

A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A REAL EFETIVIDADE DE SUA APLICAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA POR MEIO DA EC/45

Priscila Pedroso de Campos e Antonio Isidoro Piacentin

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Os direitos humanos são pilares fundamentais e indispensáveis à boa estruturação e funcionamento de uma nação, e assim os pactos internacionais que tratam desta matéria devem ser valorizados e respeitados pelos Estados em suas ordens jurídicas internas, não a fim de que se fita a sua soberania, mas a fim de que se proteja o seu povo. Antes da Emenda Constitucional n. 45, a Constituição Federal de 1988 era silente em relação ao valor hierárquico dos tratados e convenções internacionais, possuindo apenas uma cláusula aberta no § 2º, do artigo 5º. A hierarquia normativa destes pactos coube ao Judiciário, quando da sua aplicação. A jurisprudência majoritária do STF indicou que os tratados internacionais encontravam-se no patamar de leis ordinárias, isto é, os tratados eram tidos como normas infraconstitucionais, mesmo se tratassem de matéria constitucional. Desta forma, com o advento da EC/45 de 2004, foi adicionado o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos foram destacados dos demais, passando a ser submetidos ao rito mesmo legislativo de aprovação das emendas constitucionais, o que os elevou ao *status* de norma constitucional. Busca-se, com a presente pesquisa, verificar se a adição ao texto constitucional feita pela EC n. 45 foi suficiente para solucionar o embate de soberanias entre a ordem doméstica e a ordem externa, e garantir maior prestígio aos direitos humanos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, visto a existente problemática da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica no caso da prisão civil do depositário infiel, por exemplo. Foi a previsão do § 3º no art. 5º da Constituição suficiente para abrandar o debate e facilitar o trabalho dos direitos humanos internacionais no Brasil, ou não?

Palavras-chave: Emenda Constitucional 45. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Humanos Internacionais.

ABSTRACT

The human rights are a fundamental and indispensable pillar for the structuring and functioning of a nation and with that said the international pacts about this subject must have a certain value and respect in the domestic legal orders of the States, not in order to undermine their

sovereignty, but to protect their people. Before Constitutional Amend no. 45, the Federal Constitution of 1988 was silent about the hierarchical value of the international treaties and conventions, having just an open clause in the second paragraph, of the fifth article. It fell to the Judiciary Branch to decide about the normative hierarchy of these treaties, when applying them. The Supreme Court, in tis majority, decided that the international treaties had the status of ordinary laws; that is to say, international treaties were sub-constitutional norms, even if they were about constitutional matters. Therefore, the Constitutional Amend 45, added a third paragraph to the fifth article of the Constitution, the International Human Rights Treaties were detached from the others, and started being submitted to the same legislative rite of approval of constitutional amends, which elevated them to the status of constitutional norms. The addition to the constitutional text made by the Constitutional Amend no. 45 was an attempt to solve the clash of sovereignty between domestic and foreign orders, and to give the international human rights prestige in the Brazilian legal system. Given the existing problematic about the application of the American Convention of Human Rights (Pact of San José of Costa Rica), as an example of civil custody of the deceitful depositary. Was the provision of the § 3 on the fifth article of the Constitution enough to slow down all the debate and ease the work of international human rights in Brazil, or not?

Keywords: Constitutional Amend no. 45. International Human Rights Treaties. International Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, ao pesquisar sobre a trajetória dos direitos humanos, e seu impacto universal, bem como sobre a história e estruturação dos tratados internacionais, verifica-se que é essencial que estes, os direitos humanos e os pactos internacionais, caminhem juntos.

Surgem assim os tratados internacionais sobre direitos humanos. Analisando-se a sua aplicação na ordem internacional, é notório o constante intermédio de Cortes Internacionais na jurisdição de seus Estados-membros para que se preserve a boa aplicação do direito internacional das gentes.

Em estudo sobre aplicação dos tratados internacionais na ordem interna, os julgados das cortes superiores indicam que o Brasil posiciona-se como dualista, defendendo que a norma internacional precisa ser recepcionada pela lei doméstica para que seja aplicada nacionalmente. Até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, os tratados internacionais de direitos humanos tinham valor de norma infraconstitucional, isto é, leis ordinárias, assim como os demais pactos sobre outras matérias. A adição parágrafo 3º ao artigo 5º concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos a posição hierárquica privilegiada de norma constitucional, com força de emendas constitucionais.

Portanto, busca-se verificar se Emenda Constitucional 45 de 2004 foi ou não suficiente para abrandar certas discussões em relação à ordem jurídica brasileira e aos direitos humanos internacionais. Como exemplo, a análise da questão da prisão civil do depositário infiel: a Constituição Federal, no inciso LXVII do artigo 5º, enuncia que poderá haver prisão civil por dívida ao responsável pelo inadimplemento da obrigação alimentícia e ao depositário infiel. Já o Pacto de San José da Costa Rica, tratado ratificado pelo Brasil em 1992, prevê em seu artigo 7º que ninguém deve ser detido por dívida, a não ser em virtude de inadimplemento da obrigação alimentar; logo, segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não deve haver prisão civil ao depositário infiel. A divergência entre normas fez perpetuar as divergências nas decisões.

O rito previsto no artigo 5º da Constituição, em seu § 3º, não atingiu os tratados e convenções internacionais de direitos humanos anteriores à EC/45; somente os pactos posteriores foram submetidos a este processo.

Assim, o que se busca verificar com a presente pesquisa é se a Emenda Constitucional 45 foi capaz de conceder a todos tratados internacionais de direitos humanos maior efetividade e aplicabilidade, facilitando os seus trabalhos internamente, através de análise da jurisprudência pátria pré e pós promulgação da referida Emenda, e, ao final, em comparação com a cláusula aberta prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, a qual é por

diversos momentos esquecida e mal aplicada, mas que pode ser uma boa solução à problemática.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. A História dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos "são um conjunto de direitos positivados ou não" (CASADO FILHO, 2012, p. 20). Seu objeto é a própria figura humana; a sua finalidade é assegurar a todos os seus destinatários o respeito e a dignidade. As principais características dos Direitos Humanos são a universalidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade e a complementaridade. Vale ressaltar que os Direitos Humanos também são dotados de historicidade, isto é, foram sendo construídos juntamente com o avanço da humanidade na história, e apontam para uma contínua evolução (IBID, p. 21-26).

Com o surgimento do Iluminismo, o Estado Absoluto começou a declinar, e o Estado Moderno se ergueu, trazendo consigo algumas das revoluções mais importantes para a história da humanidade e, especialmente, dos Direitos Humanos: a primeira delas, a Revolução Gloriosa, no início do século XVII, que deu origem ao *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689), documento feito pelo Parlamento inglês com os ideais de controlar o poder monárquico, e instituir um governo representativo; mesmo que, ao período, a representatividade não se referisse a todo o povo, mas somente à burguesia, este foi o estatuto que garantiu e institucionalizou as liberdades civis e políticas.

Em seguida, a Revolução Americana, em 1776, sobre a independência das treze colônias britânicas na América do Norte, contra o poder absolutista abusivo da coroa inglesa; cerca de um mês antes da declaração de independência, a colônia de Virgínia editou sua própria ordem, a "Declaração do Bom Povo de Virgínia", que, além de outros temas, trazia em sua matéria a garantia de que todo poder emana do povo; a Declaração de Independência, subsequentemente, disse que alguns direitos do homem são concedidos pelo Criador, e que são inalienáveis, os quais são a vida, a liberdade e a busca pela felicidade. A primeira Constituição de que se tem notícia foi feita em 1787, na Convenção de Filadélfia, EUA.

Em 1789, a Revolução Francesa provocou um grande marco à proteção dos direitos humanos com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual criou o lema dos revolucionários do Estado francês "liberdade, igualdade e fraternidade". A primeira Constituição da França foi escrita em 1791, e, além de assegurar os direitos supracitados pela Declaração do Homem e do Cidadão, conferiu-lhe o caráter universal. Isto deu início aos direitos civis e políticos de primeira geração.

As revoluções burguesas tiveram um grande impacto sociocultural e econômico, tanto que, anos à frente, com a Primeira Revolução Industrial (século XVIII), os direitos que

restringiram a atuação dos monarcas e deram maior liberdade aos burgueses acabaram por desequilibrar a igualdade entre os homens, criando um novo abismo, desta vez entre a burguesia e a classe operária. Em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels escreveram o Manifesto Comunista, obra que incitava a união entre os trabalhadores de todo mundo para o levante contra a burguesia. Além disso, o Manifesto Comunista deu origem ao socialismo e ao comunismo, movimentos que exigiam do Estado o dever de promover a igualdade entre todos, a proteção da propriedade e a segurança do cidadão. Assim surgiram os direitos sociais e econômicos de segunda geração.

Seguindo, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) foi palco do "primeiro genocídio do século XX" (IBID, p. 41), e, devido às suas atrocidades, motivou a criação da Liga das Nações, uma reunião realizada em Versalhes, Paris, no ano de 1919, com o fim de negociar um acordo de paz – o Tratado de Versalhes – entre todas as nações envolvidas na Primeira Guerra. Esta foi a primeira organização mundial a tratar de direitos humanos, mesmo que de forma genérica e frustrada, visto que precedeu a vinda da Segunda Guerra Mundial.

A Alemanha, perdedora da Primeira Guerra, devido ao cenário de grande instabilidade política e econômica, tentou fazer com que as instituições sociopolíticas retomassem sua força por meio da Constituição de Weimar, 1919, a Lei Maior pioneira a citar os Direitos Sociais, juntamente com a Constituição Mexicana de 1917.

Entretanto, persistiu a insatisfação do povo alemão, fazendo emergir em 1939 a Segunda Guerra Mundial e o trágico genocídio judeu alimentado pelo nazismo. A Guerra teve seu fim em 1945, precedido pelos ataques com bombas atômicas da força militar estado-unidense às cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. Ainda no mesmo ano, foi criada a Organização das Nações Unidas, entidade internacional que surgiu com as metas de estabelecer a paz, preservar o planeta dos males causados pelo próprio homem e livrar as gerações futuras de crescerem sob a guerra. Em prol da solidariedade, da união e da conscientização quanto à preservação do meio-ambiente, nasceram os direitos de terceira geração.

O surgimento da ONU alavancou um movimento crucial de internacionalização dos Direitos Humanos; a Organização começou com 51 países membros fundadores. Em 1948, foi escrita a Declaração Universal dos Direitos Humanos; A DUDH "pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* [consenso geral] sobre um determinado sistema de valores". (BOBBIO, 2004, p. 18). Finalmente, a positivação dos Direitos Humanos em uma declaração global tornou-se o ponto de partida para a sua concretização em todo o mundo.

O Brasil foi um dos membros fundadores da ONU. A inserção dos Direitos Humanos à lei interna foi gradual. Desde a primeira Constituição de 1824 até a Constituição vigente de 1988, o Brasil passou por notórias transformações que deram abertura à internalização dos direitos humanos em sua ordem jurídica, por meio dos tratados universais de mesma matéria.

2.2. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Um tratado é, conforme a Convenção de Viena, de 1969, em seu artigo 2º, alínea "a": "(...) um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

Os tratados internacionais são marcados pela sua superioridade em relação às normas internas, pela sua obrigatoriedade, e pelos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, que os confere a legitimidade de exigir-se o respeito e o cumprimento.

Os acordos internacionais são fontes de Direito Internacional Público (DIP). Na concepção de Celso de Mello (2004, p. 90), com base nos ensinamentos de Focsaneanu, os tratados internacionais somente são fontes de DIP se forem efetivos em determinar o comportamento dos Estados.

Os tratados internacionais classificam-se formal e materialmente. A classificação formal inclui de número de partes, isto é, tratado bilateral quando foi este firmado entre somente dois entes de Direito Internacional Público, ou tratado multilateral/coletivo, quando houver três ou mais partes; inclui também o procedimento, por assinatura e ratificação, seja a fase da assinatura, de caráter renunciativo, e a ratificação, de caráter definitivo, ou somente a assinatura, para conferir vigência ao acordo.

A classificação material está voltada ao seu conteúdo. No critério de natureza das normas, os tratados podem ser normativos, chamados "tratados-contratos", quando são formados por meio de negócios jurídicos, de negociações entre as partes, ou contratuais, chamados "tratados-leis", quando contêm regras de direito que demandam cumprimento.

O critério de execução temporal trata de convenções internacionais estáticas, objetivas e definitivas, ou dinâmicas, com prazos certos ou indefinidos. Há também o critério de execução no espaço, se o tratado estará limitado e destinado a um local em específico, ou não. Quanto à natureza institucional, o tratado pode determinar a criação de uma entidade, ou estabelecer normas e procedimentos (REZEK, 2011, p. 25-33).

Os tratados em matéria de direitos humanos, no referente à ordem universal, surgiram em meados do século XX. Os direitos humanos internacionais se consolidaram após repulsivas violações advindas da Segunda Guerra Mundial, não de forma reservada aos

países, mas de modo a chamar atenção a um problema que requeria uma solução global. Com a queda do Nazismo em 1945, veio à tona a necessidade de se impor limites ao poderio pátrio absolutista dos Estados, e torná-los responsáveis pelas transgressões causadas ao povo; portanto, a alternativa vista como sendo a mais eficaz para a propagação dos direitos humanos foi a criação de tratados internacionais. Assim como Flávia Piovesan (2013, p. 69) cita Louis Henkin em sua obra "*The Internationalization of Human Rights*" que "(...) o Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela".

Além dos movimentos pós-guerra, o surgimento de organizações internacionais foi imprescindível para que o direito das gentes ganhasse relevância o suficiente para enfrentar a soberania estatal e ser codificado em pactos que vinculassem os países e gerassem transformações em suas regras costumeiras e tradicionais, positivadas (IBID, p. 79).

Os acordos internacionais sobre os direitos humanos foram capazes de trazer consolidação aos pontos de vista dos Estados, e, devido ao seu caráter evolutivo e agregador, esta consubstanciação está em constante movimento, a fim de vincular as leis domésticas às garantias individuais indispensáveis à vida digna.

Os tratados internacionais foram regulados e codificados pela Convenção de Viena, a sua elaboração envolveu 110 Estados, e teve seu texto aprovado em 1969, mas passou a vigorar somente em 1980, quando atingiu o seu quórum mínimo de 35 países ratificantes. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 2009.

Ela não se limitou, como se disse, apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas também se preocupou em regular o desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 166)

A Convenção de Viena tem autoridade jurídica até mesmo aos Estados não signatários, por ter sido aceita como uma "norma declaratória de Direito Internacional geral", e ser hierarquicamente superior aos tratados internacionais que seguem as suas diretrizes.

A Convenção de Viena, e também as normas de Direito Internacional Público, em geral, possuem dois pilares principiológicos: o "*jus cogens*", quanto à imperatividade, e o "*pacta sunt servanda*", no que tange ao cumprimento e respeito aos tratados.

Cançado Trindade, em sua obra "Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos – Volume I" (2003), discorreu sobre as influências e a repercussão da criação da DUDH no âmbito internacional. Na era das Nações Unidas, depois que o cenário internacional já havia sido palco de grandes atrocidades humanitárias, houve a concretização de mecanismos de proteção por meio de tratados e convenções internacionais, e, um dos documentos de maior importância para esta efetivação foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Ainda no ano de 1947, o Comitê de Direitos Humanos elaborava a DUDH em parceria com a Unesco. Boris Tchechko (1947, p. 144), pensador da então União Soviética, discorreu sobre os direitos humanos e a elaboração de uma Declaração que os abrangesse como uma carta "necessariamente eclética e catalisadora de ideias-força".

A Declaração Universal foi proclamada na Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948. Dentre os 58 países membros, houve 48 votos favoráveis, 8 abstinências e 2 ausências. Incluía os direitos civis e políticos, direitos sociais, culturais e econômicos.

Depois da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembleia Geral da ONU passou a codificar também os direitos presentes na DUDH, com a finalidade de reafirmar a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos. Em 16 de dezembro de 1966 foi concluído o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDIC), e passou a vigorar em 1976, ao ter atingido o número mínimo de ratificações. O Pacto trata dos direitos fundamentais civis e políticos, mas também possui um mecanismo normativo para implementação e fiscalização. Ademais, sua matéria traz direitos não citados na DUDH, como os direitos da criança e das minorias.

Na mesma data, foi concluído o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) para, de igual modo, reafirmar direitos já consagrados da DUDH, e para conceder aos direitos sociais a ideia de continuidade, de realização progressiva alcançada em conjunto com medidas econômicas estatais, através de um planejamento com foco da efetividade gradual dos direitos elencados. Além destes, o Pacto cuida de direitos trabalhistas, como a justa remuneração e o direito à associação sindical.

A proclamação da DUDH causou um impacto notório ao ponto de se dizer até mesmo que alguns de seus princípios passaram a fazer parte do direito costumeiro internacional, sendo invocados tanto em processos internacionais como domésticos. No tocante à sua projeção no plano normativo, a Declaração Universal de Direitos Humanos tem ímpeto decisivo quanto à generalização da proteção internacional dos direitos humanos. A Declaração abriu espaço para a criação de novos tratados, tanto gerais, como regionais, direcionados a aspectos especiais; ampliando, assim, o âmbito de alcance de proteção da figura humana em suas peculiaridades.

No plano processual, intrínseco ao plano normativo, consideram-se três métodos para a implementação dos direitos humanos internacionais: um sistema de petições ou comunicações, um sistema de relatórios, e um sistema de determinação de fatos ou investigações. O primeiro sistema depende de provocação das vítimas, ao passo que os outros dois são métodos de controle *ex officio*, sob a responsabilidade de órgãos internacionais de supervisão.

É possível notar como o surgimento da Declaração Universal de Direitos Humanos revolucionou o quadro internacional, e, até hoje, vem aprimorando e fortalecendo a proteção dos direitos individuais consagrados.

2.3. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos na Ordem Internacional

Na aplicação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos na ordem internacional, é indispensável considerar a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, bem como a reciprocidade que deve haver entre os Estados quando da sua aplicação doméstica.

Para garantir tanto a universalidade como a indivisibilidade dos direitos humanos, foram criados tribunais interestatais que aproximam as nações para além de suas soberanias, e uniformizam a aplicação de direitos humanos internacionais em suas normas internas. Discorre Brito (2012, p. 30) sobre o tema:

Em verdade, com a expansão da judicialização da política externa e redução de fronteiras físicas e legais, as situações postas em lide exigem um diálogo cada vez maior entre a ordem jurídica doméstica e a ordem internacional, a fim de alcançar convergência para a solução de problemas comuns. Tribunais internacionais não podem impor a lei interestatal à ordem jurídica interna, sem que haja previamente uma abertura do constitucionalismo doméstico aos valores protegidos pelo direito internacional. Ademais, quando os tribunais internos analisam determinado problema exclusivamente sob a ótica da ordem constitucional interna correm o risco de deixar de lado a observância das instituições e normas do direito internacional público, em nome de uma soberania que não pode mais ser interpretada simplesmente como autonomia territorial, mas sim como uma responsabilidade política do Estado no contexto interestatal.

Esta é a proposta da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), nas Américas, e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), na Europa: ainda que regionalmente, fomentar o diálogo entre diferentes países e seus juízes, por meio do "entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas" (IBID, p. 28), para que se possa atingir o objetivo comum de aplicação dos direitos humanos universais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dos órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (OEA), e atua juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – CADH) e outros tratados.

A Comissão é um órgão autônomo da OEA, fundado em 1960. Não possui caráter judicial, atuando apenas dando recomendações aos Estados. É encarregada de receber petições e denúncias de violações cometidas por Estados-Membros da OEA, contra os direitos humanos elencados na CADH ou outros tratados das Nações Unidas, pedir esclarecimentos aos países denunciados e, se necessário, iniciar uma investigação, desde que com consentimento prévio do Estado. Após as investigações, o Estado é notificado para

que cumpra as recomendações da Comissão e, por fim, é elaborado um relatório aos demais Estados Parte do Pacto.

Se o Estado denunciado não cumprir com as recomendações do Comitê, então a Corte pode ser acionada, para, com força jurisdicional, proferir decisões irrecorríveis aos Estados-Membros da OEA que ratificaram a Convenção de San José, assim como acompanhar o cumprimento de suas sentenças.

Um exemplo da atuação da Corte é um caso que teve grande repercussão, e ficou conhecido como “Yarce y otras vs. Colombia”: mulheres da Comuna 13 que lutavam ativamente pelos direitos da mulher, mas que tentaram ser silenciadas por grupos paramilitares. A sentença é de 22 de novembro de 2016:

Segundo a Comissão, 'as senhoras M[y]r[i]am Eugenia Rúa Figueroa e Luz Dary Ospina Bastidas foram ameaçadas, perseguidas, tiveram suas moradias invadidas e ocupadas e, conseqüentemente, foram obrigadas a deixar o local. Além disso, as senhoras Mery del Socorro Naranjo Jiménez, María del Socorro Mosquera Londoño e Ana Teresa Yarce foram arbitrariamente privadas de sua liberdade e, após uma série de denúncias sobre a atuação de grupos paramilitares em conluio com a Força Pública na região, Ana Teresa Yarce foi assassinada em 6 de outubro de 2004 (...) as senhoras Mery Naranjo e María del Socorro Mosquera também foram forçadas a deixar o local'.

(...) A Corte declara, por unanimidade, que:

(...) O Estado é responsável pela violação ao direito à liberdade pessoal, consagrado nos artigos 7.1, 7.2 e 7.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da Convenção, em detrimento de María del Socorro Mosquera Londoño, Mery del Socorro Naranjo Jiménez e Ana Teresa Yarce conforme os parágrafos 138 a 159 e 170 da presente Sentença.

A República da Colômbia foi devidamente responsabilizada pela violação aos direitos à vida, à integridade pessoal, à livre circulação e de residência, à proteção da família, à propriedade privada, à liberdade de associação, e às garantias judiciais e proteção judicial. O Estado foi condenado a investigar o caso e, se necessário, punir os responsáveis, bem como fornecer tratamento médico e psicológico adequado às vítimas, e indenizar pelos danos materiais e imateriais, custas e despesas.

Prosseguindo, a Corte Europeia de Direitos Humanos (ou Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) faz parte do Conselho da Europa, organização internacional fundada em 1949, e que atualmente possui 47 Estados-Membros. A CEDH foi criada pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, detém as funções de receber denúncias e petições, processar e julgar violações aos direitos humanos cometidas pelos países-membros do Conselho da Europa, sob a égide de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e de sua Convenção criadora. O Tribunal Europeu é o único órgão jurisdicional do Conselho da Europa. Em se tratando de seu

exercício, pode-se tomar como exemplo o caso “Otegi Mondragon vs. Espanha”, que trata da violação ao direito de liberdade de expressão.

Otegi Mondragon era porta-voz de um grupo parlamentar basco. Em 21 de fevereiro de 2003, dez membros de um jornal basco foram detidos pela polícia e sofreram maus-tratos, sob alegações de envolvimento com uma organização terrorista, sem que houvesse investigação prévia das afirmativas. Cinco dias depois, o Presidente autônomo do País Basco recebeu o rei da Espanha para uma visita a uma usina hidrelétrica recém inaugurada. No momento da coletiva de imprensa, Mondragon fez o seguinte comentário sobre o monarca espanhol:

Como é possível que tirem fotos hoje em Bilbao com o rei da Espanha, quando o rei é o comandante do exército espanhol, em outras palavras, a pessoa que está no comando dos torturadores, que defende a tortura e impõe seu regime monárquico ao nosso povo através da tortura e violência? ” ¹

Mondragon foi sentenciado a um ano de prisão por insultar gravemente o Rei – crime previsto no artigo 490, § 3º, do Código Penal espanhol –, além de ter sido privado do acesso às instâncias superiores e de seu direito à reeleição. O caso foi julgado pelo Tribunal Europeu em 15 de março de 2011. Lê-se na sentença:

54. Voltando-se para as próprias expressões, a Corte aceita que a linguagem utilizada pelo requerente poderia ter sido considerada provocativa. No entanto, qualquer indivíduo, ao participar de um debate público de preocupação geral, (...) não deve ultrapassar certos limites, particularmente no que diz respeito à reputação e aos direitos dos outros, mas é permitido um grau de exagero, ou mesmo provocação; em outras palavras, um grau de imoderação é permitido.

O Tribunal observa que a natureza e a gravidade das penas impostas também são fatores a serem levados em consideração na avaliação da "proporcionalidade" da interferência.

(...) 60. Não há nada nas circunstâncias do presente caso, em que as observações impugnadas foram feitas no contexto de um debate sobre uma questão de interesse público legítimo, que justifique a imposição de tal sentença de prisão. ²

A Espanha foi condenada a pagar uma indenização, chamada “justa compensação”, a Mondragon, em € 20.000,00 pelos danos não-pecuniários sofridos, assim como € 3.000,00 pelas custas processuais.

Observando as duas decisões, são notórias as diferenças entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia. Por exemplo, no sistema interamericano, a análise de uma violação pela Corte depende da admissibilidade da denúncia, dada pela Comissão Interamericana. Já no sistema europeu, o Tribunal é encarregado de ambas as funções. A Corte Interamericana tem competência para, no dispositivo de suas decisões, condenar o Estado a indenizações e

¹ Tradução livre da autora.

² Tradução livre da autora.

outras medidas reparatórias, enquanto a Corte Europeia se limita a justa compensação de caráter indenizatório.

Contudo, mesmo com suas distinções, Thomas Buergenthal (2005), ex-juiz do Tribunal de Justiça Internacional, relembra a cerimônia que promoveu o sentimento de união entre as Cortes. A inauguração da Corte Interamericana, em 1969, foi presidida pelo então Vice-Presidente da Corte Europeia. Posteriormente, também houve um acordo informal entre as duas Cortes para que realizassem reuniões periódicas alternadas entre San José, sede da Corte Interamericana, e Estrasburgo, sede do Tribunal Europeu. Ultrapassando distinções, mais vale a comunhão em prol dos direitos humanos. Contudo, ainda cabe saber se esta transformação também se deu internamente na nação brasileira.

2.4. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos na Ordem Brasileira

Havendo conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual deve prevalecer? É com esta indagação que se introduz o tema do referido capítulo. Mas, antes de encontrar a sua resposta, é de suma importância analisá-la desde o início, mesmo que brevemente.

O debate originário teve início com o surgimento de duas teorias: o Dualismo e o Monismo. A primeira delas foi criada por Heinrich Triepel, em 1889. Diz o autor que o direito internacional e o direito interno “são dois círculos em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais”. Isto é, são ordens jurídicas distintas, com âmbitos de aplicação específicos. Segundo a teoria dualista, o Estado é sujeito de direito internacional, enquanto o indivíduo é sujeito de direito interno. O direito internacional funciona como norma fundamentadora que representa a vontade dos Estados, enquanto o direito interno representa a vontade unilateral do Estado em sua singularidade e soberania. Entende-se que o objeto e finalidade dos dois direitos são diferentes, e que, por conseguinte, um não se aplica sobre o outro. Portanto, o direito internacional, para que seja aplicável internamente, deve ser recepcionado como lei doméstica, precisa da qualidade de lei interna. Nesta concepção, o dualismo defende que somente há conflito de normas entre regras de uma mesma ordem jurídica, mas não entre o direito internacional e o direito interno.

O autor da teoria monista foi Hans Kelsen. Para o jurista, a Constituição possui dois sentidos: o lógico-jurídico, a Constituição como norma fundamental que dá validade à Constituição como norma positivada, e o sentido jurídico-positivo, que é a Constituição como lei maior positivada sobre as normas inferiores a esta. A Constituição de 1988 adota a teoria kelsiana. Isto posto, destas premissas surge o monismo. Para Kelsen, tanto o direito interno como o direito internacional compartilham da mesma norma fundamentadora, portanto, as ordens jurídicas fazem parte de um único sistema. Neste diapasão, a incompatibilidade de uma norma doméstica com uma norma internacional resultará em uma antinomia, e, para que

seja solucionada, usa-se a ideia de primazia de uma ordem sobre a outra. A primazia da ordem interna sobre a internacional considera o Estado independente e soberano, já a primazia da ordem internacional sobre a interna preza por uma base jurídica superior, comum aos Estados, intervindo em suas soberanias na eventualidade de um conflito.

O texto constitucional vigente carece de melhores classificações quanto à orientação preponderante do País em suas relações internacionais, então, o papel de definir o Brasil como monista ou dualista é assumido pela contínua análise jurisprudencial.

Em estudo da jurisprudência nacional do período de 1988, ano de promulgação da Constituição Cidadã, até 2004, ano de publicação da Emenda Constitucional n. 45 – período que merece maior atenção neste capítulo –, observa-se certa inclinação do Judiciário à doutrina dualista, e. g. o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480, de 2001, em que se lê:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno.

Nesta toada, vale também citar o julgamento da Carta Rogatória n. 8279, de 1998:

(...) Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais. Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (*visão dualista extremada*) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (*visão dualista moderada*). Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável sob o nosso modelo constitucional: a *ratificação* - que se qualifica como típico ato de direito internacional público - não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. (Grifo meu).

Cabe dizer, quanto ao primeiro julgado, que a ADI 1480 tratava de julgar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo n. 86/92 e do Decreto n. 1.855/96, os quais aprovaram e promulgaram, respectivamente, a Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. A ADI foi proposta em 1996 após ratificação da Convenção pelo então presidente Fernando Henrique

Cardoso. Mediante julgamento preliminar, a Convenção 158 foi tida como inconstitucional; em dezembro de 1996, FHC publicou o Decreto n. 2100, que denunciou a Convenção, e, por conseguinte, a ADI foi mais tarde arquivada devido à perda de objeto. O que importa, contudo, é o que visava a ADI 1480: proteger os direitos sociais previstos no artigo 7º, inciso I, e artigo 10, *caput*, da Constituição Federal.

Adiante, sobre o segundo julgado versa sobre uma carta rogatória expedida pela Justiça da República da Argentina, contendo atos de caráter executório. O Ministério Público Federal opinou pela concessão do *exequatur* devido à celebração do Protocolo de Medidas Cautelares entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Entretanto, entendeu o ministro relator pela impossibilidade de conceder o *exequatur*, uma vez que o Protocolo celebrado ainda não havia sido incorporado à lei doméstica do Brasil, e também porque a carta rogatória possuía teor evidentemente executório. Em suma, relevante é que o julgamento inclinou-se a manter a competência privativa do Congresso (CF, art. 49, inc. I), e a competência exclusiva do Presidente da República (CF, art. 84, inc. VIII), frente à aplicação de um tratado internacional já ratificado pelo Estado brasileiro, mas, ao momento dos fatos, ainda não havia sido aprovado e promulgado por meio de decreto.

Compete observar, por fim, que as jurisprudências apresentadas possuíam matérias diferentes, sendo uma delas a respeito de direitos humanos, e outra, acerca das competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, encontra-se o mesmo posicionamento antes do surgimento da Emenda Constitucional 45: a escolha e a estima pela aplicação da lei interna, no lugar da aplicação de acordos e tratados internacionais, dediquem-se eles aos direitos humanos, ou não.

2.5. A Emenda Constitucional 45/2004

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou o artigo 5º da Constituição Federal, acrescentando-lhe o parágrafo 3º, o qual diz:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Mas, primordialmente, antes de mensurar o impacto desta adição ao texto constitucional na relação do Brasil com os direitos humanos internacionais, é preciso relembrar qual era o procedimento aplicado aos atos internacionais sobre direitos humanos antes da EC 45.

A internalização de tratados e acordos internacionais – não somente sobre direitos humanos – era dividido em um procedimento de quatro atos: o primeiro, previsto na Constituição, em seu artigo 84, inciso VIII, a assinatura do tratado pelo Chefe do Executivo;

segundo, com previsão também na Lei Maior, artigo 49, inciso I, a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional, a qual é feita através de aprovação de um decreto legislativo; em terceiro lugar, a ratificação do acordo e elaboração de decreto por parte do Presidente da República; e por fim, o quarto e último ato se dá pela promulgação e publicação deste decreto, dando publicidade interna ao tratado.

Este era o procedimento utilizado para a internalização de qualquer pacto cosmopolita, conferindo a estes o *status* de lei ordinária; até o advento da EC 45/04, que teve como um de seus objetivos criar o procedimento previsto no já citado parágrafo terceiro, do artigo quinto da Constituição, para dar aos tratados internacionais de proteção à pessoa humana força equivalente às emendas constitucionais, tornando-os hierarquicamente inferiores à Carta Magna, apenas.

No tocante aos direitos humanos internacionais, a principal mudança trazida pela Emenda Constitucional n. 45 foi a elevação das normas internacionais ao patamar constitucional, lhes consagrando maior amplitude. O Poder Constituinte Reformador, ao constitucionalizar formalmente as normas de direitos humanos que fossem aprovadas pelo mesmo processo das emendas constitucionais, deu prioridade a estes tratados, fortaleceu a sua aplicabilidade e também a tornou imediata.

Desde promulgada a Emenda Constitucional 45, em 31 de dezembro de 2004, dois tratados foram aprovados na forma do artigo 5º, § 3º: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2009; 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, em 2018.

O progresso já alcançado é louvável. É inequívoca a diferença de valoração de uma norma internacional de direitos humanos, quando se compara a aplicação dos tratados internacionais sobre os direitos da pessoa que foram internalizados antes e depois da EC 45.

Para tal, nada melhor que demonstrar as divergências comparando jurisprudências sobre a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e sobre a aplicação de um dos dois pactos internacionais equivalentes às emendas constitucionais, no caso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Inicialmente, a análise de dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal a respeito da prisão civil do depositário infiel: o primeiro, o RHC 19975/RS, de setembro de 2006:

4. Quanto aos tratados sobre direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação da sua força normativa – de ordinária para constitucional – também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por quórum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Continua prevalecendo,

por isso, o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil do depositário infiel.

5. Nos termos do § 3º do art. 5º da CF (introduzido pela EC 45/2004), "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". Trata-se de exceção à regra geral segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil incorporam-se ao direito interno como lei ordinária.

6. É cabível a prisão civil de depositário infiel de bens penhorados em execução fiscal.

No segundo, o RHC 18799/RS, julgado no mês de maio de 2006:

5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que:
- a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte;

(...) - c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar 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". Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; (...) - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; (...).

Observa-se que não há pacificação da matéria; se o Pacto de San José deve ser aplicado formalmente como lei ordinária, em prejuízo aos direitos fundamentais da pessoa, ou se deve ser aplicado materialmente com força equivalente à de emenda constitucional.

Outrossim, já quanto à aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as discrepâncias na jurisprudência são mínimas. Como exemplos, em primeiro lugar, o julgamento do RMS 32732, de julho de 2014, o qual diz:

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Incorporação desse ato de direito internacional público, com eficácia e hierarquia de norma constitucional (CF, art. 5º, § 3º), ao ordenamento doméstico brasileiro (Decreto nº 6.949/2009). Primazia da norma mais favorável: critério que deve reger a interpretação judicial, em ordem a tornar mais efetiva a proteção das pessoas e dos grupos vulneráveis.

Depois, a ADI 5357, julgada em junho de 2016, onde se lê:

(...) foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere status equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.

Em ambas as decisões, o consenso de que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui o *status* de emenda constitucional, sendo inquestionável tanto o procedimento no § 3º do artigo 5º, da CF, como a importância dos direitos humanos internacionais que a Convenção resguarda.

Nada obstante, apesar do impacto que os Tratados de Marraqueche e das Pessoas com Deficiência causaram, este poderia ter sido mais abrangente. O Brasil ratificou muitos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, mas sendo estes anteriores à Emenda Constitucional n. 45, ocupam uma posição hierárquica certamente desvalorizadora, dados os direitos que visam assegurar.

Deveriam os demais acordos de direitos humanos internacionais que já foram ratificados pelo Brasil passarem por um processo de reavaliação e constitucionalização para que fossem considerados equivalentes às emendas constitucionais em sua forma.

Como já demonstrado pela questão do depositário infiel, o Pacto de San José da Costa Rica possui força de norma constitucional apenas em relação a sua matéria, mas formalmente é apenas uma lei ordinária, o que afeta a sua aplicabilidade. E não somente este tratado, encontram-se nesta mesma situação outros pactos como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Em um Brasil signatário de tantas Convenções sobre a proteção da figura humana, mas que ainda é envenenado diariamente por casos de violência contra a mulher, de racismo, de penas desonrosas, arbitrárias e inconstitucionais, de trabalho infantil, e de tantos outros males, era de se esperar – e esperar – que as medidas necessárias para a efetivação dos direitos humanos fossem tratadas com maior devoção.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 com certeza abriu caminho aos direitos humanos internacionais para que estes pudessem fazer parte da ordem jurídica brasileira; mas, quanto à efetivação dos direitos e garantias humanos universais, a EC 45 ainda caminha a passos lentos.

2.6. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal e a EC/45

Uma análise mais atenta das disposições constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais leva a uma reflexão no que tange à real necessidade da adição do parágrafo 3º ao artigo 5º, da Constituição Federal.

Esta meditação invariavelmente remete ao parágrafo 2º do artigo 5º, da Carta Constitucional: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O referido parágrafo segundo é uma cláusula aberta sobre a integração dos direitos e garantias expressos tanto na Constituição, como nos pactos internacionais. Logo, é possível classificar os direitos previstos na Constituição em três categorias (PIOVESAN, 2013, p. 116):

- a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º);
- b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente,
- c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Neste entendimento doutrinário, os direitos advindos de tratados internacionais são uma extensão dos direitos previstos no rol constitucional. Contudo, diverge o entendimento da jurisprudência. Para os tribunais superiores, os tratados e convenções internacionais são normas infraconstitucionais, com *status* de lei ordinária. Como exemplo, o posicionamento do STF no julgamento do ARE 766618, em 25 de maio de 2017:

(...) Salvo quando versem sobre direitos humanos, *os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária*. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. (Grifo meu).

Ou seja, o Poder Judiciário, o qual detém a prerrogativa de aplicar os direitos dos pactos universais como normas constitucionais, no caso concreto, seguindo a previsão expressa no § 2º, do artigo 5º, opta, todavia, por restringir o seu alcance.

Para melhor compreender o que dizem as cortes superiores nacionais a respeito da aplicação do parágrafo em comento, é necessário falar sobre o conceito de “bloco de constitucionalidade”. A expressão, em seu sentido amplo – dado por Louis Favoreu, jurista francês criador do termo – faz referência a todas as normas de um ordenamento jurídico que possuem status constitucional, incluindo os tratados internacionais de modo geral. Já em seu sentido estrito, segundo o jurista lusitano Canotilho, refere-se apenas às normas formalmente constitucionais que são usadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade, incluindo tão somente os tratados internacionais equivalentes às emendas constitucionais.

A existência do bloco de constitucionalidade no Brasil não é pacífica nem na doutrina, nem na jurisprudência, dada a discussão ainda latente quanto à prisão civil do depositário infiel, a título de exemplo.

Os tratados internacionais que foram celebrados pelo Brasil antes da EC/45 são tidos como materialmente constitucionais, mas formalmente inferiores, por não terem sido submetidos ao mesmo rito de aprovação das emendas constitucionais. Sabendo disto, a constitucionalização destes pactos depende muito da atuação favorável das esferas político-jurídicas, por meio da aplicação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 2º. Contudo, não é o que se observa, *e.g.*, no julgado do HC 81.319-GO, de 2002, que discutia sobre uma violação ao Pacto de San José da Costa Rica:

Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, *v.g.*), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro.

Isto é, o STF, na chance de promover a constitucionalização do tratado internacional em questão, por meio do artigo 5º, § 2º, da CF, absteve-se.

Sucedendo então que talvez não fosse tão necessário o processo mais dificultoso previsto no parágrafo 3º, criado por meio da Emenda Constitucional n. 45, para a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos se, desde o início, a constitucionalização dos pactos firmados pelo Estado brasileiro fosse pensada pela ótica do parágrafo 2º e dos demais dispositivos constitucionais que o norteiam.

Logo no primeiro artigo da Carta Magna, em seu inciso terceiro, a dignidade humana foi elencada como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Seguindo, o artigo quarto, inciso segundo, prevê que as relações internacionais do Brasil serão regidas pela prevalência dos direitos humanos. Portanto, o artigo quinto, no seu segundo parágrafo, tem coerência, em relação às disposições que o antecedem.

Por fim, comparando os §§ 2º e 3º, não parece adequado que tratados internacionais sobre uma mesma matéria, a proteção dos direitos individuais, tenham valores distintos devido a uma questão formal somente, pois isto prejudica a aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos internacionais domesticamente. Ao possuir normas de direitos humanos com categorias distintas, é enfraquecido o ideal de resguardar a pessoa humana em sua integralidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase dezesseis anos após a promulgação da Emenda Constitucional 45, somente dois pactos internacionais de direitos humanos foram constitucionalizados por meio do processo de aprovação previsto no § 3º, artigo 5º, da CF/88.

O Brasil faz parte de muitos tratados essenciais à salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Contudo, estes documentos internacionais ainda têm o *status* de leis ordinárias, mesmo tendo à sua disposição a possibilidade de internalização através do rito das emendas constitucionais, no parágrafo terceiro, ou através da cláusula aberta, no parágrafo segundo.

Todos os tratados e convenções sobre direitos humanos deveriam ser elevados ao patamar de normas constitucionais em função de sua matéria; mas não deveriam jamais serem inferiorizados em função de sua forma. A possibilidade de internalização dos pactos internacionais de direitos humanos como normas infraconstitucionais é notoriamente contrária aos ideais do Poder Constituinte Derivado.

De qualquer modo, a lacuna aberta pela Emenda Constitucional 45/2004, entre os tratados anteriores e posteriores à ela, poderiam facilmente ser corrigidos pela aplicação do § 2º, artigo 5º, da CF/88. Porém, ainda aparenta ser pouco o interesse de solucionar esta questão, e dar aos direitos humanos internacionais a posição hierárquica que lhes é devida, na ordem jurídica nacional. Bastaria para a uniformização a adoção do entendimento mais favorável à proteção dos direitos das gentes.

Contudo, infelizmente, conclui-se que a Emenda Constitucional n. 45, sozinha, não foi capaz de tornar mais fácil e efetiva a aplicabilidade dos direitos humanos internacionais em solo brasileiro; frente a entendimentos já muito enrijecidos, presos ao positivismo, mas nem sempre mais benéficos à pessoa. Finalmente, não haverá progresso enquanto o povo, em sua preciosidade, grandeza e singularidade, não possuir a plena garantia de seus direitos.

4. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2DHrpEV>>. Acesso em: 10 nov. 2019

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados**. 2009. Disponível em <<https://bit.ly/3ed05L4>>. Acesso em: 19 mar. 2020

BRITO, Sérgio Ramos de Matos. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos**: o crime de desaparecimento forçado de pessoas perante os mecanismos protetivos da organização dos estados americanos e do conselho da Europa. 2012. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

BUERGENTHAL, Thomas. Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **New York University Journal of International Law and Politics**. Vol. 37, nº 2, 2005. Tradução Revista IIDH – Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Vol. 39, p. 11-31. Mensal.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Conselho da Europa. **Case of Otegi Mondragon v. Spain**. 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3h8Jfyl>>. Acesso em: 25 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Yarce y otras vs Colombia**. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3efaCWj>>. Acesso em: 24 maio 2020.

FOCSANEANU, Lazar. Les langues comme moyen d'expression du droit international. **Annuaire Français de Droit International**, v. 16, p.256-274, 11 nov. 1970. Anual.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**. Paris, Hachette. Vol. 14, p. 226-331, 1926.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: <<https://bit.ly/2WRTmAE>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI n. 5357. Relator: Ministro Edson Facchin. DJ: 17/02/2017. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://bit.ly/2Kuuziv>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº 1480. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 26/06/2001. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/2KSkOKP>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. Carta Rogatória CR nº 8279 AT. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 04/05/1998. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/2M21g7x>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC n. 81319 GO. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/04/2002. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://bit.ly/3nM12il>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE n. 766618. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 25/05/2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/3mly1Dx>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STF. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS n. 32732. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03/06/2014. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/3pg1uWT>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STJ. RECURSO DE HABEAS CORPUS: RHC n. 18799. Relator: Ministro José Delgado. DJ: 09/05/2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/2KsyPiF>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STJ. RECURSO DE HABEAS CORPUS: RHC n. 19975. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ: 21/09/2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/38nASfS>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, v. 6, p. 7-64, 1966. Anual.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNESCO. Boris Tchechko. In: Comissão Sobre Princípios Filosóficos Dos Direitos Humanos. **Bases de uma Declaração de Direitos Humanos**. Paris, 1947, p. 143 - 159.

Contatos: priscilacampos_1999@outlook.com e antonio.piacentin@mackenzie.br