato unilateral através do qual o Estado se retira do tratado.

Assim, ao mesmo tempo em que os tratados materialmente constitucionais podem ser denunciados, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.

Nesse sentido, sobressai a explicação de Flávia Piovesan:

Ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais da ordem constitucional. Nesse sentido, os valores da separação dos Poderes e da federação — valores que asseguram a descentralização orgânica e espacial do poder político —, o valor do voto direto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais — valores que asseguram o princípio democrático —, compõem a tônica do constitucionalismo inaugurado com a transição democrática. Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta. (PIOVESAN, 2010, p. 80).

Todavia, ainda que os direitos internacionais sejam alcançados pelo artigo 60, §4º, não possam ser abolidos via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais são aptos à denúncia por parte do Estado-parte.

Diferentemente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Posto que os direitos neles proclamados ganharam registro no Texto Constitucional, não apenas pelo tema que difundem, mas pelo grau de legitimidade popular observado e pelo diferenciado processo de aprovação.

Nesse sentido, se tais direitos internacionais passaram a fazer parte do conjunto constitucional, não apenas no campo material, mas ainda no formal, não há como aceitar que um ato avulso e deserto do Poder Executivo desfalque tais direitos do patrimônio do indivíduo. Assim deixa de ser possível a prerrogativa de denúncia, em razão da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno.

Em suma: os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional público. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia.

Por fim, há que se ressaltar ainda que a sistemática constitucional introduzida pela Carta brasileira de 1988 busca dispensar aos preceitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos uma natureza jurídica privilegiada.

Assim, é neste conjunto que se insere a inovação do artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988, dispondo de forma que os direitos e garantias nela proclamados não afastam outros, oriundos dos tratados internacionais em que o Estado seja parte, integrando-os a orbe dos direitos constitucionalmente consagrados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Imperioso se faz o examinar da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e o seu impacto no processo de efetivação do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Cumprido estabelecer que o marco jurídico da institucionalização dos direitos fundamentais foi a Constituição Federal de 1988, consagrando o primado do respeito aos direitos humanos como modelo defendido para a ordem internacional. Portanto, se a prevalência dos direitos humanos é princípio fundamental que rege o Brasil em suas relações internacionais, o Estado está admitindo a perspectiva de que os direitos fundamentais são objeto de legítimo interesse da comunidade internacional e dessa forma se estabelecem como tema global.

A Constituição de 1988 inova ao estabelecer regime jurídico diferenciado aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. De acordo com esse regime, os tratados de direitos humanos são incorporados de forma automática ao Direito interno, apresentando hierarquia de norma constitucional.

Logo, pode-se afirmar que a Constituição brasileira atribuiu aos direitos humanos internacionais hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no rol de direitos e garantias fundamentais que possuem aplicabilidade imediata.

Com isso, a dignidade da pessoa humana, da mesma forma que os direitos e garantias fundamentais, com o advento da Constituição de 1988, constituem princípios constitucionais que conferem suporte valorativo a todo o sistema jurídico brasileiro, contribuindo assim para que tais normas alcancem a máxima efetividade possível.

Por fim, é imperioso destacar que a internacionalização dos direitos humanos contribuiu com a implementação de processo interno no Estado brasileiro de democratização e reconfiguração dos direitos e garantias fundamentais. E, ainda, que tais direitos vislumbraram um alargamento e ampliação, na medida em que se passa a incluir não apenas os direitos previstos no plano interno, mas também aqueles previstos no âmbito internacional.

Atualmente, é real a afirmação de que a consolidação integral e não apenas parcial do Estado Democrático de Direito brasileiro abarca o exercício efetivo e extenso dos direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 83-89, abr./jun. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.