

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO A MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA

MAURÍCIO TEIXEIRA MANSANO JUNIOR

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS

CURITIBA

2009

MAURÍCIO TEIXEIRA MANSANO JUNIOR

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná. Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURÍCIO TEIXEIRA MANSANO JUNIOR

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Fernando Gustavo Knoerr, _____.

Avaliador: Prof. Jorge de Oliveira Vargas, _____.

Avaliador: Prof. Luiz Osório Moraes Panza, _____.

Curitiba, ---- de ----- de 2009.

DEDICATÓRIA

Aos meus avós, Darci Andrecovicz e Edi Pinto Andrecovicz, que de uma forma muito especial deram-me exemplos de dedicação e determinação para se alcançar meus objetivos na vida.

Aos minha mãe, Josiane de Fátima Andrecovicz, que sempre me apoiou em busca de meus ideais.

Ao meu amigo, Saul Hercan Kritiski Baez, por me ajudar a lapidar a fonte de meu conhecimento.

Ao corpo diretor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, por me conceder bolsa de estudos, sem a qual não seria possível cursar o presente.

Aos professores Fábio Guaragni, Luiz Osório Moraes Panza, e em especial aos Ilustres Professores Doutores Jorge de Oliveira Vargas e Fernando Gustavo Knoerr, exemplos de doutrinadores, professores e profissionais do direito.

RESUMO

A inserção de Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro traz algumas dificuldades, em especial quanto à sua hierarquia. Porém em momento anterior à Emenda Constitucional nº 45 havia uma discussão doutrinária sobre qual a maneira que estes tratados deveriam ser recepcionados em nosso ordenamento. Assim, com a Emenda Constitucional nº 45, tanto a doutrina quanto o Supremo Tribunal Federal, entram em consenso sobre os tratados internacionais de direitos humanos, ao passo que, persistiram os problemas quanto aos tratados anteriores à promulgação da Emenda Constitucional nº 45, objeto, o qual se verá no presente trabalho.

Palavras chaves: Direitos humanos; Tratados internacionais; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Emenda constitucional 45/04.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL	10
2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS	12
2.1.1 Classificação dos Tratados	16
2.1.2 Condição de Validade dos Tratados	18
2.1.2.1 Capacidade das partes contratantes	18
2.1.2.2 Habilitação dos agentes signatários.....	19
2.1.2.3 Objeto lícito e possível	21
2.1.2.4 Consentimento mútuo	22
2.1.3 Efeitos e Extinção dos Tratados	23
2.1.4 Teorias Monista e Dualista	25
2.2 PRINCÍPIOS E COSTUMES GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL	27
2.2.1 Princípios Gerais do Direito Internacional	27
2.2.2 O Costume Internacional	30
3 DIREITOS HUMANOS.....	32
3.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS	32
3.1.1 Internacionalização dos Direitos Humanos: Período Entre a Primeira e a Segunda Guerra	35
3.1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos – Período Pós Segunda Guerra	37
3.1.3 Carta das Nações Unidas	38
3.1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	40

3.2 OS CONCEITOS DE DIREITOS HUMANOS	44
3.2.1 Terminologia e Conceituação	44
3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	48
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	56
4.1 TRATADOS INTRODUTORES DE NORMAS DE DIREITOS HUMANOS	56
4.2 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2004	66
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	78
7 ANEXOS.....	83

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho delimita a Constitucionalização dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo a Constitucionalização dos tratados trouxe algumas dificuldades, em especial quanto à sua hierarquia através da recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

Em momento anterior à Emenda Constitucional nº 45 havia uma discussão doutrinária sobre qual a maneira que estes tratados deveriam ser recepcionados em nosso ordenamento. Assim, com a Emenda Constitucional nº 45, tanto a doutrina quanto o Supremo Tribunal Federal, entram em consenso sobre os tratados internacionais de direitos humanos ratificados após a Emenda Constitucional nº 45, logo persistiram os problemas quanto aos tratados anteriores à promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Procura-se neste estudo entender melhor esta incorporação dos tratados de Direitos Humanos no direito brasileiro, seus procedimentos de aplicação e resolver as dúvidas sobre a hierarquia frente à Constituição.

Em um primeiro momento será estudado as fontes do direito internacional público, ou seja, os tratados, costumes e princípios. Dos tratados veremos sua classificação, as condições de validade, capacidade das partes, efeitos e extinção. Dos princípios e costumes veremos a sua importância para o direito internacional, e em especial para os Direitos Humanos.

Em um segundo momento, será visto a evolução histórica dos Direitos Humanos. As declarações de Direitos Humanos dos séculos XVII e XVIII, como

por exemplo, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa e sua Constituição, de 1791, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776, que acabaram por influenciar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, esta, o que acarretou certamente a maior transformação dos Direitos Humanos no século passado.

A Declaração de 1948 celebra, pela primeira vez, com caráter internacional direitos mínimos para com os quais o ser humano possa se desenvolver, delineando de certa forma o respeito à dignidade da pessoa humana. Percebe-se assim, que a proteção aos Direitos Humanos teve seu grande desenvolvimento acerca de meio século, apenas após a Segunda Grande Guerra.¹

No terceiro capítulo será estudada primeiramente a divergência da doutrina antes da Emenda Constitucional nº 45, sobre o artigo 5º da Constituição Brasileira em seu parágrafo 2º, sua interpretação e, qual deve ser a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos frente ao nosso ordenamento e a posição do Supremo Tribunal Federal neste assunto, trazendo algumas correntes, onde, de um lado, teremos a parte da doutrina que acreditava que os tratados de Direitos Humanos deveriam adentrar ao nosso ordenamento jurídico com caráter Constitucional e de outra óptica parte da doutrina que acreditava que os tratados de Direitos Humanos teriam força supra-legal, porém infraconstitucional.

Nesta mesma terceira parte do trabalho, têm-se as mudanças ocorridas após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que inseriu o parágrafo 3º ao

¹ ARAUJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Mata. A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Organiz.). **Direitos Humanos e Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69-70.

artigo 5º, instituindo um quorum de três quintos nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, para que os tratados de Direitos Humanos tenham seu caráter constitucional assegurado. Com esta Emenda surgiram também novas discussões, como a problemática da aplicação imediata destes tratados após Emenda Constitucional nº 45, e permanecendo com antigas dúvidas, como por exemplo, qual a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos consignados antes promulgação da referida Emenda.

2. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional em um primeiro momento é regido pelo princípio da *pacta sunt servanda*, ou seja, seus agentes negociam de acordo com suas vontades, colocando este compromisso em vigor de diversas formas, seja como tratados, atos, convenções, entre outros modos, sempre respeitando regras gerais inerentes aos Direitos Humanos.² Porém os termos e cláusulas destes acordos algumas vezes são muito abrangentes e ao mesmo tempo subjetivos, casos em que necessitam os sujeitos internacionais contratantes de bases para facilitar estes acordos, mantendo um padrão para a comunidade internacional.³

Assim, verifica-se a necessidade de limitar as fontes de direito internacional, para auxiliar os sujeitos desta área a trabalhar no âmbito dos Direitos Humanos. Estas fontes podem ser divididas em formais e materiais. As fontes materiais podem ser definidas como os elementos históricos sociais e econômicos, que vão se tornar a positividade de um comportamento, passando a ser uma exigibilidade jurídica. Já as fontes formais são modos mais simples e claros de expressar valores do direito, são os meios de comprovação da norma, ou seja, o direito positivado.⁴ Um exemplo citado por

² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**, Curso Elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14-15.

³ Idem.

⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. v.1. p. 52-54.

Celso D. de Albuquerque MELLO para se fazer a distinção entre fonte material e formal, é o seguinte:

Se seguirmos o curso da água, encontraremos sua nascente, que é a sua fonte, isto é, o local onde surge a água. Esta é a fonte formal. Todavia, existem diversos outros fatores (...) que fizeram com que a água surgisse naquela região. Estes elementos que provocam o aparecimento das fontes formais são denominados de fontes materiais.⁵

Segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) são fontes formais de direito internacional público:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito;
- c) os princípios gerais do direito, reconhecidos por nações civilizadas;
- d) sob reserva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isso concordarem.

É importante citar que, nenhuma destas fontes funcionam independentemente uma das outras, ou seja, existe uma relação muito próxima entre elas. Por exemplo, para se interpretar um tratado é necessário manter o olhar atento para princípios e

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Fontes do DIP, Noções Gerais. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Renovar, v. I, 2004. p. 203.

costumes, bem como a comprovação de um costume se dá por uma ratificação de um tratado internacional ⁶.

Ainda há de se notar que a questão das fontes é controvertida em relação à sua hierarquia. Não há dúvida que a doutrina e a jurisprudência são meios de auxílio ao estudo e aplicação do Direito Internacional Público. A dúvida se estabelece mesmo em relação à hierarquia dos tratados, costumes e princípios ⁷.

Os costumes e tratados acabam sendo tratados igualmente em relação a sua autoridade internacional pela boa doutrina, como por exemplo, REZEK e TRINDADE, que consideram que os costumes podem ser encontrados nos tratados, bem como os tratados com o passar do tempo podem se definir como costumes internacionais. Isto não implica dizer que eles não possam se sobressair em casos concretos⁸, pois, apesar da segurança jurídica que o tratado corresponde, o costume pode ser entendido como a fonte principal do Direito Internacional Público. Fazendo uma comparação com direito interno, o costume corresponde a lei e os tratados correspondem a um contrato entre as partes.⁹

2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais, como fonte de Direito Internacional Público, podem ser definidos pela doutrina de diversas formas, porém quase todos os conceitos trazem a idéia básica de um acordo entre sujeitos internacionais, manifestando suas vontades, a fim de produzir efeitos.

⁶ SILVA SOARES, Guido Fernando. Op. cit., p. 56-57.

⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Reavaliação das Fontes do Direito Internacional Público ao Início da Década de Oitenta, (1981). In: _____. **O Direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 19-76.

⁸ Ibidem, p. 23.

⁹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 120.

Flavia PIOVESAN dispõe que “(...) os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem hoje a principal fonte de obrigação do direito internacional. (...)”¹⁰.

Ricardo SEINTEFUS entende que tratados são “acordos concluídos entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, (...) a produzir efeitos jurídicos (...) regidos pelo direito internacional”¹¹.

Hildebrando ACCIOLY define “por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais. (...), porém, a palavra tratado, se refere a um acordo regido pelo direito internacional qualquer que seja sua denominação. Em outras palavras, tratado é a expressão genérica”¹².

Já o professor Werner Nabiça COELHO abrange que:

O Tratado Internacional é uma espécie de norma jurídica especialíssima no que diz respeito à forma de Constituição e peculiar quanto à sua posição estática e/ou dinâmica em dada ordem jurídica nacional, entretanto, é uma norma jurídica como qualquer outra no que diz respeito à sua finalidade pragmática de incidência sobre a realidade social, pois uma vez consumada a sua introdução em determinado ordenamento jurídico, portanto, vigente e eficaz, o seu destino será a aplicação.¹³

¹⁰ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 43-44.

¹¹ SEINTEFUS, Ricardo. Fontes do Direito Internacional Público. In: _____. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 39.

¹² ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento Silva. Fundamentos do Direito Internacional. In: _____. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23.

¹³ COELHO, Werner Nabiça. **Sobre a Prevalência do tratado internacional na sistemática jurídica do Estado do Brasil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4360>> Acesso em: 12 fev. 2008.

O Ministro REZEK, de maneira simples e objetiva, define tratado como: “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹⁴.

O grande princípio norteador dos tratados é o *pacta sunt servanda*¹⁵, que cria a obrigatoriedade entre as partes, ou seja, não há um órgão superior que julgue e obrigue as partes a cumprir o que foi prometido¹⁶, distinto de um *gentleman's agreement*¹⁷, este, um acordo de cavalheiros.

Um interessante resumo histórico é feito pelo Professor Guido Fernando Silva SOARES:

Os tratados internacionais são atos solenes entre Estados, tão antigos quanto as relações amistosas ou litigiosas entre grupos políticos autônomos. A notícia de sua prática entre os povos pode ser datada dos primeiros registros escritos ou gravados em monumentos de pedra, os quais procuravam tornar claros, e em especial, com vista em sua perpetuação no tempo, tal como valores religiosos fundamentais das grandes civilizações, os direitos e deveres entre aquelas unidades políticas autônomas. Assim, os tratados de paz ou de aliança, as arbitragens que terminavam uma guerra, encontram-se gravados em estelas e mesmo em simbologia de antigos monumentos, que representavam, a exemplo, os deuses de povos rivais, em atitudes fraternas. A necessidade de petrificação dos direitos e deveres internacionais, em documentos claros e permanentes no tempo, fez com que, tradicionalmente, os tratados e convenções internacionais se denominassem *jus scriptum*, em atenção aos valores expressos pelos conceitos e palavras escritos, desde os primórdios da civilização humana.¹⁸

Com este histórico dos tratados podemos verificar a importância dos tratados no direito internacional. Para alguns autores os tratados podem ter, além do sentido

¹⁴ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 14.

¹⁵ *Pacta sunt servanda* é o princípio que determina o cumprimento de contratos, ou tratados, ou seja, uma vez firmado faz lei entre as partes, sendo impostas sanções à quem não cumpre sua parte. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Princípios do Direito Internacional Contemporâneo Regendo as Relações Amistosas entre os Estados, e sua Significação para uma Reavaliação das Fontes do Direito Internacional. In: _____. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 51-81.

¹⁶ SILVA SOARES, Guido Fernando. Op. cit., p. 54.

¹⁷ *Gentleman's agreement* são regulados por normas morais, tendo como finalidade a fixação de um programa de ação política, não criando obrigação política ao Estado pois são assinados em nome pessoal, não havendo assim um caráter oficial. Idem.

¹⁸ Ibidem, p. 59.

de fonte do direito internacional público, o sentido de obrigação entre as partes, como em um contrato. Esta qualidade de contrato dos tratados se deve à obrigatoriedade entre as partes pactuantes, ou seja, assim que celebrado o tratado, este se torna uma obrigação especificamente entre os signatários, não sendo uma regra geral para outros sujeitos de direito internacional. Segundo Antonio Augusto Cançado TRINDADE, “tratados são fontes do direito internacional desde que aumentem ou codifiquem o *corpus* de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando ao contrário, desempenham a função de um contrato no direito interno moderno”.¹⁹

Para a Convenção de Viena sobre o direitos dos tratados de 1969, tratado é um termo abrangente, ou seja, um termo genérico para acordo, ata, pacto, etc. Isto implica em dizer que tratado é todo o acordo entre estados ou organizações internacionais que deve ser regido por normas costumeiras e princípios humanitários.²⁰ A convenção ainda traz uma explicação básica de uma série de expressões empregadas no seu artigo segundo:

Artigo 2º - Expressões empregadas – 1. Para os fins da presente Convenção:

- a) “tratado” significa 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;
- b) “ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado;
- c) “plenos poderes” significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado;
- d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado...**, p. 35.

²⁰ ACCIOLLY, Hildebrando, Op. cit., p. 23.

modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

e) "Estado negociador" significa um Estado que participou na elaboração e na adoção do texto do tratado;

f) "Estado contratante" significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado, tenha ou não o tratado entrado em vigor;

g) "parte" significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor;

h) "terceiro Estado" significa um Estado que não é parte no tratado;

i) "organização internacional" significa uma organização intergovernamental.

A Convenção de Viena trouxe uma série de termos usualmente empregados no direito internacional público de forma positiva, facilitando o uso destes termos pela doutrina. Assim, o artigo supra citado dá a abrangência do uso de qualquer outra variante terminológica para os tratados, com exceção da concordata que trata expressamente de um tratado onde uma das partes é a Santa-Sé.²¹

2.1.1 Classificação dos Tratados

Neste tópico pretende-se estudar a classificação dos tratados com base na divisão e nos ensinamentos do professor REZEK. Segundo REZEK²² os tratados podem ser classificados de acordo com alguns aspectos relevantes, sejam estes: formal e material.

Quanto ao aspecto formal temos duas subdivisões, a primeira em relação ao número de partes, podendo ser bilateral ou multilateral. A segunda quando a extensão do procedimento adotado para sua conclusão, ou seja, quando há ou não a participação dos chefes do estado, ou quando há apenas o ramo executivo do Estado no tratado.²³

²¹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 15-16.

²² Ibidem, p. 25.

²³ Ibidem, p. 26 – 28.

Já quanto ao modo material temos três critérios, os que dizem respeito às normas do tratado, a sua execução no tempo e sua execução no espaço. Quanto às normas podem ser contratuais ou normativos, sendo o primeiro ligado a uma simples operação jurídica e o segundo ligado a uma regra que se torna lei entre as partes. Já quanto à execução no tempo se divide em estático, que cria uma situação jurídica definitiva e objetiva, e dinâmico que vincula as partes por certo prazo, ou prazo indefinido. Por último, temos o critério em relação à execução no espaço. Trata-se do alcance do tratado ao território do país compactuado, ou apenas a algumas partes do país a qual se tem a interferência dos efeitos do tratado.²⁴

Ricardo SEINTEFUS²⁵ classifica os tratados, do ponto de vista formal em três divisões: qualidade das partes, número das partes e procedimento adotado. Quanto à qualidade das partes trata de quem pode ser signatário, neste caso os Estados e Organizações Internacionais. Quanto ao número de partes, pode ser bilateral (duas partes) ou multilateral (três ou mais). Por último, quanto ao procedimento adotado, ou seja, sua forma de conclusão, divide em simples ou solene.

Cabe apontar uma posição divergente sobre estas classificações, como entende o professor MELLO²⁶, pois para ele, não há sentido prático, apenas intelectual (teórico) neste tipo de classificações, pois, para o autor todo tratado estabelece uma norma de conduta. Cita o autor ainda, que todo tratado traz dispositivos contratuais e legislativos, não havendo independência entre estas duas fontes, quanto mais uma hierarquia entre elas.

²⁴ Ibidem, p. 29-33.

²⁵ SEINTEFUS, Ricardo. Op. cit., p. 220-221.

²⁶ MELLO, Celso D. Albuquerque de. Op. cit., p. 220-221.

2.1.2 Condição de Validade dos Tratados

Dada a importância dos tratados como fonte do Direito Internacional Público, e ainda, como introdutores de normas de proteção aos Direitos Humanos, não pode-se olvidar das condições de validade dos tratados.

São condições para celebração do acordo internacional de acordo com Celso Albuquerque MELLO²⁷: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, objeto lícito e possível e consentimento mútuo.

2.1.2.1 Capacidade das partes contratantes

Nos termos do artigo 6º da Convenção de Viena, para celebrar um tratado, têm capacidade: todo Estado soberano, as organizações internacionais e a Santa-Sé, entre outros entes internacionais. Existem casos especiais, como, por exemplo, quando Estados protegidos ou vassalos tem de pedir autorização para os suseranos ou os protetores, como ocorre na Suíça, e já ocorreu na Alemanha Ocidental e na URSS. Nestes caso a Constituição do país pode autorizar a conclusão de tratados pelos entes federados, descentralizando o poder de celebrá-los. Já no Brasil, por exemplo, o Governo Federal não irá se responsabilizar por tratados que sejam

²⁷ Ibidem, p. 214.

concluídos por um Estado membro sem que este tenha consultado o Poder Executivo ou tenha aprovação do Senado.²⁸

ACCIOLY explica o histórico, e as mudanças ocorridas neste século em relação a capacidade das partes:

A doutrina tradicional, baseada na prática dos Estados, ensinava que apenas os Estados soberanos tinham o direito de assinar tratados. Quando em 1924 o Governo do Brasil informou o Secretário-Geral da Liga das Nações de sua intenção de criar em Genebra uma representação permanente a ser dirigida por um Embaixador, tal decisão trazia, *in statu emergente*, a eventual direito da Liga das Nações de firmar tratados. A questão chegou a ser suscitada mas só foi com a Carta das Nações Unidas que passou a ter aceitação, embora de maneira tímida no início. Atualmente, não padece a menor dúvida a respeito, tanto assim que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais trata especificamente da questão.²⁹

Como explicado, anteriormente somente os Estados tinham este poder de concluir tratados, trazendo a Convenção de Viena de 1969 uma maior amplitude aos limites de celebração de tratados. Assim temos uma descentralização dos poderes das capacidades pactuantes, capacidade esta que antes era apenas dos estados soberanos, e agora também é atribuída à outros entes internacionais, como por exemplo as organizações internacionais e a Santa-Sé. Uma evolução também para os Direitos Humanos, pois com o maior número de sujeitos internacionais com capacidade de concluir tratados, maior a amplitude de proteção destes direitos.³⁰

2.1.2.2 Habilitação dos agentes signatários

²⁸ Ibidem, p. 215-216.

²⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Op cit., p. 25.

³⁰ MATTOS, Adherbal Meira Mattos. Direito dos Tratados. In: _____. **Direito Internacional Público**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 117.

Porém é insuficiente para entender a celebração de um tratado saber apenas quem são os sujeitos internacionais capazes de concluí-los. É necessário indicar quem pode ser a pessoa física capaz de agir em nome das partes contratantes. A convenção de Viena versa:

Artigo 7 - Plenos Poderes

1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se:
 - a) apresentar plenos poderes apropriados; ou
 - b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes.

A Convenção de Viena é clara quando dá o poder de celebrar tratados aos Chefes de Estado e de Governo e aos plenipotenciários. Plenipotenciários são terceiros que possuem a qualidade representativa de celebrar tratados. Podem ter essa capacidade ampla, como os ministros de Estado, ou limitada. Limitada, pois depende de apresentação da carta de plenos poderes, como por exemplo, um chefe de missão diplomática.³¹

O professor ACCIOLLY³² entende que só é possível a dispensa dos plenos poderes para os Chefes de Estado ou Governo e do Ministro das Relações Exteriores. De outra maneira entende Celso Albuquerque de MELLO³³ que explica que os chefes de missões diplomáticas não necessitam de plenos poderes. O autor ainda explica que nas organizações internacionais e nos tratados bilaterais não se obriga a ter os plenos poderes para conclusão, apenas devem ter o título secretários gerais e negociadores, respectivamente.

³¹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 33-37.

³² ACCIOLLY, Hildebrando. Op. cit., p. 26.

³³ MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Op. cit., p. 217.

2.1.2.3 Objeto lícito e possível

Todo tratado deve se basear em normas gerais de Direito Internacional, respeitando uma coisa materialmente possível e permitida pelo direito internacional e pela moral internacional³⁴, sob pena de ser nulo. Esta nulidade ocorre mesmo que o Tratado tenha entrado em vigor antes da norma de direito internacional. Esta “norma de direito internacional”, referencial para nulidades, deve ser entendida como uma norma reconhecida internacionalmente, seguindo costumes, princípios morais, e outras normas.³⁵

Neste mesmo sentido ensina o professor NETO: “por fim temos que o ajuste de vontades de Direito Internacional Público deve visar sempre objeto materialmente possível e permitido pelo direito e pela moral, ou seja, deve enfocar, o tratado, um objeto lícito e possível”.³⁶

De maneira semelhante entende HUSEK: “o tratado somente pode ter por objeto coisa materialmente possível e permitida pelo direito internacional, e, ainda, que não contrarie a moral. Também, por óbvio, não pode existir um tratado impossível de ser cumprido.”³⁷

³⁴ ACCIOLLY, Hildebrando. Op. cit., p. 27.

³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Op. cit., p. pg 217.

³⁶ NETO, Hélio Michelini Pellaes. **O papel das organizações não-governamentais na proteção internacional aos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4587>>. Acesso em: 28 ago 2008.

³⁷ HUSEK, Carlos Roberto. Tratados. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 53-69.

2.1.2.4 Consentimento mútuo

O consentimento das partes nos tratados internacionais pode ser consignado por três tipos de aceite: a assinatura, momento em que se tem a vigência imediata do pacto; o intercâmbio instrumental, que se caracteriza pela troca de notas; e, por último, a ratificação, ato internacional de confirmar o término da fase de negociação.³⁸

O acordo entre as partes deve seguir os princípios gerais e regras do direito contratual em relação à vontade, ou seja, é considerado viciado quando houver qualquer tipo de erro, dolo e coação. O erro vicia o tratado quando atinge a base essencial do consentimento ou do conteúdo do tratado. A coação pode ser referida por duas maneiras, a primeira contra a pessoa que está representando o Estado, e segundo contra o próprio Estado. Já o dolo se explica como o erro devido a fraude de outro, porém sendo o caso mais raro hoje em dia. Ainda há uma quarta hipótese, que trata da corrupção do representante do Estado, por ação direta ou indireta de outro estado negociador.³⁹ A convenção de Viena é explicativa e dispensa interpretações mais aprofundadas:

Artigo 48 - Erro

1. Um Estado pode invocar erro no tratado como tendo invalidado o seu consentimento em obrigar-se pelo tratado se o erro se referir a um fato ou situação que esse Estado supunha existir no momento em que o tratado foi concluído e que constituía uma base essencial de seu consentimento em obrigar-se pelo tratado.(...)

Artigo 49 - Dolo

Se um Estado foi levado a concluir um tratado pela conduta fraudulenta de outro Estado negociador, o Estado pode invocar a fraude como tendo invalidado o seu consentimento em obrigar-se pelo tratado.

Artigo 50 - Corrupção de Representante de um Estado

Se a manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado foi obtida por meio da corrupção de seu representante, pela ação

³⁸ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 46-49.

³⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Op. cit., p. 212-218.

direta ou indireta de outro Estado negociador, o Estado pode alegar tal corrupção como tendo invalidado o seu consentimento em obrigar-se pelo tratado.

Artigo 51 - Coação de Representante de um Estado

Não produzirá qualquer efeito jurídico a manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado que tenha sido obtida pela coação de seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele.

Artigo 52 - Coação de um Estado pela Ameaça ou Emprego da Força

É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas.

Portanto, caso ocorram atos ilícitos o tratado será nulo ou anulável, dependendo do caso concreto.⁴⁰

2.1.3 Efeitos e Extinção dos Tratados

Os tratados internacionais devem entrar em vigor nos seguintes casos, de acordo com artigo 24 da Convenção de Viena: a) na forma e na data prevista no tratado, b) quando o Estado manifestar seu consentimento após a entrada em vigor do tratado. Para este Estado, os efeitos do tratado só serão aplicado após esta manifestação de consentimento, c) desde o momento da adoção do texto do tratado, obrigam-se as partes às disposições que surjam antes da entrada em vigor do mesmo, como por exemplo, funções do depositário, ou as decisões sobre as reservas.

Ao entrar em vigor os tratados podem gerar efeitos sobre as partes contratantes e sobre terceiros. Os tratados farão efeitos sobre as partes a partir do momento em que entrar em vigor, caso não exista nenhum tipo de erro, coação ou dolo. Já quanto à terceiros fará efeito difuso ou aparente. Difuso, quando muda situações jurídicas na comunidade internacional podendo advir de um ato unilateral

⁴⁰ MATTOS. Adherbal Meira. Op. cit., p. 118.

legítimo, e aparente quando o estado terceiro sofre conseqüências diretas do tratado, por estar intimamente ligado ao estado compactante, seja por outro tratado ou por participar de uma mesma comunidade internacional.⁴¹

Os tratados internacionais, segundo a convenção de Viena devem entrar em vigor quando:

Artigo 24 - Entrada em vigor

1. Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores.(...)
3. Quando o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma.
4. Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação de seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou à data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.

Da mesma forma que trata da vigência e efeitos dos tratados a Convenção de Viena de 1969 também traz os modos de extinção.

A extinção dos tratados é, segundo Guido Fernando SILVA SOARES "... o desaparecimento do tratado como fonte de obrigações para as partes contratantes...". A Convenção de Viena de 1969 ainda versa sobre os modos de extinção, nos seus artigos 54 a 63, e as conseqüências da extinção do tratado no artigo 70 da mesma convenção.⁴²

Em suma, são possibilidades de extinção dos tratados: a extinção total ou em relação a uma das partes, a extinção pela redução de número das partes, pela denúncia ou retirada, por revogação expressa ou tácita por um tratado posterior, por violação do tratado, pela impossibilidade do cumprimento do tratado, pela mudança fundamental das circunstâncias, pela ruptura de relações diplomáticas ou consulares

⁴¹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 78-82.

⁴² SILVA SOARES, Guido Fernando. Op. cit., p. 52-77.

entre as partes ou pela superveniência de uma nova norma imperativa de direito internacional.⁴³

2.1.4 Teorias Monista e Dualista

Cabe, para melhor entendimento deste trabalho, uma divisão e explicação das duas teorias concernentes aos conflitos de normas nacionais e internacionais, pois, de acordo com a corrente eleita pela Constituição da cada país teremos o modo de internalização do tratado e a devida importância destes tratados no ordenamento jurídico nacional.

A discussão se inicia no sentido de saber se é necessária a intermediação legislativa para que os direitos inerentes a um tratado tenham força de lei no direito interno, e com qual hierarquia estes tratados ingressam no direito interno, e ainda, se há uma dependência entre o direito internacional público e o direito interno de cada país. Desta discussão se extraem as duas correntes, a monista e a dualista.⁴⁴

A expressão dualismo, bem como a sua escola, foi construída por Carl Heinrich Trieppe e Alfred Verdross, e traz no seu conceito a independência e a posição paralela entre a ordem jurídica nacional e internacional, havendo na internalização, o conflito das leis no tempo. Nesta teoria o Direito Internacional Público regula somente conflitos entre Estados, não sendo os indivíduos sujeitos deste direito. Para os adeptos do dualismo a lei internacional, para fazer efeitos internamente, tem de passar pelo processo legislativo essencial do país, tratando do princípio da lei posterior revoga lei anterior. Enfim, pauta seus conceitos na

⁴³ Ibidem, p. 52-54.

⁴⁴ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional e o Direito dos Tratados. In: _____. **Direitos Humanos e Relações Internacionais**. Minas Gerais: Agá Júris, 2000. p. 59 - 64.

soberania clássica de estado, não abrindo espaço para uma possível abertura constitucional, importante para evolução⁴⁵ dos Direitos Humanos.⁴⁶

Já a teoria monista parte do princípio de que o Estado, a partir do momento que ratifica um tratado, se compromete a tal compromisso, como direitos e obrigações que o tratado traz, não havendo necessidade em perfazer normas para a internalização deste compromisso. Esta corrente se divide em dois grupos, os monistas internacionalistas e os monistas nacionalistas. Os Monistas Internacionalistas, ou Monistas da Primazia do Direito Internacional, trazem o enfoque de que são as leis internacionais que dão parâmetro para as leis nacionais, ou seja, a lei dos tratados tem força supra-nacional, devendo as leis internas seguir as externas, sob pena de nulidade. Já a segunda corrente do monismo nacionalista, trata estes preceitos exatamente de modo contrário, havendo um culto a Constituição, predominando o direito interno, sob pena do não uso do direito internacional público em caso de conflito.⁴⁷

2.2 PRINCÍPIOS E COSTUMES GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL

⁴⁵O doutor Eduardo Biacchi GOMES, traz com clareza e objetividade as peculiaridades das Constituições da Argentina e Paraguai, do lado monista Internacional e Brasil e Uruguai da teoria dualista, segundo entendimento dos tribunais superiores nesses países. O ordenamento Paraguaio traz a primazia do Direito Internacional sobre o Nacional, porém não havendo aplicabilidade imediata, necessitando de aprovação do Congresso Nacional. Nesses pontos o Ordenamento Argentino é similar, com a diferença que as normas de Direitos Humanos tem hierarquia Constitucional, sem necessidade de aprovação, diferente dos demais tratados.

O ordenamento Uruguaio, por outro lado, ressalta a soberania, e a teoria dualista, não havendo disposições em seu direito sobre a hierarquia das leis internas e tratados, deixando os conflitos a serem resolvidos por arbitragem. Por fim o sistema brasileiro, que será explicado mais detalhadamente no terceiro capítulo deste trabalho, traz um modelo misto, onde os tratados de Direitos Humanos tem aplicação imediata e status constitucional e os Tratados referentes a Direito Tributário tem hierarquia superior as lei internas tributária. Nos demais tratados aplica o princípio da lei posterior revoga lei anterior, explicitado na Lei de Introdução do Código Civil no seu artigo 2º. GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos**, Solução de Controvérsias. Curitiba: Juruá, 2005. p. 144-149.

⁴⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. Op. cit., p. 144-149.

⁴⁷ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 61-64.

Este trabalho de monografia tem como fim o entendimento da internalização dos tratados de Direitos Humanos ao ordenamento interno. Assim, deve-se dar a devida importância aos costumes e aos princípios do Direito Internacional Público, pois sem eles não há como se falar em tratados internacionais, e ainda, estes costumes e princípios são pilares importantes para a concretização Direitos Humanos.⁴⁸

2.2.1 Princípios Gerais do Direito Internacional

Os princípios são base para todo tipo de ordenamento jurídico. Está coligado com o direito civil, direito penal, direito administrativo, entre outros tantos ramos do direito que poderiam ser aqui citados. O Direito Internacional Público e os Direitos Humanos também tem íntima ligação com os princípios, principalmente por ser um direito não codificado, sem cortes superiores ou órgãos máximos.

Estes princípios de Direito Internacional Público são tanto princípios explícitos, postos em letra de lei, inseridos no texto normativo de um tratado, como princípios implícitos, de direito pressuposto, que brotam da sociedade. Assim o princípio implícito, pode vir a se tornar um princípio posto, positivado.⁴⁹

Segundo professor GRAU “norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios”, ou seja, os princípios são normas jurídicas. Aí temos a diferença entre princípios e regras, pois as regras devem ser tratadas no plano do tudo ou nada, ou seja, havendo a situação concreta ela será aplicada ou não, não podendo haver num mesmo sistema de regras uma mais valorosa que outra. Já os

⁴⁸ HUSEK, Carlos Roberto. Sujeitos Internacionais. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 36-45.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131-144.

princípios podem ser em certos casos desconsiderados, desta forma tem-se uma dimensão de peso e importância. Assim caso haja um conflito de princípios há de se levar em conta o peso e valor de cada um deles. Os princípios são mandamentos de otimização, no sentido de que podem ser cumpridos em diferentes graus com uma série indefinida de aplicações e seu cumprimento não depende apenas de possibilidades materiais como as regras, mas também de possibilidades jurídicas.⁵⁰

Os princípios do Direito Internacional Público estão relacionados no Estatuto da Corte de Haia como fontes do direito internacional, ao lado dos tratados, dos costumes e de outras fontes. Assim, não se pode esquecer que estes princípios gerais estão também ligados aos Direitos Humanos⁵¹. Como exemplos destes princípios de Direito Internacional Público que coincidem com princípios de Direitos Humanos, temos o princípio da não agressão, da solução pacífica entre Estados, da autodeterminação dos povos, da coexistência pacífica, do desarmamento, da proibição da propaganda de guerra, entre outros como direitos de procedimento como *pacta sunt servanda* e *lex posterior derogat priori*⁵².

Os princípios do direito devem ser usados também para interpretação dos tratados e dos costumes, sendo que ainda se pode retirar e deduzir novos princípios de acordo com os tratados internacionais realizados e com os novos costumes que vão sendo incorporado pelos Estados. Os princípios variam de acordo com a época de aplicação do direito, pois derivam da realidade momentânea e de padrões morais em qualquer nível de sociedade. Os princípios estão inseridos no dia a dia das

⁵⁰ Idem.

⁵¹ REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 78-82

⁵² *Lex posterior derogat priori*: do latim, significa lei posterior derroga lei anterior, hoje regulada pela Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) no seu Artigo 2º.

notícias internacionais, como, por exemplo, Protocolo de Kyoto⁵³ é baseado explicitamente no princípio norteador do direito ambiental, o da proteção ao meio ambiente⁵⁴, ou ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, baseada no princípio geral da proteção do homem e dos Direitos Humanos.⁵⁵

2.2.2 O Costume Internacional

Conhecido também como norma costumeira, o costume nada mais é do que a prática repetitiva e pública reconhecida como direito, que se divide em dois elementos básicos o material e o subjetivo.⁵⁶

O elemento material trata da repetição de um ato, seja ele positivo ou negativo, respectivamente por ação ou omissão do sujeito internacional público criador do costume. Em relação ao tempo deste elemento material, não há como delimitá-lo, pois o tempo é relativo para esta fonte de direito internacional, cabendo a cada caso concreto um tempo específico.⁵⁷

⁵³ Protocolo de Kyoto: “É um acordo internacional para controlar o aumento da temperatura do planeta, o efeito estufa causado pela poluição. Proposto em 1997, na cidade japonesa de Kyoto, o protocolo prevê que os países ricos reduzam as emissões de gases poluentes e influenciem no problema do aquecimento global”. DIALETACHI, Sérgio. **O Protocolo de Kyoto.** Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/edições/38/ambiente.html>> Acesso em: 24 jan 2008.

⁵⁴ Princípio da proteção ao meio ambiente: é um princípio do direito ambiental, de relevância constitucional, pois viver em um ambiente ecologicamente equilibrado passou a categoria de direito humano. MARTINS, Juliana Xavier Fernandes **A Importância dos Princípios Constitucionais Ambientais na Efetivação da Proteção do Meio Ambiente.** <<http://www.amigosdanatureza.org.br/revista/artigos/5b4dc884df16db76f14bcb818e6b40fe.pdf>> Acesso em: 27 ago 2008.

⁵⁵ SILVA SOARES, Guido Fernando. Op. cit., p. 91-93

⁵⁶ Ibidem, p. 114.

⁵⁷ Idem.

Já o elemento subjetivo trata da convicção da comunidade internacional de que a prática do costume se procede de maneira necessária, justa, correta e de bom direito, dentro do senso destes termos para o direito internacional.⁵⁸

Em relação à hierarquia dos costumes com os tratados internacionais, não há um desnível hierárquico entre as duas fontes. Um está interligado ao outro, pois o costume pode se transformar em uma norma expressa de um tratado, obrigando as partes ao seu cumprimento, como muito normas expressas nos tratados podem virar costumes, fazendo desnecessário o tratado. Sabemos que o tratado oferece muito mais segurança às partes, por ser escrito e ratificado pelos sujeitos de direito internacional público. Já a costume é de difícil constatação, precisando de provas que não são fáceis de serem apuradas. É definitivamente complicada a constatação de um costume, principalmente perante uma corte internacional, com prazo especificado para provas. Porém nem por isso deve se tirar a importância do costume, que como já dito, tem o mesmo valor hierárquico que um tratado internacional ratificado entre nações.⁵⁹

Os tratados encontram seu argumento máximo para seu cumprimento o princípio da boa-fé⁶⁰, *pacta sunt servanda*. Já as normas costumeiras não advém de consentimento das partes, ou seja, não há nenhum tipo de comprometimento entre os países para garantir sua eficácia. O direito costumeiro é aceito tacitamente, ou seja, não havendo negativa da nação quando este costume é constatado, significa

⁵⁸ Ibidem, p. 115.

⁵⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Op. cit., p. 297-299.

⁶⁰ Princípio da boa-fé: O princípio da boa fé é o que dá segurança nas relações jurídicas onde as partes devem agir com lealdade e confiança entre si. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Princípios...**, p. 73-74.

que o Estado praticante, ou mesmo o Estado interessado aceitou em todos os termos essa nova fonte.⁶¹

3 DIREITOS HUMANOS

Antes de maiores explicações sobre os Direitos Humanos, como alguns conceitos, seus métodos de proteção internacionais e regionais, além do exemplo de tratados que celebram sua proteção, é necessário para melhor entendimento, um breve histórico com a transformação destes direitos.

3.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

A consciência histórica dos Direitos Humanos começa a se estabelecer após uma preparação em torno do limite do poder político. Segundo alguns

⁶¹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 117-119.

doutrinadores teve seu início nos séculos XI e X antes de Cristo, na instituição do rei Davi, no reino Unificado de Israel, onde este rei trouxe a base do que seria, muitos anos mais tarde, chamado de Estado de Direito, onde o governante cria o direito submetido a princípios e normas editadas por uma autoridade superior, neste caso Deus, não mais criando normas para justificar atos próprios.⁶²

A magna Carta de 1215, no século XIII, assinada por João Sem Terra, rei da Inglaterra na época, teve como objetivo assegurar a paz e consolidar em lei um direito costumeiro, porém, provocou guerra e trouxe o dissenso social. Mas a grande importância desta carta é que pela primeira vez na história medieval o rei estava vinculado as leis que editava. De importante para os Direitos Humanos trouxe: algumas cláusulas de consentimento ao pagamento tributário, a liberdade eclesiástica, ou seja, o início da separação entre o Estado e a Igreja, o reconhecimento do monarca como não mais sendo o dono da justiça, os princípios do que viria a ser um tribunal do júri, respeito a propriedade privada, e a liberdade de ingresso e saída do país.⁶³

Muitas outras leis merecem ser citadas nesta evolução dos Direitos Humanos ante primeira grande guerra, como, por exemplo, a Lei de Habeas Corpus e a Declaração de Direitos (*Bill Of Rights*), na Inglaterra em 1679 e 1689 respectivamente, a Declaração da Independência e a primeira Constituição do Estados Unidos da América do Norte, em 1776, as Declarações de Direitos da Revolução Francesa em toda idade média, a Constituição Francesa de 1848,

⁶² COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 40.

⁶³ Ibidem, p. 70-80.

entre muitas outras importantes cartas e declarações na história da humanidade.⁶⁴

A Lei de Habeas-Corpus já existia há vários séculos na Inglaterra como mandado judicial em caso de prisão arbitrária, porém com eficácia reduzida. Já em 1679, esta lei consolidou novas garantias processuais, protegendo a liberdade e locomoção, aliando assim a proteção jurídica da pessoa humana, base da idéia de Direitos Humanos para os Ingleses.⁶⁵

Já a Declaração de Direitos (*Bill Of Rights*), também na Inglaterra tem em sua essência a separação de poderes, a afirmação de que o Parlamento tem a serventia de proteger seus súditos perante o rei, reafirmando neste documento, direitos fundamentais como direito a petição e proibição de penas cruéis.⁶⁶

Em 1776 e 1787, a Declaração da Independência e a Constituição dos Estados Unidos respectivamente trouxeram mais avanços nos Direitos Humanos. A Declaração da Independência é o primeiro documento político que reconhece legitimamente a soberania popular, a existência de direitos a todos, sem qualquer distinção, ou seja, a igualdade de todos perante a lei. Anos depois a proclamação da independência dos Estados Unidos trouxe alguns dos direitos fundamentais que viriam a ser invocados por constituições de vários países como liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal e ampla defesa, entre outros.⁶⁷

A Revolução Francesa e as suas declarações, em um curto espaço de tempo, suprimiram as desigualdades sociais de maneira até então inédita

⁶⁴ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 8-66.

⁶⁵ Ibidem p. 85-89.

⁶⁶ Ibidem p. 89-93.

⁶⁷ Ibidem p. 95-124.

tendo com seu lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Entre as declarações temos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o primeiro elemento constitucional deste novo regime Francês pós Revolução, e as declarações de direitos nas Constituições de 1791, 1793 e 1795 que acrescentaram um novo rol de garantias e proteção aos seus cidadãos. Anos mais tarde, em também na França, temos a Constituição Francesa de 1848, que tem um compromisso entre o liberalismo e o socialismo democrático, ou seja, de um lado valores conservadores e de outro progresso e civilização. Nela, pela primeira vez da história a pena de morte foi abolida em matéria política e também foi proibida a escravidão nas terras francesas.⁶⁸

3.1.1 Internacionalização dos Direitos Humanos: Período Entre a Primeira e a Segunda Guerra

Os primeiros marcos em relação à internacionalização dos Direitos Humanos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.⁶⁹

O direito humanitário é o direito da guerra, ou seja, limites à atuação do Estado para garantia de direitos fundamentais a militares que não se encontram em combate e aos cidadãos comuns nesse período. Assim, o Direito Humanitário foi o primeiro modo de limitar a autonomia dos Estados em favor aos Direitos Humanos, mesmo que seja como uma exceção, neste caso a

⁶⁸ Ibidem p. 124-163.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 107-147.

guerra.⁷⁰ Este direito humanitário pode ser dividido em “Direito de Haia” e “Direito de Genebra”. O direito de Haia diz respeito à métodos de combate durante guerras armadas, e ainda tem vigência nos dias atuais. Trata especificamente de regras que não podem ser quebradas nem em casos extremos do conflito bélico sob pena de sanção aos países retificadores de tratados do gênero, como por exemplo, o Protocolo de Genebra de 1925, o Tratado de Proscrição de Armas Nucleares da América Latina, O Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares de 1996, entre outros. Já o direito de Genebra tem como arremate proteger as vítimas destes conflitos armados, principalmente pelas 4 convenções de Genebra de que ocorreram entre 1864 a 1949, que ampliou os direitos dos prisioneiros de guerra, explanando sobre trabalho de prisioneiros, cativos, entre outros tópicos em seus noventa e sete artigos.⁷¹

A Liga das Nações, também lutando contra a soberania absoluta dos Estados, vêm, após a Primeira Guerra, para promover a paz e segurança internacional. Trazia em sua convenção noções gerais sobre Direitos Humanos, direito de minoria e direito do trabalho, estabelecendo sanções aos países que não a cumprissem.⁷² Porém, para o professor COMPARATO, “não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias.”⁷³

Por último, a Organização Internacional do Trabalho de 1917, que contribuiu com o processo de internacionalização dos direitos humanos de maneira a promover garantias mínimas de condições de trabalho e bem-estar,

⁷⁰ Idem.

⁷¹ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 206-209.

⁷² PIOVESAN, Flavia. **Direitos...**, p. 107-147.

⁷³ COMPARATO, Fabio Konder. p. 210-215.

sendo que seu ponto de partida ocorreu após a Primeira Guerra, fase histórica em que os trabalhadores advinham de uma condição injusta de degradante em seus meios de trabalho.⁷⁴

Os três marcos na internacionalização dos direitos das pessoas ante Segunda Guerra têm a importância de romper com o conceito de Direito Internacional da época, que trazia apenas o Estado como sujeito Internacional, tornando este direito puramente intergovernamental. Aos poucos o ser humano, como indivíduo, apesar de não ser pacífico na doutrina, começa a dar sinal de deixar de ser um objeto e ganha contornos de Sujeito de Direito Internacional, detentor de direito e prerrogativas para sua própria proteção.

3.1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos – Período Pós Segunda Guerra

Se a Primeira Grande Guerra teve a ideologia de sua luta baseada na independência das nacionalidades e uma tentativa para se estabelecer a segurança conjunta com a paz internacional, a Segunda Guerra Mundial teve também um caráter de lutar pela paz mundial, porém explicitado nos Direitos Humanos, na defesa destes direitos básicos ao homem indivíduo.⁷⁵

O grande marco para a internalização e consolidação dos Direitos Humanos surge após a Segunda Guerra Mundial. Em um mundo barbarizado com as atrocidades cometidas pelo nazismo, em um Estado Alemão completamente totalitarista, os Estados sentem uma necessidade de

⁷⁴ PIOVESAN, Flavia. **Direitos...**, p. 107-147.

⁷⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Op. Cit., p. 217.

reconstrução dos Direitos Humanos, destruídos durante o período do genocídio.⁷⁶ Adolf Hitler, ditador da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, separou os seres humanos por raças, levando em consideração que alguns seres humanos merecem respeito e estima enquanto outros não. Com o intuito de sempre deixar a raça Ariana (designação preconceituosa que o ditador alemão usava para seu povo) “pura”, o Estado discriminatório e totalitário Nazista, se torna ainda um Governo genocida, que além de abolir o direito humano da igualdade, destrói o direito fundamental a vida.⁷⁷

Com todos estes fatores impulsionando a favor, há um consenso geral dos governos de uma necessidade de um processo de internacionalização, uma ação internacional mais eficaz na defesa dos Direitos Humanos, e de uma “deslegitimação” do Estado, acabando com o paradigma da soberania absoluta.⁷⁸

Deste modo o Tribunal de Nuremberg⁷⁹, embora tenha sua legitimidade questionada por parte da comunidade internacional, em 1945-1946, adiantou o processo, com o julgamento dos criminosos de guerra. Este Tribunal aplicou costumes internacionais para condenação criminal, uma novidade até então em termos de cortes internacionais, legitimando esta fonte de direito

⁷⁶ GEONÍNO, José. **A tortura e os Direitos Humanos na Segunda Guerra Mundial**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/genoio.htm> > Acesso em: 25 mar. 2008.

⁷⁷ ALMEIDA, Guilherme de Assis. **A Declaração dos Direitos Humanos de 1948: Matriz do Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Atlas. 2002, p. 13-23.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 107-130.

⁷⁹ *Tribunal de Nuremberg*: trata-se do julgamento dos principais criminosos nazistas da 2ª Guerra Mundial, que cometeram atrocidades contra os Direitos Humanos. A primeira de 403 sessões públicas inaugurou-se em 20 de novembro de 1945. SMITH, Bradley F. A implantação. In: _____. **O Tribunal de Nuremberg**. Rio de Janeiro: Cip-Brasil, 1979. p. 10-13.

internacional junto com os tratados. Por fim, o tribunal consolida a idéia de proteção internacional e limites de soberania estatal.⁸⁰

3.1.3 Carta das Nações Unidas

As Nações Unidas foram criadas com o surgimento desta nova ordem internacional pós-Segunda Guerra, com intuito de manter a paz, a segurança mundial e obter a cooperação entre Estados nos meios políticos, sociais e culturais, criando uma nova agenda internacional e respeitando os Direitos Humanos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.⁸¹

O documento criador da ONU, a Carta de San Francisco, traz em seu primeiro parágrafo direcionamentos aos Direitos Humanos:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade humana e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grande e pequenas (...)

⁸⁰ CARVALHO, Julio Marino de. A Configuração dos Direitos Humanos. In: _____. **Os Direitos Humanos no Tempo e No Espaço**. Brasília: Brasília, 1998, p. 51-55.

⁸¹ PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 29.

O parágrafo mostra o intuito das Nações Unidas, que no período pós-segunda guerra tinha a finalidade de renovar os princípios básicos dos direitos humanitários do mundo.⁸²

A ONU tem basicamente uma dupla função: a de proteção e a de elevação da dignidade humana. Do lado promotor tem-se projetos e tratados internacionais, como a Declaração Universal de 1948 e como os Pactos de 1966, sendo os deste ano sobre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Já pelo rumo protetor, tem objeto, tanto por ofício ou por denúncia, resolver e sancionar atos que violem os Direitos Humanos. No caso das denúncias existem três pré-requisitos para que estas sejam recebidas: que não seja insultante ou anônima, que os recursos internos do país tenham acabado e que o relato não seja objeto de procedimento internacional.⁸³

Para que as finalidades fossem cumpridas as nações unidas se dividiram em diversos órgãos. São eles: Assembléia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela e Secretariado, podendo a ONU criar novos órgãos se necessário.⁸⁴

Porém a Carta das Nações Unidas não traz elencados os Direitos Humanos, ou seja, não define as expressões “Direitos Humanos” e “liberdades fundamentais”, que serão definidas três anos após a criação da ONU, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Por conclusão, a Carta da ONU, veio a aperfeiçoar a internacionalização dos Direitos Humanos, e

⁸² ALMEIDA, Guilherme de Assis. Op. cit., p. 13.

⁸³ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 210-214.

⁸⁴ CARVALHO, Julio Marino de. Op. cit., p. 60-64.

principalmente finalizar o reconhecimento dos Direitos Humanos pelos Estados signatários.⁸⁵

3.1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Aprovada em 10 de dezembro de 1948, por 48 Estados, sem reservas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz um código de ética Universal para os Estados. Celebra direitos mínimos para com os quais, o ser humano, como indivíduo singular, possa se desenvolver física e intelectualmente, de modo universal, sem distinção de raça, religião e sexo. Não distingue cidadão pela nacionalidade, pois todos são cidadãos do mundo, delineando definitivamente o respeito à dignidade humana.⁸⁶

Para Guilherme Assis de ALMEIDA:

“A declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo. Seus 30 artigos têm como meta dois pontos essenciais que se completam mutuamente: incrustar o respeito da dignidade da pessoa humana na consciência da comunidade universal e evitar o ressurgimento da idéia e da prática da descartabilidade do homem, da mulher e da criança”⁸⁷

⁸⁵ PRONER, Carol. Op. cit., p. 29-30.

⁸⁶ HERKENHOFF, João Batista. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos**, Uma Idéia, Muitas Vozes. São Paulo: Santuário, 1998, p. 37-60.

⁸⁷ ALMEIDA, Guilherme de Assis. Op. cit., p. 14.

Dois são os motivos principais concorrentes para esta nova proteção internacional. De um lado o fim de algumas limitações jurídicas impostas no século XVIII, que diziam que havendo Constituição o direito já estaria assegurado. De outro lado o fim de um conceito absoluto de soberania, abrindo espaço para uma nova comunidade internacional e também ampliando o sítio dos Direitos Humanos.⁸⁸

Cita-se ainda a indivisibilidade dos Direitos Humanos, unindo os direitos civis e políticos aos direitos sociais econômicos e culturais, ou seja, unindo o valor da liberdade com a igualdade, valores sempre separados historicamente.

⁸⁹

No final do século XVIII, tanto a Declaração Americana, quanto à Declaração Francesa, respectivamente nos anos de 1776 e 1789, davam prioridade ao direito da liberdade, face ao abuso de poder da época. Em conclusão, a não atuação estatal dava liberdade, não havendo previsão para qualquer direito social ou econômico.⁹⁰

Após a Primeira Guerra Mundial temos uma mudança na gerência do Estado, pois com a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 na ainda República Soviética, o Estado passa a ser visto como transformador, com a inerência do direito da igualdade, fazendo do Estado um ente intervencionista e totalitário, deixando de lado valores democráticos políticos e sociais.⁹¹

⁸⁸ MORAES, Guilherme Braga Peña de. Direitos Fundamentais e Conceitos Afins. In:____. **Dos Direitos Fundamentais**, Contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997. p. 139-140.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ PIOVESAN, Flavia. **Direitos...**, p. 107-147.

⁹¹ Idem.

Dessa forma, a Declaração de 1948 ineditamente celebra este discurso liberal junto com discurso social, de modo dependente e indivisível. Assim, um direito só sobrevive com a proteção do outro, não havendo possibilidade de pensar em liberdade separada de justiça social. O princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política quanto singular da pessoa, sendo declarada nos artigos, VII, XIII XVI, XX, XXI, V. Já a igualdade está protegida e elencada pelo artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, decorrendo deste princípio à isonomia perante a lei, sendo clara a convenção no sentido de ser uma violação irreparável contra a dignidade humana ferir o princípio da igualdade, tratando o outro com desdém e inferioridade por diferença de etnia, costumes ou classe social.⁹²

Comenta Celso LAFER:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consagrada pela Assembléia da ONU (e que fez eco às Declarações que estão na base da Revolução Americana e Francesa), assinala a nova vis directiva. Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito de todo ser humano à hospitalidade universal, apontado por Kant no “Projeto de Paz Perpétua” e contestado na prática pelos refugiados, pelas apátridas, pelos deslocados, pelos campos de concentração e pelo genocídio, só começaria a viabilizar-se se o direito a ter direitos tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade.⁹³

⁹² COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 225-230.

⁹³ LAFER, Celso. **A Reconstrução Dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, p. 169-185.

Pela primeira vez em toda história dos Direitos Humanos, um “sistema de princípios fundamentais da conduta humana” ⁹⁴ foi aceito pela maioria dos governos e homens do planeta, havendo uma certeza de que a maioria da humanidade partilha de valores comuns, ou seja, a universalidade dos valores. Porém a Declaração é apenas o início da solução do problema, pois além de declarar os Direitos Humanos, é preciso impetrar modos de proteção a esses direitos. ⁹⁵

Explana sobre a importância dos direitos inseridos na Declaração de 1948, o professor Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO: “(...) nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição de discriminações, os direitos a vida e a segurança (...), a liberdade de ir e vir, direito de propriedade, liberdade de pensamento e crença, (...), e também direitos novos como direito de asilo, (...) enfim, num resumo de todos estes, o direito a um nível de vida adequado (...).” ⁹⁶

Tem ela uma destinação universal, um ideal que deve ser atingido por todas as nações, elevando o indivíduo a sujeito de direito internacional, independente da cultura. Porém ainda hoje há alguns problemas quanto à aceitação, por exemplo, de alguns países Muçulmanos e Estados totalitários, em face da inspiração ocidental da Declaração. Quanto aos muçulmanos, por exemplo, a problemática se finda na não discriminação pelo sexo, devido ao grande preconceito em que as mulheres do oriente sofrem, modos de validação de casamento, e a alguns castigos cruéis presentes na cultura desta religião. Já os Estados totalitários encobrem algumas violações atribuindo-as

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 46.

⁹⁵ Ibidem. p. 49.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de Weimar e os Direitos Sociais. In: _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 53.

a cultura, e a tradições milenares.⁹⁷ Da mesma forma que países democráticos e favoráveis à Declaração de 1948 continuam a violar os Direitos Humanos.

Apesar de não ser um tratado, a Declaração de 1948, tem hierarquia jurídica obrigatória e vinculante, pois, ao longo de 50 anos, se transformou em regra *jus cogens*⁹⁸. Tecnicamente é apenas uma recomendação aos seus membros, porém, ensina o professor COMPARATO: “(...) que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional também é constituído pelos costumes e os princípios gerais de direito, (...) os direitos definidos na Declaração de 1948, correspondem integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas de direito internacional (...)”⁹⁹. Assim, a Declaração de 1948 se tornou ao longo de sua vigência obrigatória e vinculante a todos países, indiferente de serem signatários ou não da Convenção.

3.2 OS CONCEITOS DE DIREITOS HUMANOS

3.2.1 Terminologia e Conceituação

⁹⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. A Carta Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997. p. 26-32.

⁹⁸ Sobre *jus cogens* ensina MAZUOLLI “os tratados de direitos humanos têm superioridade hierárquica em relação aos demais acordos internacionais de caráter mais técnico, pois formam todo um universo de princípios não convencionais imperativos, chamados de *jus cogens*, que não podem ser derogados por tratados internacionais, por deterem uma força obrigatória anterior a todo o direito positivo. Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, assim, têm o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é Direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter. Dessa forma, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com esta norma se tornarão nulos e terminarão”. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>>. Acesso em: 29 ago 2008.

⁹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 222-224.

A terminologia dos Direitos Humanos, bem como sua distinção com outros termos como direitos individuais, direitos naturais é discutida por alguns autores, como por exemplo, José Castan TOBEÑAS:

(...) la carácter derechos humanos que hoy predomina, es una categoria de contornos amplios e imprecisos, capaz de ser aceptada y asumida por las ideologías más diversas y contrapuestas. En ella existe, sin embargo, un contenido mínimo que la define. Ese contenido, carácter de aceptado, es la idea de unos atributos o exigencias que el hombre, en cuanto sujeto de las relaciones sociales, proyecta sobre éstas con carácter condicionamente y constrictivo, y cuya fuerza es reconocida por la generalidad de los hombres.

100

Concordando com a idéia de que a expressão Direitos Humanos trata de uma maneira genérica vários direitos inerentes ao homem, “sendo independente de uma ordem jurídica de um Estado”, ¹⁰¹ tem-se o Guilherme Braga Peña de MORAES, que explica a distinção entre direitos fundamentais e Direitos Humanos:

(...) Direitos Humanos são conceituados como faculdades e instituições de Direito Natural que, em um determinado tempo e lugar, concretizam as exigências nascias de liberdade, dignidade e igualdade humanas, sendo objeto de positivação nas Declarações de Direitos Internacionais, enquanto no plano interno, deveriam ser objeto de positivação nas Constituições, mas não foram. Ao contrário, os direitos fundamentais devem ser entendidos como Direitos Humanos reconhecidos e garantidos, no plano interno, pela Constituição. ¹⁰²

Ainda, entre a diferenciação de Direitos Humanos e direitos fundamentais explana COMPARATTO:

(...) entre direito humanos e direitos fundamentais. Estes últimos são os Direitos Humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os Direitos Humanos positivados nas Constituições,

¹⁰⁰ CASTAN TOBENAS, José. Los Derechos Del Hombre apud BACILA, Carlos Roberto. **Polícia X Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: JM, 2002 p. 25.

¹⁰¹ BACILA, Carlos Roberto. Op. cit., p. 28.

¹⁰² MORAES, Guilherme Braga Peña de. Op. cit., p. 139-140.

nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os Direitos Humanos ainda não declarados em textos normativos.¹⁰³

Assim se poder entender que os Direitos Humanos seriam uma categoria genérica, já os direitos fundamentais uma classe dessa generalidade.¹⁰⁴

Por outro lado, o professor José Francisco de Assis DIAS pensa de forma diferenciada. Para ele os Direitos Humanos estão inseridos nos direitos fundamentais, sendo uma subdivisão: “(...) são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que competem universalmente a todos seres humanos (...) quatro são as classes de direitos fundamentais: os Direitos Humanos, os direitos públicos, os direitos civis e os direitos políticos”.¹⁰⁵

O Professor CANOTILHO traz em seus estudos separações simples para todos estas terminologias. Desta maneira têm-se os direitos do homem, pertencentes ao homem pelo simples direito de ser humano, e os direitos do cidadão, pertencentes ao homem quanto ser social. Direitos naturais são inerentes ao homem e anteriores ao contrato social e direitos civis, que advém de Constituições e leis avulsas. Direitos fundamentais se confundem com os Direitos Humanos por trazerem a idéia de requisitos necessários para uma sobrevivência do indivíduo.¹⁰⁶

Separações e divisões que acabam tendo apenas um fim didático, pois, para fins gerais é importante lembrar que os Direitos Humanos devem ser protegidos e

¹⁰³ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 57-58.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ DIAS, José Francisco de Assis. Ambigüidades Conceituais e o Problema do Fundamento. In:____. **Direitos Humanos, Fundamentação Onto-Teleológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005, p. 125-135.

¹⁰⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Sistema, Estrutura e Função dos Direitos Fundamentais. In:____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2002, p. 391-395.

discutidos sempre, como finalidade sua evolução, e o enriquecimento de seus valores.

Para o Professor Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO¹⁰⁷ os direitos fundamentais inseridos pela Declaração de 1948 podem ser divididos em de primeira geração - as liberdades - e os de segunda geração – os direitos sociais.

Deixando para trás a parte relacionada à terminologia dos Direitos Humanos, incluem-se neste momento do trabalho algumas conceituações dos Direitos Humanos.

O indivíduo, apenas por ser do gênero humano já é titular dos Direitos Humanos. Direitos esses inalienáveis e imprescritíveis, necessários para o desenvolvimento de cada um não havendo valoração de raça, cor, credo, idade, etc. Cabe ao Estado, além do próprio sujeito protegido, defender esses interesses individuais, sob interesse de ter-se uma sociedade organizada e livre.¹⁰⁸

Já André de Carvalho RAMOS ensina que os Direitos Humanos em um conceito geral: “(...) um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano, baseada na liberdade e na dignidade (...)”, e visando um prisma internacional, “(...) são tratados de Direitos Humanos aqueles que contém normas de proteção aos direitos fundamentais (...) quer o conteúdo seja de primeira segunda ou terceira geração”.¹⁰⁹

Já a professora Carol PRONER¹¹⁰, traz uma visão mais modernizada deste conceito, baseada em Joaquin Herrera FLORES, onde os Direitos Humanos determinam um conjunto de idéias e relações sociais, que determinam um certo

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit, p. 53.

¹⁰⁸ CARVALHO, Julio Marino de. Op. cit., p. 49.

¹⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad. 2001. p. 27-35.

¹¹⁰ PRONER, Carol. Op. cit., p. 48-49.

momento na história, trazendo uma crítica integradora, crítica e contextualizada dos Direitos Humanos.

Estas são algumas das várias citações para delinear os direitos humanos tendo outras conceituações não menos importantes que merecem citação, como por exemplo as dos professores Alexandre de MORAES¹¹¹, Dalmo de Abreu DALLARI¹¹², e Julio Marino de CARVALHO¹¹³.

Por fim, os Direitos Humanos têm uma sistemática diferenciada de outros ramos do direito, pois não há uma substituição desses direitos ao passar dos anos, apenas uma interação de gerações, sempre girando em torno dos princípios da igualdade e da liberdade. Essa característica se verifica neste direito das pessoas por ser único e indivisível, tratando sempre do ser humano independente de cultura, cor ou credo.¹¹⁴

3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo PIOVESAN, os meios de proteção dos Direitos Humanos podem ser gerais, como por exemplo, os pactos da ONU de 1966, onde qualquer pessoa será beneficiada, ou específicos, tratando de casos à parte da sociedade, tentando dizimar as diferenças, como um tratado específico de proteção a crianças nas

¹¹¹ Para MORAES Direitos Humanos são “(...) conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.” MORAES, Alexandre de. Teoria geral. In: _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 39

¹¹² Para DALLARI Direitos Humanos são “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

¹¹³ O Professor Julio Marino de CARVALHO conceitua Direitos Humanos “(...) substratos da própria textura humana, como protetores supralégais de sua estrutura física, moral, psicológica e espiritual e propugnadores da liberdade individuais”. CARVALHO, Julio Marino de. Op. cit, p. 50.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 130-145

favelas do Rio de Janeiro. Esses meios ainda podem se regionalizar, havendo complementos para convenções internacionais, especificando a proteção da pessoa de acordo com cada região no mapa, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹⁵

Apesar da globalização e seus efeitos trazerem benefícios aos seres humanos, e mesmo com a facilidade na transmissão de conhecimentos e informações, hoje os Direitos Humanos sofrem de uma falta de conscientização mundial. Verifica-se que os mesmos Direitos Humanos que eram violados antes da internacionalização dos Direitos Humanos com a Declaração de 1948 são cruelmente infringidos na atualidade.

Este desenvolvimento gera exclusão social, a medida que a globalização atinge regiões de maneiras diferenciadas, afetando na liberdade de cada um. Liberdade essa, que não se trata de liberdade física, e sim a liberdade de poder requerer prestações do Estado. Esse desenvolvimento, unido com a globalização, traz promessas para melhorar a vida do ser humano, mas por outro lado acaba trazendo mais miséria e pobreza, junto com valores como competitividade, egoísmo e o fator consumo.¹¹⁶

O mundo encontra-se em crise. Temos uma crise baseada em uma desordem tanto na esfera interior estatal, quanto na esfera internacional. Desordem no ramo dos Direitos Humanos em face de um capitalismo, não simplesmente como modelo de economia, mas como uma forma de vida em sociedade. Forma esta, egoísta e excludente, sempre em razão do mercado, onde apenas o que tem preço tem valor

¹¹⁵ Ibidem, p. 140-145.

¹¹⁶ BARBOSA, Leila Carioni. Direitos Humanos, Exclusão Social e Globalização. In: **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. BARBOSA, Leila Carioni; ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organiz.). Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 83-90.

social. O resultado deste jogo de interesses monetários traz prejuízo as populações menos favorecidas e sem proteção no mundo todo.¹¹⁷

Com o avanço da tecnologia, mais avanços nas mais diversas áreas, tem-se um novo panorama de preocupações em relação aos Direitos Humanos. Uma nova explosão de desempregos atinge o planeta, pois a ciência econômica atual vê o labor como bem secundário no processo de produção. Problemas sanitários e na área da saúde, principalmente com o avanço da AIDS, em 95 (noventa e cinco) por cento dos infetados vivem em países pobres e marginalizados.¹¹⁸ Falta de segurança na área ecológica, visto que se as coisas continuarem como estão, boa parte dos recursos naturais não estarão presentes para uma próxima geração. Em vez de uma comunidade internacional solidária contra a miséria, vemos uma humanidade subordinada aos interesses políticos e econômicos das grandes potências.¹¹⁹

Vendo desta maneira, os países de terceiro mundo, em destaque, estão em uma situação complexa, criando certas condições sociais que provocam e facilitam o Estado soberano a fazer abusos contra o indivíduo e suas garantias como sujeito internacional de Direitos Humanos. Condições sociais como a miséria do povo, uma grande violação dos Direitos Humanos.¹²⁰

Professor COMPARATO enumera a questão da soberania mundial americana como um dos principais problemas na recente evolução dos Direitos Humanos:

¹¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 532-540.

¹¹⁸ Ibidem, 529-532.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ HERKENHOFF, João Batista. Dinâmica da idéia de Direitos Humanos, separação do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos como formulada em 1948. In: _____. **Direitos Humanos, A Construção Universal de uma Utopia**. São Paulo: Santuário. 1997, p. 16.

O acesso dos Estados Unidos à condição de potência hegemônica mundial, após o esfacelamento da União soviética, constitui séria ameaça à reorganização das relações internacionais num sentido comunitário. O último tratado internacional de Direitos Humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966 (...) a partir daí os Estados Unidos vêm se recusando, sistematicamente, a se submeter às normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, pois considerarem que isto implica uma limitação de sua soberania.¹²¹

O não interesse a cooperação internacional face ao capitalismo também é citado pela professora Carol PRONER:

“Não interessa ao sistema econômico mundial a existência de tribunais internacionais com o poder de decisão (supranacional) a respeito de assuntos tais que possam denunciar as fontes de desigualdade na distribuição de riqueza a ponto de abalar a legitimidade do sistema (...) em nome do princípio da não intervenção, em nome da segurança e autonomia nacional”.¹²²

Na atualidade, não é possível se ter uma certeza da conscientização mundial aos Direitos Humanos. É possível definir que os Direitos Humanos vão sendo difundidos em convenções, congressos entre outros.¹²³ **Porém a realidade é que a proteção dos Direitos Humanos acaba ficando apenas no papel para grande parte da população mundial. Segundo dados, morrem, a cada hora, 1.500 crianças por desnutrição. É sabido por todos que pessoas são presas, torturadas e assassinadas todos os dias, entre outras atrocidades cometidas em desfavor aos Direitos Humanos.**¹²⁴

¹²¹ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 532.

¹²² PRONER, Carol. Op. cit., p. 188-195.

¹²³ Ibidem, p. 175-188.

¹²⁴ Idem.

O reconhecimento dos Direitos Humanos pelo Estado soberano é muito importante para consolidação e segurança destes, porém nada garante que o direito de uma minoria dominante adentre na Constituição. Desta forma temos a necessidade de um argumento mais concreto além para vigência dos Direitos Humanos do que a organização estatal. É necessária uma “consciência ética e coletiva”, ou seja, que a população entenda e respeite a dignidade da pessoa humana em todos seus aspectos, ainda que não positivadas.¹²⁵

Os Direitos Humanos devem sempre ser visto de maneira prática, ou seja, inseridos num contexto social, cultural e político e ideológico, pois estão em constante modificação. A professora Carol PRONER ensina:

Os Direitos Humanos não são categorias normativas que existem no mundo ideal, imutáveis, à espera para serem postos em prática por meio da ação social. Estão em constante criação e recriação à medida que o sujeito atua no processo de construção social da realidade. Essa concepção de direito se opõe às demais concepções que tendem a reificar as relações sociais sem se preocupar com a realidade mesma. A interpretação dos Direitos Humanos passa a ser fundamental para desvelar concepções abstratas, que tendem a separar o mental do corporal, privilegiando o primeiro e prejudicando ou inibindo a tomada de ação para a construção de novos direitos(...)¹²⁶

Os tratados de Direitos Humanos consagram valores comuns superiores a outros tipos de tratados, devendo assim ser valorados e aplicados de modo singular, não havendo espaço neste âmbito para revogação de um tratado

¹²⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 57-59.

¹²⁶ PRONER, Carol. Op. cit., p. 40.

desta espécie por uma lei interna. Os problemas de ordem interna não passam de um simples fato, não podendo haver escusas de responsabilidade dos Estados signatários. O cumprimento e a seguridade destes tratados de Direitos Humanos deve ser feito sim por órgãos internacionais, mas concorrentemente com os órgãos estatais internos de cada nação.¹²⁷

Ao mesmo tempo em que se possibilita aos Estados a criação de Direitos Humanos para sua maior proteção, de outro ponto de vista, com esta característica, o Estado podem suprimir estes direitos a ponto de deixá-los inaptos a proteção do indivíduo. Assim é necessário encontrar um fundamento para proteção dos Direitos Humanos além da organização estatal. Isto só será alcançado com uma consciência ética coletiva, quebrando as barreiras da soberania estatal.¹²⁸

Os tratados de Direitos Humanos só tendem a beneficiar os indivíduos, sendo este seu único propósito, fazendo desta maneira um sistema integrado. Integrado, pois, os atos internos de cada Estado estão sujeitos a supervisão internacional. Se não temos avanços significativos até este momento, não cabe botar a razão nos obstáculos jurídicos, e sim na falta de vontade do Estado em promover os Direitos Humanos. Porém esta vontade não há como ser imposta, é necessária uma conscientização do poder público, sem a qual pouco resolve evoluir os mecanismos de proteção para este direito.¹²⁹

Outro problema, agora de âmbito institucional, é o desequilíbrio de poderes entre o Conselho de Segurança e o Conselho Econômico Social. O primeiro problema é que o Conselho de Segurança dotado de poderes para ações “prontas e

¹²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado....**, p. 437-445.

¹²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 58-61.

¹²⁹ Ibidem, p. 444-445.

eficazes” sempre pára no *poder do veto*¹³⁰. E ainda a atribuição de decretar plano para os membros da ONU, em relação à regulamentação de armas (artigo 26 da Carta de 1945), jamais teve nenhum tipo de desenvolvimento. Por outro lado, em relação ao poder distinto entre os dois órgãos, é importante que o Conselho Econômico Social deixe de ser um órgão de recomendações e se torne um órgão com competência para decisões e supervisões.¹³¹

É necessária uma reestruturação para uma consciência, que para garantir direitos humanitários possa se opor invariavelmente ao capitalismo, e à esse espírito individualista excludente, trazendo um sentimento solidário a comunidade internacional. Uma nova justiça deve ser feita, a começar pelos Estados, em programas de ação governamental e políticas públicas. Porém um Estado enfraquecido pela subordinação ao capital privado não tem essa força. Mais um ponto para se demonstrar a natureza anticapitalista dos Direitos Humanos.¹³²

De maneira semelhante explana PRONER, caracterizando esta reestruturação ao Cosmopolismo¹³³ normativo:

A perspectiva do Cosmopolismo normativo destaca, como principal característica, a importância dada a regulamentação dos Direitos Humanos no plano internacional mediante declarações e, principalmente, mediante pactos que estabeleçam e garantam Direitos Humanos. Tal regulamentação depende, para ser efetiva, do comprometimento do Estado na proteção dos direitos convencionados e no cumprimento das decisões (recomendações ou sentenças) emitidas por órgãos supranacionais de defesa de Direitos Humanos.¹³⁴

¹³⁰ *Poder de veto*: os membros permanentes da ONU tem esse poder de vetar ações, face o artigo 27 parágrafo 3º da Carta das Nações Unidas.

¹³¹ COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 548-549.

¹³² Ibidem, p. 540-542.

¹³³ Cosmopolismo: além do cosmopolismo normativo explicado acima, temos o cosmopolismo de valores, que implica na irradiação pelo globo dos valores humanos baseando-se no diálogo entre culturas pela conscientização dos indivíduos e o cosmopolismo institucional que se entende pela democratização da estrutura global e sua principal instituição no âmbito dos Direitos Humanos, a ONU. PRONER, Carol. Op. cit., p. 191-192.

¹³⁴ Idem.

Este tópico não quer explicar exaustivamente sobre a nova visão, métodos de proteção e alcance¹³⁵ das normas de Direitos Humanos na contemporaneidade, apenas traz um conjunto de idéias de parte da doutrina, para melhor entendimento da importância na proteção dos Direitos Humanos na atualidade.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

¹³⁵ Quanto ao alcance das normas de Direitos Humanos, a doutrina analisa e se divide em duas correntes, o Relativismo e o Universalismo. Relativismo é uma corrente teórica que delimita o alcance dos Direitos Humanos. Para os relativistas o direito está ligado a política, a moral e a cultura de cada país isoladamente, assim sendo, cada país têm seus próprios Direitos Humanos. Deste modo não há como ter uma moral Universal, ou ainda, uma Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para os relativistas a universalidade simboliza uma “arrogância” do ocidente, tentando dissipar a sua cultura em países de diferente moral e costumes. Por outro lado, há a corrente dos universalistas, que busca proteção geral e universal dos Direitos Humanos. Teóricos estes que fundamentam sua tese na Convenção de Viena, que em seu artigo 5º, explica que, em se tratando de proteção de Direitos Humanos, devem ser verificadas sempre as particularidades de cada Estado, nunca excluindo seus próprios costumes próprios. PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 255-277.

Para Boaventura de Souza SANTOS, os Direitos Humanos devem superar essa discussão entre universalismo e relativismo, adentrando no campo do multiculturalismo, como o próprio autor ensina, “é a pré condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de Direitos Humanos do nosso tempo. SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 39, p. 112, 1997.

Já a professora Carol PRONER, baseada no posicionamento do professor Herrera FLORES, entende de maneira semelhante a Boaventura sobre o multiculturalismo. PRONER ensina: O particularismo ou o multiculturalismo evidencia a absolutização da diferença, do relativo, (...) que somente se encontrariam no infinito das diferenças culturais. (...) um universalismo que negue o universal como ponto de partida ou como ponto de desencontro e que considere como existente apenas enquanto processo. (...) seria possível aproximar-se de um universal válido na luta por Direitos Humanos indistintamente entre as mais diferentes culturas e sociedades. PRONER, Carol. Op. cit., p. 44-45.

Sobre o Multiculturalismo ensina REIS: “No Multiculturalismo existe a convivência em um país, região ou local de diferentes culturas e tradições. Há uma mescla de culturas, de visão de vida e valores. O multiculturalismo é pluralista, (...) pois aceita diversos pensamentos sobre o mesmo tema, abolindo o pensamento único. Há o diálogo entre culturas diversas para a convivência pacífica e com resultados positivos de ambas.” REIS, Marcos Vinícius. **Multiculturalismo e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2008.

Com o advento da Constituição de 1988 houve, segundo parte da doutrina, uma modificação significativa quanto à internalização dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial pelo parágrafo 2º do artigo 5º na Carta Magna de 1988. Para esta parte da doutrina, os tratados de Direitos Humanos deverão ser inseridos no direito brasileiro com “status” de norma constitucional. De outro lado, outras correntes não concordavam com esta hierarquia constitucional dada aos tratados de Direitos Humanos, considerando-os infraconstitucionais ou páreos as normas federais.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu na Constituição de 1988 o parágrafo 3º ao artigo 5º. O que deveria ser uma resolução de problemas em relação aos tratados trouxe novas dúvidas, em especial aos tratados que foram acordados antes da emenda.

4.1 TRATADOS INTRODUTORES DE NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

Os tratados internacionais podem vir a ter, segundo a professora Flavia PIOVESAN¹³⁶, três tipos de impacto no ordenamento jurídico brasileiro quando ratificados. Primeiramente podem coincidir com os direitos da Constituição, ou seja, a Constituição traz fielmente preceitos de tratados internacionais, como por exemplo, o disposto no artigo 5º inciso III, da CF, retirado da Declaração de 1948. Podem ainda incorporar algo novo aos direitos constitucionalmente previstos, onde o direito de modo genérico já está no ordenamento brasileiro, porém o tratado traz inovações e melhorias à matéria específica do direito internacional das pessoas. A terceira hipótese traz o conflito entre o Tratado

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos...*, p. 70-82.

Internacional de Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. É neste caso onde reside a discussão doutrinária sobre a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, tinha-se discussão doutrinária sobre a hierarquia dos tratados de direitos no ordenamento jurídico interno que permanece até hoje no nosso sistema, principalmente face ao artigo 5º parágrafo 2º da Constituição.

O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal versa:

(...)^{2º}: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem* outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais* em que a República Federativa seja parte.

Para chegar-se ao entendimento de que os tratados de Direitos Humanos têm hierarquia constitucional, deve-se interpretar sistematicamente este dispositivo em conjunto com este parágrafo do artigo 5º, outros dispositivos constitucionais como por exemplo o parágrafo 1º do artigo 5º, os caputs dos artigos 6º e 7º, e ainda parte dos quatro primeiros artigos da Constituição, sem desconsiderar todos os princípios implícitos ligados aos Direitos Humanos:¹³⁷

¹³⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Incorporação da Norma Internacional, Hierarquia e Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno. In: _____. **Constituição e direito internacional**. Cedências Possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 201-205.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

II - prevalência dos Direitos Humanos;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...).

Os caputs do artigo 6º e 7º abordam os direitos sociais, inseridos no rol dos Direitos Humanos. Já em seus quatro primeiros artigos, em especial no Artigo 4º inciso II, a Constituição versa sobre a prevalência e a proteção dos Direitos Humanos, entre outros princípios básicos. Já o parágrafo 1º do artigo 5º merece atenção especial:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Entende-se neste dispositivo que há a aplicação imediata a todos os direitos fundamentais. Os Direitos Humanos são objetivamente direitos fundamentais, tendo eles, em face deste dispositivo, aplicação imediata no

ordenamento brasileiro, não necessitando de qualquer outra formalidade legislativa além da sua ratificação.¹³⁸

A interpretação sistemática destes dispositivos que garantem a hierarquia constitucional e a aplicabilidade imediata dos tratados de Direitos Humanos têm como base o princípio da máxima efetividade das normas Constitucionais¹³⁹. Desta forma deve se interpretar os dispositivos referentes a internalização dos Direitos Humanos de modo a garantir o máximo de proteção a estes direitos.¹⁴⁰

Verificando estes dispositivos constitucionais, fica mais claro o entendimento de que o parágrafo 2º do artigo 5º trata especificamente de tratados internacionais de Direitos Humanos.

Desta interpretação ensina o professor PAGLIARINI: “(...) então os tratados internacionais de Direitos Humanos são uma forma anômala de introdução de normas constitucionais acerca deste tema, independente do processo tradicional de emendas constitucionais previstos (...).¹⁴¹

Outros doutrinadores tem o mesmo entendimento de PAGLIARINI, como por exemplo MAZUOLLI¹⁴², SOARES¹⁴³, LIMA,¹⁴⁴ e PACÍFICO¹⁴⁵.

¹³⁸ Ibidem, 202-207.

¹³⁹ Princípio da máxima efetividade das normas Constitucionais: princípio que versa que a interpretação feita de uma norma fundamental deve atribuir o máximo de capacidade de normatização de regulamentação. A Constituição deve ser interpretada de modo a realizá-la, nunca retirando o alcance da regra. PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 81-83.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. cit, p. 204.

¹⁴² Doutrina MAZUOLLI: “(...) diz respeito à referência aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Tal modificação, referente a esses instrumentos internacionais, além de ampliar os mecanismo de proteção da dignidade humana, veio também a reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos Direitos Humanos (...)”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Constituição Brasileira de 1988 e a normatividade Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos e Cidadania**. Campinas: Minelli. 2005, p. 72.

¹⁴³ Ensina SOARES: “no caso da proteção dos Direitos Humanos, contudo, houve uma intenção do Poder Constituinte em privilegiar os tratados internacionais (...) de tal fato, resultaria que o País passou a alinhar-se entre aqueles que concedem a primazia aos tratados internacionais sobre

Ainda sobre esta inovação da Constituição de 1988 ensina Cançado

TRINDADE:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção aos Direitos Humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos Direitos Humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁴⁶

Outro caráter especial dos tratados de Direitos Humanos que acrescentam mais argumentos a hierarquia constitucional é ensinado por

PIOVESAN:

Direitos Humanos no relativo a eventuais contrastes normativos com a legislação infraconstitucional doméstica". SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit, p. 239.

¹⁴⁴Ensina LIMA: "(...) os direitos garantidos nos tratados humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais". LIMA, Sérgio Mourão Correa Lima. Estrutura Hierárquica dos Tratados. In: _____. **Tratados Internacionais No Brasil e Integração**. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

¹⁴⁵PACÍFICO ensina: "Ademais, a Constituição de 1988 revela a prevalência dos Direitos Humanos sobre o Direito Interno e Internacional (...) e dos Direitos Humanos que possuem primazia sobre a Ordem Jurídica Nacional". PACÍFICO, Andréa Pacheco. **Os Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 31.

¹⁴⁶CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado...**, p. 407-408.

(...) os tratados de Direitos Humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*. (...) tendo em vista que os Direitos Humanos mais essenciais são considerados parte dos *jus cogens* é razoável admitir-se a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em relação aos demais tratados internacionais.¹⁴⁷

As garantias individuais provenientes de tratados de Direitos Humanos apesar de ter caráter e hierarquia constitucional não são propriamente incluídas na Constituição. Elas são incluídas no chamado Bloco de Constitucionalidade, ou seja, estão presentes e são protegidas pelo ordenamento jurídico de maneira diferenciada no sentido formal.¹⁴⁸

Esta abertura na Constituição, relativa a introdução dos Direitos Humanos neste Bloco de Constitucionalidade, deve-se à não pretensão de completude da Constituição, ou seja, a Carta Magna deve ser vista como uma “ordem fundamental e aberta à comunidade”.¹⁴⁹

O abrigo dos Direitos Humanos no Estado brasileiro requer uma abertura tanto interpretativa quanto legislativa. Essa abertura deve deixar de lado paradigmas da soberania Estatal e o conservadorismo político, ou seja, inserindo o Brasil em um mundo globalizado e cooperativo, e deixando para trás o entendimento conservador do Superior Tribunal Federal, dando aos tratados de Direitos Humanos acolhimento de norma constitucional e

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 87-90.

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e Cidadania...*, p. 78-79.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 79-80.

aplicabilidade imediata, tendo o amparo necessário para o direito humanitário.¹⁵⁰ Como ensina MAZUOLLI: “Aceitar o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos com hierarquia igual ou superior à das normas constitucionais significa, ao contrário do que pensam os autores adeptos da soberania absoluta, deixar a Constituição mais intensa e com melhor aptidão para operar com o direito internacional”.¹⁵¹

Esta parte da doutrina que garante aos Direitos Humanos hierarquia constitucional classifica em três os tipos as garantias e os direitos individuais: os expressos na Constituição pelo artigo 5º em especial, os implícitos pela interpretação de normas garantidoras e os inscritos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Isto complementa a integração das garantias advindas de tratados de Direitos Humanos ao rol Constitucional.¹⁵²

Quanto um possível conflito ou colisão da norma do tratado de Direitos Humanos com a norma constitucional explica PAGLIARINI:

(...) o tratado não revogará norma constitucional, sendo a recíproca verdadeira, pois o que se verifica é o afastamento da aplicabilidade de um ou de outra; os direitos fundamentais originariamente postos na Carta pelo Constituinte ou, depois incluídos por tratados, não podem sofrer restrição nem ser extintos; tratados de Direitos Humanos são veículos introdutórios de normas constitucionais (...) se o tratado de Direitos Humanos for mais generoso do que a norma constitucional

¹⁵⁰ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. cit., p. 206-207.

¹⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Cidadania...**, p. 86.

¹⁵² Ibidem, p. 74-77.

preexistente então aplica-se o tratado, ao passo que se a mais generosa for a norma da Carta, então aplica-se esta última.¹⁵³

Um exemplo claro que alguns doutrinadores oferecerem sobre este conflito de norma constitucional e tratado de Direitos Humanos é entre o artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica e o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Brasileira. O artigo 11 do pacto versa que “ninguém pode ser preso por dívidas, a não ser no caso de inadimplemento de pensão alimentícia”. Já o inciso da Constituição diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia e do depositário infiel”. Dois dispositivos tratando da mesma matéria, onde o Supremo Tribunal Federal anteriormente julgou que se aplica a norma interna brasileira, alegando a paridade entre Norma Federal e tratado internacional, posição esta que será vista mais adiante, inclusive com o voto do Ministro Celso de Mello de 12 abril de 2008, que muda sua posição sobre o caso.¹⁵⁴

Segue alguns exemplos, para ilustração, de tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso e ratificados pelo governo brasileiro: Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura (1989), Convenção Sobre Direitos da Criança (1990), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992), Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), A

¹⁵³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Op. cit., p. 208.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 210.

Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores em 1997, entre outros.¹⁵⁵

Por fim, no direito brasileiro não há como se falar em denúncia dos tratados de Direitos Humanos, ou seja, da retirada destes tratados da ordem jurídica Brasileira. Como já explicado, os tratados de Direitos Humanos têm status constitucional, e desta maneira, são protegidos pelo parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, que protege as cláusulas pétreas, não podendo ser elas modificadas por poder constituinte derivado.¹⁵⁶ Assim, por esta parte da doutrina, não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a constitucionalidade destes tratados, atribuição dada a Constituição para o Tribunal de julgar inconstitucional tratados que violem a Constituição, pelo artigo 102, III, b, face o gozo dos tratados em ter hierarquia constitucional.¹⁵⁷ Não se pode olvidar que esta não é a posição do Supremo Tribunal Federal é apenas uma tese da doutrina. Para a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, o mesmo tem a competência para julgar a constitucionalidade de qualquer tratado internacional.

Em relação à hierarquia infraconstitucional dos tratados que não tratem de Direitos Humanos há grandes divergências doutrinárias, valendo ressaltar que sua interpretação vem do artigo 102, inciso III, letra b da Constituição, que confere ao STF a competência de julgar por recurso extraordinário e declarar se necessário a inconstitucionalidade de um tratado. Porém mesmo com a hierarquia infraconstitucional deve-se ressaltar que parte da doutrina entende que tratados considerados “comuns” têm hierarquia supralegal, face ao

¹⁵⁵ Ibidem. p. 209.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 212.

¹⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Cidadania...**, p. 78-79.

princípio da boa-fé do direito internacional, de acordo com o artigo 27 da convenção de Viena, que proíbe que os países invoquem direitos internos para justificativa de não cumprimento de um tratado, lembrando que este entendimento não é pacífico.¹⁵⁸

Porém nem toda a doutrina entende desta maneira em relação à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos. Até este ponto do trabalho foi explanado sobre parte da doutrina que acredita que os tratados de Direitos Humanos têm hierarquia Constitucional. Tem-se no país doutrinadores que entendem de maneira diferenciada esta internalização destes tratados de Direitos Humanos, separados e exemplificados neste trabalho em outras três correntes que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de Direitos Humanos; b) a hierarquia infraconstitucional, porém supralegal. c) a de paridade entre tratado e lei federal.¹⁵⁹

Da corrente que vê os tratados de Direitos Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45, com hierarquia supraconstitucional, temos André Gonçalves PEREIRA e Hildebrando ACCIOLY, que ensinam de modo geral que, esta supremacia precede de algo superior à vontade do Estado, pois se trata da concretização do princípio da *pacta sunt servanda*, e pela noção de unidade dos Direitos Humanos em favor a sua proteção. A própria Constituição no seu artigo 5º, parágrafo 2º, com a expressão “não excluem”, em face da interpretação de máxima efetividade, deve ser entendido que os tratados de Direitos Humanos se sobressaem às normas Constitucionais.¹⁶⁰

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flavia. *Direitos...*, p. 83.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p. 91-92.

De outro lado tem-se a corrente que defendia a hierarquia infraconstitucional, porém supra legal destes tratados, onde merece referência o voto do Ministro GILMAR MENDES:

(...) os tratados de Direitos Humanos (...) também seriam dotados de um atributo de supra-legalidade. Em outros termos, os tratados sobre Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.¹⁶¹

Por fim temos o entendimento de paridade entre tratados e normas internas, onde a doutrina que entende desta maneira, e tem como prevalência o voto do Ministro Moreira ALVES, que deu prevalência à legislação interna em desfavor do Pacto de San José da Costa Rica:

(...) é pacífico na jurisprudência desta corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105,III, da Constituição que capitulo como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre em relação à lei infraconstitucional a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado a nossa ordem jurídica posteriormente a Constituição de

¹⁶¹ Recurso Especial nº 466.233/SP, Ministro Relator Cezar Peluzo, 2006.

1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.¹⁶²

Ainda, sobre o mesmo julgado entendia desta maneira o Ministro Celso de MELLO:

Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo Constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções sobre direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a lei fundamental da República.¹⁶³

Porém o Ministro Celso de Mello tem hoje uma opinião reformulada, de acordo com voto proferido em 12 de abril de 2008, o qual veremos adiante.

Concluindo, por mais que houvesse uma posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, muitos doutrinadores de renome tendiam a enfrentar este entendimento com brilhantismo. Porém a Emenda Constitucional nº 45/2004 veio a trazer modificar o entendimento tanto da doutrina quanto do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

4.2 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2004.

¹⁶² Hábeas Corpus nº 72.131-RJ, Ministro Relator Marco Aurélio, 2006.

¹⁶³ Idem.

Boa parte da doutrina veio a pensar que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 resolveria o debate da hierarquia das normas advindas de tratados de Direitos Humanos. Esta emenda trouxe um novo parágrafo ao artigo 5º,¹⁶⁴ que versa:

§ 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.

A emenda tem a preocupação de resolver a discussão doutrinária e definitivamente dar o nível hierárquico merecido aos Direitos Humanos, a hierarquia constitucional. Desta maneira os tratados de Direitos Humanos aprovados com três quintos, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional têm garantido sua hierarquia.¹⁶⁵

O que seria a resolução dos problemas na verdade se tornou base de novos questionamentos. Uma das primeiras dúvidas inerentes à novidade da emenda é sobre os tratados passados, já incorporados ao direito brasileiro na matéria de Direitos Humanos.

Uma das certezas que a emenda 45 trouxe com a introdução do parágrafo 3º, ao artigo 5º foi uma nova “exceção” ao Princípio da Supremacia

¹⁶⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do tempus regit actum.** Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf> Acesso em: 05 abr, 2008

¹⁶⁵ LEMOS, Tayara Talita. **A Emenda Constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos.** Disponível em: <www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf> Acesso em: 15 abr. 2008.

da Constituição¹⁶⁶. A Carta Magna agora é composta, além dos preceitos explícitos e implícitos do texto positivado, do ADCT e das emendas, também pelos preceitos dos tratados de Direitos Humanos aprovados nos moldes do artigo 5º, parágrafo 3º.¹⁶⁷

Uma das hipóteses é que os tratados validados anteriormente no direito brasileiro, automaticamente recebam o caráter de emendas constitucionais, pela aplicação do *tempus regit actum*¹⁶⁸, de acordo com ensinamento de Paulo Ricardo SCHIER:

(...) simetricamente ao que sucede no plano do direito infraconstitucional, onde se reconhece, por exemplo, que normas gerais de direitos tributário produzidas regularmente em face do adequado procedimento previsto em Constituição anterior são recepcionadas, por conta do *tempus regit actum*, pela atual Constituição, com status de leis complementares (procedimento previsto na atual CF), não será temeroso sustentar que os tratados internacionais de direitos humanos produzidos anteriormente à EC 45, com observância ao procedimento de recepção então em vigor, sejam após tal emenda constitucional, alçados ao *status* constitucional.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Princípio da Supremacia da Constituição: princípio que permite o controle de constitucionalidade dos atos jurídicos infraconstitucionais. FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método. 2005, p. 99-101.

¹⁶⁷ FRANCISCO, José Carlos. Op. cit, p. 100-103.

¹⁶⁸ **Tempus regit actum** é a expressão jurídica em latina que significa o tempo rege o ato, no sentido que as coisas jurídicas se regem pela lei de sua própria época.

¹⁶⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit.

De maneira diferente entende MAZZUOLLI¹⁷⁰. Para ele os tratados internacionais de Direitos Humanos, mesmo antes da Emenda Constitucional 45 já tinham status constitucional de Direitos Humanos, trazendo em seus ensinamentos a idéia de hierarquia formal e material. Assim, os tratados de Direitos Humanos ratificados e inseridos no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional 45 tem status constitucional, nos termos do artigo 5º parágrafo 2º, ou seja, são materialmente constitucionais, e ainda, integram o bloco de constitucionalidade materialmente, mas não formalmente. Já parágrafo 3º inserido pela emenda vem a caracterizar a formalidade destes tratados, dando a eles status de emenda constitucional. Então sendo aprovado formalmente pelo quorum de três quintos, tem o tratado em sua concretude a natureza formal e material no bloco de constitucionalidade.

De maneira semelhante ensina PIOVESAN:

Acredita-se que por um lado, o novo dispositivo vem a reconhecer de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de Direitos Humanos. Contudo, para que os tratados de Direitos Humanos obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado (...) Nesta hipótese, os tratados de Direitos Humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional.¹⁷¹

¹⁷⁰ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Reforma do Judiciário e os tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf> Acesso em 10 abr. 2008.

¹⁷¹ PIOVESAN, Flavia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método. 2005, p. 72.

Reforçando mais uma vez a idéia de que hoje no direito brasileiro existam duas categorias de tratados de Direitos Humanos, a material e a formal. Lembrando que, concordando com esta corrente, todos têm hierarquia constitucional material, porém apenas terão hierarquia formal se aprovados pelo sistema imposto pelo parágrafo 3º do artigo 5º.¹⁷²

Desta maneira, as duas categorias se diferenciam também na denúncia, pois os formalmente constitucionais nunca poderão ser denunciados. Isto se deve ao fato de que os tratados internacionais de Direitos Humanos com natureza de emenda compõe o quadro constitucional, não podendo um ato isolado do poder Executivo excluí-los. Não sendo necessário, estes tratados são alcançados pelo artigo 60, parágrafo 4º, que proíbe que as cláusulas pétreas sejam excluídas da Constituição por emenda ou por qualquer outro tipo de ação legislativa ou judiciária.¹⁷³

Concordando com esta afirmação ensina TIBÚRCIO: “Como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de Direitos Humanos às emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratem da matéria não podem ser objeto de denúncia pelo presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas.”¹⁷⁴

Outro argumento contra a infraconstitucionalidade dos Direitos Humanos pós-emenda Constitucional nº 45 é de que esses direitos são indispensáveis ao indivíduo, e mais uma vez, evocamos o princípio da máxima

¹⁷² Ibidem, p. 72-74.

¹⁷³ Ibidem, p. 74-75.

¹⁷⁴ TIBÚRCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA: Willian Santos; **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: ABDR, 2005. p. 127.

efetividade dos preceitos constitucionais, pois, pois negar esta hierarquia constitucional significa ignorar a intenção do legislador reformador, que introduz o parágrafo 3º ao artigo 5º, com a finalidade de abranger e majorar a proteção dos Direitos Humanos. Ainda sob o prisma de norma infraconstitucional, seria possível.¹⁷⁵

Ainda nos ensinamentos de MAZUOLLI, os tratados com equivalência de emenda constitucionais trarão alguns efeitos mais amplos:

Eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo quorum previsto pelo § 3º, opera-se imediata reforma ao texto constitucional conflitante. (...) Eles não poderão ser denunciados (...) caso o tratado de Direitos Humanos tenha sido aprovado nos termos do § 3º do artigo 5º, o Brasil não pode mais desengajar-se do tratado, quer no plano internacional, quer no plano interno (...).¹⁷⁶

*Ainda defendendo a hierarquia constitucional dos tratados anteriores à emenda 45, lembramos que os tratados de Direitos Humanos em vigor já foram uma vez apreciados pelo Congresso Nacional, portanto uma reapreciação destes tratados pela novidade trazida no artigo 5º parágrafo 3º vai contra qualquer tipo de celeridade processual.*¹⁷⁷

Assim, temos este problema da emenda sobre quorum e sua legitimidade, pois uma vez celebrado pelo poder Executivo, o tratado passa

¹⁷⁵ PIOVENSAN, Flavia. **Reforma...**, p. 70-74.

¹⁷⁶ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Reforma...**, p. 2 - 3

¹⁷⁷ FRANCISCO, José Carlos. Op. cit, p. 104.

por mais uma fase de aceitação no direito interno. Desta forma cabe ao Congresso decidir a fundamentalidade dos Direitos Humanos, ou seja, quais tratados de Direitos Humanos realmente se encaixam como Direitos Humanos, tendo o Congresso assim a discricionariedade de limitar a importância dos Direitos Humanos. ¹⁷⁸

A carta de 1988, como já estudado neste trabalho, se baseia em grande parte nesta afirmação histórica dos Direitos Humanos, tendo sua base democrática instaurada em muitos princípios de Direitos Humanos. Não faz absolutamente nenhum sentido após todos estes anos excluir direitos que por boa parte da doutrina já estão incluídos do rol de cláusulas pétreas. ¹⁷⁹

Há ainda de se comentar que este novo dispositivo talvez não venha a ter grande utilidade, principalmente pelo momento atual que passam estes direitos e por seus fatores históricos. No presente momento há uma investidura maior pela efetividade da proteção dos Direitos Humanos do que pela feição de novos instrumentos internacionais, ou seja, não há grande ratificação de novos tratados de Direitos Humanos elencando novas prerrogativas e garantias, e sim, há uma maior preocupação em como fazer os tratados já existentes serem cumpridos. Desta forma há uma perspectiva menor de tratados novos que venham a ter a apreciação do Congresso Nacional. ¹⁸⁰

Para parte da doutrina que entende que os tratados de Direitos Humanos não tinham hierarquia constitucional por força do artigo 5º parágrafo 2º,

¹⁷⁸ LEMOS, Tayara Talita. Op. cit.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 94-95.

existem duas concepções de tratados de Direitos Humanos, sendo todos aqueles que não forem aprovados pelo quorum do Congresso considerados infraconstitucionais.¹⁸¹

Quanto à esses tratados internacionais de Direitos Humanos que não atingem o quorum, tem posição diferenciada TIBÚRCIO¹⁸²: “os tratados aprovados por quorum simples adquirem status de lei ordinária, como qualquer outro tratado ratificado pelo País, submetendo-se ao critério geral de que o *posteriori derogat priori*.”

Contrariando este entendimento exemplifica PIOVENSAN: “(...) o Brasil é parte da Convenção de Tortura desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.”¹⁸³

O teor da emenda é considerado por parte da doutrina inconstitucional, pois, sendo os tratados de Direitos Humanos, antes da Emenda Constitucional nº 45, detentores de força constitucional, o teor do parágrafo 3º do artigo 5º viola o disposto no parágrafo 4º, IV, do artigo 60 que protege as cláusulas pétreas, afrontando também o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar da Constituição Brasileira de 1988, prevalecendo assim para introdução de tratados de Direitos Humanos o artigo 5º em seus parágrafos 1º e 2º.¹⁸⁴

¹⁸¹ FRANCISCO, José Carlos. Op. cit, p. 103. .

¹⁸² TIBÚRCIO, Carmen. Op. cit, p. 126.

¹⁸³ PIOVESAN, Flavia. **Reforma...**, p.72.

¹⁸⁴ PASSOS, Jorge Luiz Ileski Calmon de. Direitos Humanos na reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: ABDR, 2005. p. 353.

Segundo FERREIRA, que também concorda com a inconstitucionalidade da emenda em face aos Direitos Humanos, o quorum estabelecido para garantia da hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos, tem um raciocínio perfeito, porém deveria haver sido constituído pelo constituinte originário, pois não pode o constituinte derivado não conservar os limites anteriores. Não haveria problemas a emenda reformar uma norma constitucional, porém não se pode esquecer que os Direitos Humanos são de certo modo parte das cláusulas pétreas.¹⁸⁵

Outro crítico da Emenda Constitucional 45 é Daniel Augusto MESQUITA, que cita três principais aspectos negativos na Emenda. a) O primeiro é a confirmação do entendimento conservador do Supremo Tribunal Federal, pois o procedimento legislativo atual para internalização dos tratados afasta de certa maneira qualquer interpretação do artigo 5º parágrafo 2º, dando mais importância a primazia da Constituição do que a proteção dos Direitos Humanos; b) a nova função do Congresso Nacional, que com a Emenda Constitucional nº 45 tem a discricionariedade de definir quais Direitos Humanos são mais importantes para o indivíduo, tirando a indivisibilidade destes direitos. c) a dificuldade de alcançar o quorum de três quintos, pois, se com o modelo anterior, a simples ratificação e aprovação do Congresso para aplicação dos tratados, temos casos¹⁸⁶ onde há uma demora excessiva na

¹⁸⁵ FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: ABDR, 2005. p. 456-457.

¹⁸⁶ A Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados foi assinada pelo Brasil em 1969 e ainda não foi ratificada.

internalização, imagina-se a enorme dificuldade que teremos com o quorum de três quintos, em dois turnos, nas duas casas do Congresso.¹⁸⁷

A posição majoritária do Supremo Tribunal Federal ainda não foi modificada quanto à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos anteriores a Emenda Constitucional nº 45, porém temos alguns exemplos de mudanças neste pensamento, como por exemplo, e o voto abaixo do Ministro Celso de MELLO, que modificou recentemente seu entendimento sobre estes tratados:

(...) Após muita reflexão sobre o tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei, inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de Direitos Humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica. (...) É preciso ressaltar, no entanto (...) as convenções internacionais de Direitos Humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.¹⁸⁸

Pode-se verificar um significativo avanço em relação aos tratados de Direitos Humanos após a Emenda Constitucional nº 45, pois finalmente esses tratados recebem caráter constitucional de forma explícita na Constituição. Porém, infelizmente dada a excessiva formalidade na recepção dos tratados de Direitos

¹⁸⁷ MESQUITA, Daniel Augusto. **Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**: Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Consequências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2004.PDF> Acesso em: 19 abr. 2008.

¹⁸⁸ Hábeas Corpus nº 87.585 /TO, Ministro Relator Marco Aurélio.

Humanos, ainda permanecem indefinições quanto à proteção e hierarquia dos direitos advindos destes tratados.¹⁸⁹

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, tentou-se esclarecer por meio de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, a constitucionalização dos tratados de Direitos Humanos, ou seja, de qual forma estes tratados são internalizados e aplicados no ordenamento brasileiro.

Os Direitos Humanos têm sua fase mais importante de internacionalização no período pós-segunda guerra, face ao repúdio às ações dos governos totalitários. Com isso, tem-se a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, um marco na internacionalização dos Direitos Humanos, base para tantas outras declarações e convenções posteriores, que foi um modo da comunidade internacional eleger e proteger os direitos básicos do ser humano. Foi a primeira vez que os direitos sociais e liberais foram celebrados em um mesmo documento e data,

¹⁸⁹ SILVA, Paulo Maycon da. **Os Tratados Internacionais e a Emenda Constitucional nº 45**. Disponível em: <www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina230.pdf> Acesso em : 25 abr. 2008

havendo uma transformação no sentido de dar um status de indivisibilidade aos Direitos Humanos.

Há uma grande dificuldade na conceituação de Direitos Humanos, pois não há um consenso universal entre os autores que tratam sobre o tema, mas todos conceitos trazem a idéia de direitos básicos que garantem a dignidade humana, o direito à vida e capacidade de desenvolvimento.

Os Direitos Humanos na atualidade sofrem com a falta de conscientização da comunidade mundial, não havendo substanciais diferenças na violação de direitos há 50 anos, com os Direitos Humanos violados na atualidade. Entre alguns fatores citados neste trabalho para esta falta de conscientização temos o desenvolvimento tecnológico, problemas sanitários e na área da saúde, a questão da soberania mundial americana e sua soberania absoluta, a relativa falta de interesse de certa parte da comunidade internacional causada pelo capitalismo, a dificuldade em exigir estes direitos em juízo, a falta de sanções tanto no plano interno quanto no internacional, e principalmente a dificuldade de alguns Estados soberanos em reconhecerem e protegerem os Direitos Humanos.

Estes Direitos Humanos, quando reconhecidos em tratados internacionais, vêm a ser introduzidos ao direito interno dos países, de acordo com seus mecanismos internos de direito internacional privado.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, teve-se renovada uma esperança na proteção destes direitos. A nova Carta Magna trazia em seu núcleo, como princípio fundamental básico, a dignidade da pessoa humana, trazendo implicitamente e explicitamente normas e princípios embasados em tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte.

Porém quanto à internalização de novos tratados de Direitos Humanos a Constituição não foi muito óbvia, deixando para a doutrina esta interpretação, que se dividiu em algumas correntes, que discutem a hierarquia com a qual novos tratados de Direitos Humanos são inseridos na ordem jurídica interna do Brasil.

De um lado, parte da doutrina que entende que os Direitos Humanos têm hierarquia constitucional, embasadas em uma interpretação sistemática de toda Constituição, em especial no artigo 5º parágrafo 2º e no artigo 4º inciso II. De outro lado, as correntes que entendem que os tratados de Direitos Humanos têm hierarquia infraconstitucional, tratando a Constituição como norma máxima e não equiparável, dando a estes tratados hierarquia ora infra-legal, ora supra-legal.

Com todas essas discussões, esperava-se da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 a resolução de todas estas discussões por parte do legislador constitucional. Porém não foi isto que ocorreu, pois o parágrafo 3º inserido pela Emenda Constitucional nº 45 no artigo 5º, trouxe novas discussões e diferenciados pontos de vista sobre assunto, sendo uma das principais discussões, o tratamento que devem ser submetidos os tratados internacionais ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45.

Por fim, é importante salientar que este trabalho não tem a finalidade de esgotar o tema da proteção dos Direitos Humanos, ou até mesmo de sua internalização. O que se tenta neste trabalho é demonstrar um pouco da importância dos Direitos Humanos em toda comunidade internacional, em especial no Brasil, e tentar assim, apresentar ensinamentos de outros autores para simplificar a sofisticada e árdua tarefa de recepcionar estes tratados.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento Silva. Fundamentos do Direito Internacional. In: _____. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALMEIDA, Guilherme de Assis. **A Declaração dos Direitos Humanos de 1948: Matriz do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. In: _____. Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Atlas. 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Carta Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ARAUJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Mata. A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Organiz.). **Direitos Humanos e Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

BACILA, Carlos Roberto. **Polícia X Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: JM, 2002.

BARBOSA, Leila Carioni. Direitos Humanos, Exclusão Social e Globalização. In: **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. BARBOSA, Leila Carioni; ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. (organiz.). Florianópolis: OAB/SC, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Formação e Fase Legislativa. In: _____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Porto Alegre, Fabris. 1997. v. 1.

_____. Reavaliação das Fontes do Direito Internacional Público ao Início da Década de Oitenta. (1981). In: _____. **O Direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. Princípios do Direito Internacional Contemporâneo Regendo as Relações Amistosas entre os Estados, e sua Significação para uma Reavaliação das Fontes do Direito Internacional. In: _____. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Sistema, Estrutura e Função dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2002.

CARVALHO, Julio Marino de. A Configuração dos Direitos Humanos. In: _____. **Os Direitos Humanos no Tempo e No Espaço**. Brasília: Brasília, 1998.

COELHO, Werner Nabiça. **Sobre a Prevalência do tratado internacional na sistemática jurídica do Estado do Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4360> Acesso em: 12 fev. 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

DIAS, José Francisco de Assis. Ambigüidades Conceituais e o Problema do Fundamento. In: _____. **Direitos Humanos, Fundamentação Onto-Teleológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

DIALETACHI, Sérgio. **O protocolo de Kyoto**. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/edições/38/ambiente.html>> Acesso em: 24 jan 2008.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al; **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: ABDR, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de Weimar e os Direitos Sociais. In: _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método. 2005.

GEONÍNO, José. **A tortura e os Direitos Humanos na segunda guerra mundial**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/genoino.htm>> Acesso em: 25 mar. 2008.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos**, Solução de Controvérsias. Curitiba: Juruá, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HERKENHOFF, João Batista. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos**, Uma Idéia, Muitas Vozes. São Paulo: Santuário, 1998.

_____. Dinâmica da Idéia de Direitos Humanos, separação do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos como formulada em 1948. In: _____. **Direitos Humanos, A Construção Universal de uma Utopia**. São Paulo: Santuário. 1997.

HUSEK, Carlos Roberto. Sujeitos Internacionais. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Tratados. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LEMOS, Tayara Talita. **A Emenda Constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos.** Disponível em: <www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf> Acesso em: 15 abri. 2008.

LIMA, Sérgio Mourão Correa Lima. Estrutura Hierárquica dos Tratados. In: _____. **Tratados Internacionais No Brasil e Integração.** São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes **A Importância dos Princípios Constitucionais Ambientais na Efetivação da Proteção do Meio Ambiente.** <<http://www.amigosdanatureza.org.br/revista/artigos/5b4dc884df16db76f14bcb818e6b40fe.pdf>> Acesso em: 27 ago 2008.

MATTOS, Adherbal Meira Mattos. Direito dos Tratados. In: _____. **Direito Internacional Público.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Constituição Brasileira de 1988 e a normatividade Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos e Cidadania.** Campinas: Minelli. 2005.

_____. Direito Internacional e o Direito dos Tratados. In: _____. **Direitos Humanos e Relações Internacionais.** Minas Gerais: Agá Júris, 2000.

_____. **Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>>. Acesso em: 29 ago 2008.

_____. **Reforma do Judiciário e os tratados de Direitos Humanos.** Disponível em: <www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arquivoid_63.pdf>. Acesso em 10 abr. 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque de. Fontes do DIP, Noções Gerais. In: _____. **Curso de Direito Internacional Público.** 15. ed. São Paulo: Renovar, v. 1, 2004.

MESQUITA, Daniel Augusto. **Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro:** Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Consequências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2004.PDF> Acesso em: 19 abr. 2008.

MORAES, Alexandre de. Teoria geral. In: _____. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Direitos Fundamentais e Conceitos Afins. In: _____. **Dos Direitos Fundamentais,** Contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

NETO, Hélio Michelini Pellaes. **O papel das organizações não-governamentais na proteção internacional aos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4587>>. Acesso em: 28 ago 2008.

PACÍFICO, Andréa Pacheco. **Os Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PASSOS, Jorge Luiz Ileski Calmon de. Direitos Humanos na reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004.** São Paulo: ABDR, 2005.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Incorporação da Norma Internacional, Hierarquia e Conflitos entre Normas de Direito Internacional e Normas de Direito Interno. In: _____. **Constituição e direito internacional.** Cedências Possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada.** São Paulo: Método. 2005.

PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Humanos em juízo.** São Paulo: Max Limonad. 2001.

REIS, Marcos Vinícius. **Multiculturalismo e Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público, Curso Elementar.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 39, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do tempus regit actum.** Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf> Acesso em: 05 abr, 2008.

SEITENFUS, Ricardo. Fontes do Direito Internacional Público. In: _____. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Paulo Maycon da. **Os Tratados Internacionais e a Emenda Constitucional nº 45**. Disponível em: <www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina230.pdf> Acesso em : 25 abr. 2008.

SMITH. Bradley F. A implantação. In: _____. **O Tribunal de Nuremberg**. Rio de Janeiro: Cip-Brasil, 1979.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. V.1.

TIBÚRCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. ; **Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: ABDR, 2005.

7 ANEXOS.