O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/04 NA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE A INCORPORAÇÃO AO DIREITO INTERNO E O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS*

THE IMPACT OF THE 45TH CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN THE BRAZILIAN DOCTRINE ABOUT THE INCORPORATION TO INTERNAL LAW AND THE STATUS OF THE HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL TREATIES

MARCO ANTONIO CORRÊA MONTEIRO**

Resumo: Este artigo pretende descrever o impacto da emenda constitucional n° 45 na doutrina brasileira sobre a incorporação e o status dos tratados de direitos humanos. A emenda incluiu um terceiro parágrafo no art. 5º da Constituição que prescreve que os tratados e convenções de direitos humanos, aprovados pelo procedimento de emenda, são equivalentes às emendas constitucionais. A doutrina, apesar do novo texto constitucional, continua dividida: há uma tendência entre os juristas brasileiros em manter seus pontos de vista anteriores, interpretando a Constituição para confirmá-los.

Palavras-chave: Emenda constitucional n° 45, tratados internacionais de direitos humanos, doutrina brasileira.

Abstract: This article intends to describe the impact of the 45th constitutional amendment in the brazilian doctrine about the incorporation and the status of the human rights international treaties. The amendment has included a 3rd paragraph in the 5th article of the Constitution that prescribes that the human rights international treaties and conventions, approved by the amendment proceeding, are equivalent to constitutional amendments. The doctrine, although the new constitutional's text, continue shared: there is a tendence among the brazilian jurists to keep their previous points of view interpretating the Constitution to confirm them.

Key words: 45th constitutional amendment. Human rigths international treaties. Brazilian doctrine.

Introdução

Os temas da incorporação e do *status* dos tratados internacionais são recorrentes não somente no Direito brasileiro, mas em diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dada a intensificação das relações internacionais nas últimas décadas.

No Direito brasileiro, ganhou fôlego a discussão, no que tange aos tratados em geral, na década de 1970, quando chegou ao Supremo Tribunal Federal a questão da aplicação das Convenções de Genebra[1], e, no que concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, após a Constituição de 1988. Nesse cenário, vivenciaram doutrina e jurisprudência um intenso

* Trabalho de conclusão de curso apresentada na Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), como exigência parcial para a obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional, perante banca composta pelo Professor Livre Docente Elival da Silva Ramos (Orientador), pelo Professor Mestre Marcelo Lamy e pela Professora Especialista Elaine Parpinelli Moreno Vessoni, no dia 18 de maio de 2006.

** Mestrando em Direito do Estado (USP). Especialista em Direito Constitucional (ESDC). Membro da Comissão Cultural do Instituto "Pimenta Bueno" – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

[1] Promulgadas através dos decretos do Presidente da República nº57.595, de 7 de janeiro, sobre cheques, e nº 57.663, de 24 de janeiro, sobre letras e notas, ambos de 1966.

debate que pretendeu a emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, ver encerrado.

O presente trabalho tem por escopo analisar o impacto da emenda constitucional nº 45/04, que acrescentou um §3º ao art. 5º da Constituição, na doutrina brasileira, sobre a incorporação e o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Delimita-se, assim, claramente, o âmbito de trabalho. Do amplo tema do direito dos tratados, somente duas questões serão desenvolvidas: a incorporação e a hierarquia dos tratados de direitos humanos. E estas questões serão desenvolvidas no seio da doutrina brasileira (não abrangendo a jurisprudência, brasileira ou estrangeira, nem a doutrina estrangeira), tomando-se o impacto da reforma como foco de análise. Delimitam-se, igualmente, os objetivos a serem alcançados: não se propõe o trabalho a equacionar, ao final, um sistema brasileiro de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, incluído aqui o seu *status* após esta incorporação. Seu escopo é mais modesto. Busca-se indicar, ao final, linhas gerais seguidas pela doutrina, no que diz respeito a ambos os temas, comparando-se o que se sustentava antes e após a mutação constitucional, em outras palavras, como se comportou a doutrina sobre a incorporação e o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos com a alteração constitucional operada com a reforma.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em dois capítulos.

O primeiro deles indica as posições doutrinárias sustentadas com relação à incorporação e ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos até a reforma, implementada no final do ano de 2004, e o segundo, as posições sustentadas pela doutrina brasileira após a emenda. Por fim, uma breve conclusão analisa o impacto da reforma na doutrina, apontando possíveis tendências desta ao tratar dos temas.

No primeiro capítulo, ao ser tratada a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, serão levantadas algumas questões relativas ao seu procedimento, principalmente acerca da necessidade de um ato de incorporação, no caso brasileiro, um decreto do Executivo, para que o tratado tenha executoriedade interna, contra a qual se insurgem os partidários da incorporação automática destes tratados. Nesse mesmo capítulo, ao ser tratada a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna, buscou-se expor os dois principais entendimentos, quais sejam, o que atribui *status*

constitucional e o que atribui *status* infraconstitucional a esses tratados, ainda que existam outras correntes, mas de menor expressão doutrinária.

No segundo capítulo, ao ser tratada a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem interna pós-reforma, buscou-se pontuar algumas questões procedimentais que surgem da leitura do dispositivo, bem como o impacto do mesmo no debate sobre a necessidade do ato de incorporação no direito nacional, sendo este o seu foco central. Por fim, procurou-se apresentar as opiniões dos doutrinadores no que tange ao *status* dos tratados de direitos humanos que forem aprovados após a reforma, incluído aqui o problema ventilado da situação dos tratados já aprovados até a data da emenda.

Dessa forma, intentou-se sistematizar em ambos os capítulos as mais diversas opiniões doutrinárias, procurando mantê-las, ao máximo, no original, apresentando-as de maneira a manter a maior fidelidade possível com o pensamento de seus autores. Justifica-se, assim, a grande quantidade de citações existentes nos capítulos.

Por fim, busca-se, como assinalado, extrair algumas conclusões sobre as tendências dos posicionamentos doutrinários no que diz respeito à incorporação ao direito interno e ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse intento, esboçam-se alguns comentários gerais sobre como reagiu a doutrina nacional ao acréscimo do §3º ao art. 5º da Constituição, bem como sobre a reação de alguns doutrinadores em específico, que tiveram a oportunidade de se manifestar sobre os temas antes e depois da reforma. Encontram-se, assim, apontamentos gerais da doutrina como um todo, ao lado, e dentro do possível, de indicações específicas de alguns doutrinadores.

1. A doutrina brasileira sobre a incorporação ao direito interno e o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos antes da Emenda Constitucional nº 45/04

1.1. Sobre a incorporação ao direito interno

A primeira questão que se deve enfrentar ao se discutir as relações entre o direito interno e o direito internacional diz respeito à incorporação deste por aquele, ou melhor, diz respeito ao procedimento que deve este obedecer para que tenha aplicação no âmbito territorial de vigência daquele.

Se, por um lado, a doutrina brasileira é pacífica quanto à necessidade do cumprimento de um procedimento de celebração do tratado, previsto pelo ordenamento jurídico interno, em especial pela Constituição, por outro lado, ela se divide quanto à necessidade de um ato de incorporação — no caso brasileiro, um decreto executivo, editado pelo Presidente da República, por esse motivo também denominado "ato de execução"[2] — para que os tratados internacionais tenham, após a sua ratificação no âmbito internacional, aplicação no direito interno.

Assim, para uns, um tratado, ainda que ratificado, no âmbito do direito internacional, pela República Federativa do Brasil, somente seria aplicado, no âmbito do direito interno, depois de promulgado por meio de decreto do Presidente da República. Para outros, de maneira diversa, não haveria a necessidade de promulgação deste ato de execução, e, por conseqüência, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos decorreria automática e diretamente de sua ratificação, no âmbito do direito internacional.

Dada a controvérsia doutrinária, busca-se, neste ponto, identificar, dentre os dispositivos do ordenamento interno, quais prescreveriam o procedimento de celebração dos tratados internacionais, sobre os quais não discorda, em suas linhas gerais, a doutrina nacional.[3] Nessa empreitada, podem-se identificar os arts. 84, VII e VIII, e 49, I, da Constituição.

Estabelece o art. 84, VII e VIII, da Constituição:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> (...)
>
> VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
>
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Atribui o dispositivo, como se extrai de seu texto, competência privativa ao Presidente da República para o trato das relações internacionais, em sentido amplo, e para a celebração

[2] Adotamos, assim, para tratar do ato de incorporação no direito brasileiro, indistintamente os termos "ato de incorporação" e "ato de execução".

[3] Em linhas gerais, porque, ainda que não se discorde quanto à necessidade de obediência deste procedimento de celebração dos tratados, há questões levantadas pela doutrina, como a viabilidade de "acordos do Executivo" ou a competência do Executivo em contraposição à do Legislativo para ratificar os tratados no âmbito internacional. Estes questionamentos serão tão somente apontados, uma vez que seu estudo aprofundado fugiria ao escopo deste trabalho.

de tratados, convenções e atos internacionais, expressões parciais daquelas relações, sujeitos estes a referendo do Congresso Nacional.

Sobre a primeira das competências, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho[4] que "como representante do Estado, em sua unidade, na órbita internacional, cabe ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros"; e acrescenta o constitucionalista, acompanhando o desenvolvimento do direito internacional, no que se refere aos seus agentes:

> Embora a Constituição não o diga, está implícito nela que a ele cabe também manter as relações com as inúmeras organizações internacionais hoje existentes, que desempenham um papel político muito importante.

Já, sobre a competência para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, leciona Ferreira Filho que

> esta competência é decorrente da anterior. Evidentemente os atos internacionais resultam das relações estrangeiras. Assim, quem é competente para manter essas relações há de ser quem há de celebrar tais atos.5

Aponta Alexandre de Moraes[6] nessa competência do Presidente da República para celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais a primeira fase do processo de incorporação[7] destes tratados internacionais pela ordem interna brasileira. Esta primeira fase é desdobrada em duas por Celso de Albuquerque Mello[8], denominadas negociação e assinatura.

Complementando esta competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, determina o art. 49, I, da Constituição:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

[4] *Comentários*, p. 441.

[5] *Comentários*, p. 442.

[6] *Direito constitucional*, p. 550.

[7] Rigorosamente falando, essa competência do Presidente da República representa uma primeira fase do procedimento de celebração dos tratados internacionais, e não do seu procedimento de incorporação. Este procedimento de celebração do tratado internacional estende-se até a sua ratificação, que também é competência do Chefe do Executivo; o processo de incorporação acontece em seguida, após a ratificação.

[8] *Curso*, p. 213-216.

Trata-se da segunda fase do procedimento de celebração dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro. É a fase de deliberação do Parlamento, que será realizada por meio da promulgação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional e publicado[9].

Sobre o dispositivo, preleciona Maristela Basso:

> A *aprovação* é fase vital da vida dos tratados e é da competência do Congresso Nacional, de acordo com o art. 49 da Constituição Federal brasileira (...). Vê-se, assim, que é de responsabilidade do Poder Legislativo controlar o texto do documento internacional assinado pelo Executivo e autorizar, ou não, a sua incorporação na ordem jurídica interna. [10]

O Poder Legislativo passou a participar dos assuntos internacionais do Estado no final do século XVIII, com a independência dos EUA e com a Revolução Francesa, consubstanciando o que Celso de Albuquerque Mello[11] aponta como um processo de "democratização das relações internacionais", um dos impactos da concepção que se formara de soberania popular.

No mesmo sentido, destaca Maristela Basso:

> No curso da evolução histórica (...), ficou estabelecido que ao Executivo deve competir a negociação dos tratados, porque cabe a ele a condução da política externa. Se o Executivo deve presidir a política externa, ao Legislativo compete controlar as ações governamentais, isso porque os tratados internacionais engajam toda a nação e não apenas seus eventuais governantes. [12]

Conclui, logo em seguida, a internacionalista:

> Dessa forma, no regime de soberania nacional, resultado da democratização dos sistemas políticos, inaugurada pelas revoluções francesa e norte-americana do século XVIII, qualquer compromisso externo somente pode ser assumido pelo Estado mediante livre manifestação de vontade nacional, que no Brasil se dá através da aprovação do Congresso Nacional. Permitir que o Poder Executivo possa assumir compromissos internacionais sem a participação do Legislativo é renunciar à soberania nacional e ao direito da nação de exercer o seu poder de controle e decidir sobre o seu próprio destino.[13]

[9] Cf. MORAES,Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 550.

[10] *A convenção nº 158 da OIT*, p.33.

[11] *Ratificação*, p. 32-48, 81-85.

[12] *A convenção nº 158*, p.33.

[13] Também João Grandino Rodas, *A constituinte*, p. 43-44, chama a atenção para o fato de que "mutações políticas ao longo do tempo limitaram a competência internacional do Executivo", que, historicamente, era "órgão supremo das relações internacionais" e possuía o "poder estatal absoluto" – *ius repraesentationis omnimodae*.

E é com a promulgação de decreto legislativo, obedecendo ao mesmo procedimento e ao mesmo quórum de aprovação de leis ordinárias federais, que resolve o Poder Legislativo sobre a matéria, afinal, o decreto legislativo traduz a deliberação do Congresso Nacional sobre as matérias de sua competência exclusiva.[14]

Pelo exposto até o momento, já se pode concluir pela existência e pela necessidade de obediência a um procedimento para a celebração dos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Estado brasileiro e que, para o aperfeiçoamento deste procedimento, concorrem tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo. Trata-se, pois, de procedimento complexo, para cuja formação concorrem ambos os poderes, Executivo e Legislativo.

Acontece que diverge a doutrina sobre a seqüência deste procedimento de celebração. Há autores que afirmam ser o tratado internacional ratificado pelo próprio Congresso Nacional, com a edição de decreto legislativo, não mais cabendo qualquer intervenção do Executivo. Teria a Constituição atribuído àquele, competência para resolver *definitivamente* sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I).[15]

Outros entendem, em sentido diverso, que, a manifestação positiva do Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, é tão somente uma autorização para que o Executivo ratifique o tratado no âmbito internacional, e esta defesa se fundamenta no próprio art. 84, VII e VIII, que, ao atribuir ao Presidente da República competência privativa para manutenção das relações internacionais, bem como para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, teria atribuído a este poder competência para ratificá-los, não ao Congresso Nacional.[16]

Não obstante a discussão doutrinária sobre qual dos poderes teria competência para ratificar os tratados internacionais, incluídos aqui os tratados de direitos humanos, pode-se apontar, como afirmado anteriormente, a existência de um procedimento de celebração a ser cumprido por estes tratados para que possam ser eles aplicados no âmbito de vigência

[14] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários*, p. 370-371, cf., do mesmo autor, *Do processo legislativo*, p. 197 e s..

[15] É a opinião, *v.g.*, de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários*, p. 307, MAGALHÃES,José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*, p. 77, TÔRRES,Heleno Taveira. *Aplicação dos tratados*, p. 150 e s..

[16] É o entendimento de BAPTISTA, Luis Olavo. *Inserção*, p. 72-73, GARCIA, Maria. *Tratados internacionais*, p. 93, Maristela Basso, *A convenção nº 158*, p. 34.

territorial do direito interno, procedimento este que culminaria, e sobre este ponto não há dúvidas, com sua ratificação pela República Federativa do Brasil[17]. Essa necessidade de manifestação do Estado sobre a celebração de tratados internacionais se fundamenta na noção de soberania nacional, bem delineada nas palavras de José Francisco Rezek[18], para quem,

> no estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia. Para todo Estado, o direito das gentes é o acervo normativo que, no plano internacional, tenha feito objeto de seu consentimento, sob qualquer forma.

Ratificado o tratado no âmbito do direito internacional, outra questão surge: é necessária a promulgação de um ato de incorporação para que o tratado seja aplicado no âmbito territorial de vigência do direito interno, ou a aplicação do tratado no âmbito deste direito interno decorreria de maneira direta e imediata de sua ratificação no âmbito do direito internacional?

Esta questão divide a doutrina em duas grandes correntes, as quais serão analisadas nos tópicos seguintes.

1.1.1. A necessidade de um ato específico de incorporação

No direito brasileiro, desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, em seu Recurso Extraordinário nº 71.154-PR[19], não mais se sustenta a tese da necessidade de promulgação de uma lei, em sentido estrito, que reproduza o conteúdo dos tratados internacionais, para que estes sejam aplicados no direito interno, o que indicaria a adoção do denominado dualismo. Decidiu, na ocasião, o ministro relator Oswaldo Trigueiro, "quanto ao direito brasileiro, não me parece razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituição jamais prescreveu". Sobre o precedente, manifestou-se Luiz Flávio Gomes que "desde então, é absolutamente tranqüilo

[17] Uma vez que, para o direito internacional, não existem Executivo, Legislativo nem Judiciário brasileiros, mas tão somente a República Federativa do Brasil, como expressão externa de sua soberania.

[18] *Direito internacional público*, p. 83.

[19] RE nº 71.154-PR, de 4 de agosto de 1971, publicado na RTJ 58/70.

entre nós o entendimento de que não é necessária a aprovação de uma lei formal para a incorporação dos tratados no nosso *ius positum*".[20]

O ato de incorporação, cuja necessidade se questiona na doutrina, não é mais a lei em sentido estrito, mas sim o decreto do Presidente da República. Muito bem colocou a questão Luiz Flávio Gomes, ao tratar do procedimento legal necessário para a incorporação dos tratados internacionais:

> "Se de um lado é certo que a exigência de uma lei formal afigura-se exagerada, de outro, não menos certo é que não basta a mera ratificação do tratado". E, após desenvolver o tema, conclui o autor que "ratificação (ou adesão), precedida de aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (que acontece por meio de decreto legislativo), promulgação e publicação são as formalidades legais essenciais requeridas para que as normas internacionais possam ter vigência no Brasil". [21]

No mesmo sentido da necessidade de promulgação por meio de decreto executivo, Luis Olavo Baptista[22] sustenta que

> a Constituição Federal prevê a aprovação pelo Legislativo (art. 49, I) e, posteriormente, a promulgação pelo Executivo, que também ratificará o tratado. A ratificação é ato dirigido aos demais signatários e à comunidade de Estados, confirmando o compromisso condicional que foi a assinatura da convenção ou tratado. (...) Com a edição do decreto legislativo, formaliza-se a *aprovação* do acordo. Seguem-se a *promulgação* e a *ratificação*, a primeira por decreto, que incorpora o tratado ao direito brasileiro, atos esses privativos do Presidente da República.

Francisco Rezek afirma também a necessidade de decreto de promulgação. Para o internacionalista:

> O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe — resulte de produção legislativa internacional ou doméstica — presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a idéia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe *base jurídica* apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, destarte, jamais reservada

[20] *A questão*, p. 23. Houve, no entanto, na doutrina nacional, quem já sustentou a necessidade de promulgação de lei para que o tratado fosse aplicado; cf. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, p. 123-124.

[21] *A questão*, p. 23.

[22] *Inserção*, p. 72.

> ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento.

E segue o autor:

> No Brasil *se promulgam*, por decreto do presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por mais nada. Vale aquele como ato de *publicidade* da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado — cujo texto completo vai em anexo — se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio. [23]

Cumpre transcrever o entendimento de João Grandino Rodas no que tange à praxe constitucional apontada por Francisco Rezek:

> O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo. Embora as Constituições brasileiras da República não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantido.[24]

Percebe-se, na adoção da praxe apontada, grande preocupação com a segurança jurídica na aplicação dos atos normativos, sejam de origem interna ou internacional, o que se garantiria com a sua promulgação e publicação no Diário Oficial da União.

1.1.2. A incorporação automática

Há, neste ponto, duas linhas argumentativas que levariam a distintos entendimentos para a incorporação automática dos tratados internacionais pela ordem interna brasileira. Uma delas que sustenta a desnecessidade, após a ratificação, de um ato de execução para todo e qualquer tratado internacional ser aplicado no âmbito do direito interno, e uma segunda, que sustenta esta desnecessidade tão somente para os tratados internacionais de direitos humanos.

[23] *Direito internacional público*, p. 84.

[24] Cf. *A constituinte*, p. 50. Nesse mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 550, GOMES, Luis Flávio. *A questão da obrigatoriedade*, p. 23, BASSO, Maristela. *A convenção nº 158*, p. 35.

A primeira linha, que sustenta a incorporação automática de todo e qualquer tratado internacional, argumenta que a Constituição brasileira, ao tratar do procedimento de incorporação dos tratados pela ordem interna, não exigiu a edição de nenhum ato de execução para que estes atos tenham vigência interna.

José Carlos de Magalhães, após constatar que

> o STF tem entendido que o tratado, mesmo que ratificado pelo Congresso e ainda que o instrumento de ratificação tenha sido depositado no exterior, como previsto no tratado, somente adquire vigência na ordem interna, após a promulgação de decreto, pelo Presidente da República, colocando-o em vigor[25]

Critica severamente este entendimento, afirmando que

> a Constituição, no entanto, não dispõe em qualquer artigo que os tratados, para terem vigência no país, dependem dessa providência — promulgação por meio de decreto do Presidente da República — que a praxe consagrou, mas que não encontra suporte constitucional que a torne obrigatória. Segundo o art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo compreende: I) a elaboração de emendas à Constituição; II) leis complementares; III) leis ordinárias; IV) leis delegadas; V) medidas provisórias; VI) decretos legislativos e VII) resoluções.(...) não há referência alguma a tratado e muito menos a decreto do Executivo, que é o meio pelo qual esse Poder regulamenta leis ou expede ordens que vinculam a administração federal, como se verifica no art. 84, IV, da Constituição. O Congresso, ao ratificar o tratado, o faz por meio de decreto legislativo, pondo-o em vigor no país, não havendo necessidade do decreto de promulgação pelo Executivo, providência não prevista na Constituição[26].

Nesse mesmo sentido, leciona Heleno Taveira Tôrres:

> Parece não ser aceitável que um tratado, elaborado pelas autoridades competentes, segundo a designação constitucional e a aquiescência internacional, devidamente autenticado e assinado, reconhecido pelo Poder Legislativo, pelo referendo atribuído pelo Decreto Legislativo, com ulterior publicação deste, e ratificado, gerando o compromisso da República Federativa do Brasil na ordem internacional, perante outra ou várias nações signatárias, apesar de tudo isso, tenha que ficar à mercê de um ato administrativo, o Decreto do Presidente da República. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, sem gerar efeitos no plano interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca, atribuindo os

[25] *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*, p. 69.

[26] *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*, p. 73.

> respectivos direitos aos destinatários do seu conteúdo, ou realizando os deveres ali estabelecidos. [27]

É nítido, pois, o seu entendimento pela desnecessidade de um ato de execução para que os tratados internacionais tenham vigência interna. E, assim, conclui:

> O tratado é recepcionado na ordem interna não mediante o ato final — o Decreto do Presidente da República — mas, quando presente o Decreto Legislativo oriundo do Congresso Nacional, tenha-se a respectiva ratificação. Por isso o início do prazo de *vigência* da Convenção, a partir do qual os interessados poderão reclamar os compromissos assumidos pelos Estados-Partes, não decorre do ato administrativo que, consuetudinariamente, a título de conferir-lhe publicidade e execução, pretende servir como pressuposto de validade, pelo procedimento. A *vigência* do acordo começará a contar exclusivamente a partir do ato de *ratificação*, marco de comprometimento do Estado pelas disposições convencionais, como previsto no corpo do tratado, pela aprovação mediante o Decreto Legislativo expedido pelo Congresso Nacional. [28]

Assim, não há, para esta linha doutrinária, a necessidade de nenhum ato de execução — no caso brasileiro, do decreto executivo — para que todo e qualquer tratado internacional tenha vigência na ordem jurídica interna.[29] A entrada em vigor dos tratados internacionais estaria condicionada à sua ratificação e às suas próprias regras de vigência.[30]

Para a segunda linha, cabe ressaltar que não negam os seus defensores a necessidade de um ato de execução para que os tratados internacionais em geral sejam incorporados ao direito interno. Não o negam, fique bem claro, para os tratados internacionais em geral. No entanto, afirmam que existe uma especificidade quando se trata da relação entre o ordenamento interno brasileiro e os tratados internacionais sobre direitos humanos, especificidade esta que dispensaria a promulgação deste ato de execução: os tratados de direitos humanos, com sua ratificação, passariam a ser aplicados no âmbito territorial do direito interno de maneira direta e imediata.

Esta idéia fica clara, ao afirmar Flávia Piovesan que:

> O Direito Internacional dos Direitos Humanos (...) apresenta um caráter específico e especial que o distingue do Direito Internacional Público em

[27] *Aplicação dos tratados*, p. 150.

[28] *Aplicação dos tratados*, p.1 50.

[29] Cabe observar que Heleno Taveira Tôrres, no trecho transcrito, sustenta a ratificação dos tratados pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, opinião com a qual não concordamos, por ser a ratificação competência do Presidente da República, por força da Constituição.

[30] Nesse mesmo sentido, cf. CARRAZZA,Roque Antonio. *Curso*, p. 202.

> geral. Enquanto este busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, através de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa a garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. Este fator, por si só, afasta este estudo do plano do Direito Internacional Público, e em particular do modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebido.

E conclui a autora que seu trabalho

> não se atém ao estudo entre a Constituição e os tratados internacionais em geral, mas atém-se ao estudo da relação entre a Constituição e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos. [31]

Dada, pois, a especificidade dos tratados sobre direitos humanos frente aos tratados internacionais em geral, devem aqueles receber tratamento diferenciado, e assim teria feito, na opinião desses doutrinadores, a Constituição brasileira de 1988, tanto em suas disposições gerais, de "pano de fundo", frutos de um processo de democratização, quanto em dispositivos específicos, frutos de uma institucionalização dos direitos e garantias fundamentais.

No que tange ao processo de democratização, a Constituição de 1988 é o sinal mais claro de um novo pacto social, fundado em ampla participação política por parte dos cidadãos, no Estado de Direito e na consagração dos direitos e garantias fundamentais. É a instauração de uma nova ordem constitucional, consubstanciada em Estado Democrático de Direito, que se contrapõe ao estado autoritário do período anterior — trata-se de uma verdadeira ruptura. E, nesse sentido, afirma Flávia Piovesan[32] que

> a consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no país, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais neste âmbito.

Ainda que os dispositivos da nova Constituição brasileira sejam, em alguns casos, os mesmos da Constituição revogada, o são somente em seu texto, em sua aparência — a essência mudara, e, com ela, muda também o direito constitucional.

A própria noção de soberania não deve mais ser a mesma. Afirma Antônio Augusto Cançado Trindade que "a noção de soberania, em sua acepção absoluta, mostrava-se inadequada ao plano das relações internacionais, devendo ceder terreno à noção de

[31] *Direitos humanos*, p. 43-44.

[32] *Direitos humanos*, p. 52.

solidariedade". Conseqüência direta desta mudança de concepção, também nas palavras de Cançado Trindade[33], é que

> longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos, atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma — de origem internacional ou interna — que melhor protegesse os direitos humanos.[34]

É a partir desta concepção geral que se deve partir para a análise dos dispositivos constitucionais. E o dispositivo constitucional que diz de perto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos é o do art. 5º, §1º, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Sobre o preceito, ainda nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade:

> Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os 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 de nosso ordenamento jurídico interno (...).[35]

Percebe-se, pelo trecho, como afirmado inicialmente, que não se nega aqui a necessidade de um ato de execução interna para os tratados internacionais em geral, mas, tão somente, a sua desnecessidade para a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

É esse igualmente o entendimento de Flávia Piovesan, para quem

> não será mais possível a sustentação da tese de que com a ratificação os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advier a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

[33] *A proteção internacional*, p. 26.

[34] *A proteção internacional*, p. 35.

[35] *A proteção internacional*, p. 140.

E segue a autora:

> A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro — sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação ––— traduz relevantes conseqüências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmos direitos, sob pena de invalidação. Conseqüentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado — eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados".[36]

Em síntese, para os tratados de direitos humanos, não há necessidade, após a ratificação, de nenhum ato com força de lei (que, no direito brasileiro, sustenta-se ser um decreto executivo) para que estes tratados tenham aplicabilidade na ordem interna, operando-se o que a doutrina denomina incorporação automática.[37]

1.2. Sobre o *status*

1.2.1. *Status* infraconstitucional

Grande parte da doutrina nacional defende a incorporação dos tratados internacionais, dentre eles os tratados internacionais de direitos humanos, com *status* infraconstitucional.

Partem, em geral, estes autores da constatação de que ao direito interno de cada Estado, no exercício de sua soberania, compete determinar qual o *status* dos tratados internacionais incorporados, inclusive o dos de direitos humanos.

Nesse sentido, ao tratar da incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, questiona Fernanda Dias Menezes de Almeida:

> Incorporado ao ordenamento jurídico, a questão que se põe a seguir é a de saber que posição o tratado ocupará neste ordenamento. Estará ele no mesmo nível das leis ordinárias? Ou terá o *status* de norma constitucional? Ou quem sabe ficará situado acima da própria Constituição?

[36] *Direitos humanos*, p. 99.

[37] Nesse mesmo sentido, cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência*, p. 94-96.

E segue a constitucionalista afirmando que "a resposta a esta questão tem variado, conforme o Estado. Cabe a este, mais uma vez no exercício de sua soberania, estabelecer a posição do tratado incorporado na hierarquia das normas jurídicas internas". [38]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que, "embora muitos anunciem a morte da soberania, esta continua viva e é 'fundamento' do Estado, segundo expressamente aponta o art. 1º, I, da Constituição brasileira".[39]

Além dos constitucionalistas, igualmente os internacionalistas indicam a soberania estatal como fator determinante na temática da incorporação de tratados internacionais ao direito interno.

José Francisco Rezek, recordando que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é uma proposição doutrinária e que não há, no direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado, afirma que

> descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção nacional. Resulta que, para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estrutura da norma jurídica convencional.[40]

Parece ser esta também a opinião de Jacob Dolinger[41], que, após ter identificado a questão, afirmando que

> no plano doutrinário tem-se especulado sobre a verdadeira posição hierárquica das fontes de direito, havendo argumentos no sentido de que como a primazia da fonte internacional sobre a nacional provém de determinação do legislador constitucional, há de se concluir que, em verdade, a autoridade maior é a do legislador nacional que soberanamente atribui prioridade à fonte internacional e quem determina as competências alheias é a autoridade de mais elevada competência.

Conclui ele, adiante, ao tratar da possibilidade de revogação da primazia do direito internacional, concedida pela própria Constituição, que "a constituição que outorga primazia à fonte internacional, via tratado, poderá, quando assim entender, revogar esta posição, não havendo assim a pretendida perpetuidade".

[38] *A incorporação*, p. 51.
[39] *Os tratados*, p. 241.
[40] *Direito internacional público*, p. 103.
[41] *Direito internacional privado*, p. 98-99.

Ganha, assim, relevo, para estes autores, o princípio da soberania estatal, esculpido na Constituição brasileira em seu art. 1º, I, por força do qual o Estado brasileiro não se submete a nenhum outro Estado estrangeiro, caracterizando o que a doutrina denomina aspecto externo da soberania estatal, sem negar, igualmente, outros princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o da dignidade da pessoa humana, uma vez que este estaria a nortear a ordem interna, pois fundamento do Estado democrático de direito, bem como as relações internacionais da quais faça parte a República Federativa do Brasil.[42]

Dessa forma, entende-se que se deve buscar a resposta da questão do *status* dos tratados internacionais incorporados ao direito interno no próprio texto constitucional.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aponta-se o art. 102, III, b, quando se busca argumento a favor do *status* infraconstitucional dos tratados internacionais incorporados ao direito interno. Esta é a redação do artigo:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
>
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Ao comentar dispositivo equivalente na Constituição anterior, João Grandino Rodas leciona que

> a vigente Constituição, indiretamente, coloca o tratado e a lei federal (...) em situação ancilar à própria Constituição, ao declarar, no art. 119, III, 'b', competir a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei ao STF.[43]

Assim igualmente manifesta-se José Francisco Rezek[44] no sentido de que

> embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Forçoso concluir, pela análise do dispositivo, que, se tratados internacionais podem ser declarados inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal, são eles de hierarquia

[42] Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A incorporação*, p. 54.

[43] *A constituinte*, p. 49.

[44] *Direito internacional público*, p. 104.

inferior à das normas constitucionais. É clara a vontade constitucional em atribuir-lhes *status* infraconstitucional.

Acontece que, apontada a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais em geral, teriam os tratados de direitos humanos a mesma hierarquia ordinária, equivalente à das leis federais, ou teriam eles *status* diferenciado, especial? Na resposta a esta questão divide-se, mais uma vez, a doutrina.

Aponta parte da doutrina, para agora indicar o *status* desses tratados dentre os atos normativos infraconstitucionais, dois dispositivos do texto da Constituição, dos quais seria retirado o procedimento de incorporação dos tratados internacionais, em geral, e dos tratados internacionais de direitos humanos, em específico, uma vez que não faz distinção nenhuma o texto constitucional. São estes dispositivos os arts. 84, VIII, e 49, I, comentados anteriormente, quando se tratou do procedimento de celebração dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro. Este procedimento seria dividido em três fases, sendo a segunda delas, a de aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, determinante para a atribuição do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesta segunda fase, seriam os tratados internacionais processados nos mesmos moldes de aprovação das leis ordinárias federais, ou seja, os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, seriam aprovados pelo Congresso Nacional utilizando-se do mesmo *quorum*[45] destas leis ordinárias. E por ser-lhe aplicado o mesmo procedimento de aprovação de uma lei ordinária federal, dever-lhe-ia ser concedido, por conseqüência, *status* de lei ordinária federal.

Surge aqui uma questão não pouco importante, a do *quorum* no processo legislativo, provavelmente o argumento mais utilizado pelos que defendem a equiparação dos tratados incorporados ao direito interno às leis ordinárias federais.

Manifesta-se sobre a questão Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari:

> Aparentemente, a equiparação de tratado internacional a lei interna, com todos os efeitos decorrentes, encontra um de seus elementos de sustentação nas normas de processo legislativo aplicáveis para a aprovação desta e daquele, que estabelecem, igualmente para ambos, a subordinação,

[45] Aqui, *quorum* é utilizado não em sentido técnico, em sua acepção específica de número mínimo necessário de componentes presentes para que se possa iniciar a uma sessão legislativa, por exemplo, mas no sentido comumente utilizado pela doutrina, não rigoroso, que engloba, além desse sentido mencionado, os procedimentos de aprovação dos assuntos a serem discutidos, o número de votos necessários para aprovação, etc.

> a princípio, à regra geral fixadora da exigência de quórum de maioria simples, estatuída no art. 47 da Constituição: 'Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta dos membros'. [46]

E segue o internacionalista:

> Quanto à possibilidade de inserção de tratado internacional na ordem jurídica interna em contraposição a preceito constitucional ou de lei complementar, ou ela não se verifica, ou, então, em se verificando, subverte as regras disciplinadoras da hierarquia[47] das normas jurídicas, tendo em vista o sistema de quoruns de processo legislativo brasileiro.

Trata-se, assim, de questão de grande importância na atribuição de força vinculante aos atos normativos, uma vez que aquela varia de acordo com a posição ocupada por este no ordenamento jurídico. Não é por outro motivo que dedica grande atenção à questão Pedro B. de Abreu Dallari, lecionando o autor que

> esse não é um problema menor, eivado de excesso de formalismo, pois remete ao plano da aferição do respaldo social mínimo exigido para aprovação de cada tipo de norma jurídica — que, na democracia representativa, tem no *quorum* parlamentar o seu indicador mais utilizado.[48]

Outra não é a preocupação de Fernanda Dias Menezes de Almeida[49], que, ao tratar da possibilidade de tratados internacionais serem incorporados ao direito interno com *status* constitucional, afirmou que isto importaria em evidente alteração do texto constitucional, e "esta modificação estaria sendo feita por processo de alteração diverso daquele previsto para as emendas constitucionais", mas, sim, por processo mais simplificado, o de "mero decreto legislativo do Congresso Nacional, referendando a intenção do Chefe do Executivo de celebrar o tratado", o que, ainda na opinião da constitucionalista, "autorizaria sua ratificação e os atos complementares, para se ter por consumada a alteração da Constituição".

A este argumento, soma-se o fato de que, no âmbito de aprovação do Poder Legislativo, o ato normativo que marca o final deste procedimento é o decreto legislativo, que não recebe,

[46] *Constituição*, p. 111-112.

[47] O argumento vale, sem dúvida, também para a lei complementar, que é aprovada por maioria absoluta (art. 69, CF), e não por maioria simples, ainda que não exista hierarquia entre lei ordinária e lei complementar; fique tão somente o registro, pois uma discussão do tema fugiria ao escopo do trabalho.

[48] *Constituição*, p. 112.

[49] *A incorporação*, p. 55.

em nenhum momento do texto constitucional, tratamento hierárquico superior ao das leis ordinárias. Na opinião de Leonardo Avelino Duarte:

> i. não há Direito internacional que deixe de buscar fundamento de validade em alguma norma de Direito interno; ii. é decreto legislativo que incorpora o tratado na ordem jurídica nacional, por meio da repetição de seu conteúdo, no corpo do seu texto; iii. estudar a hierarquia dos tratados não é nada mais do que estudar a hierarquia dos decretos legislativos que contenham tratados; iv. hierarquia é o vínculo vertical de validade, em que a norma subordinada extrai da norma subordinante o seu fundamento de validade. [50]

Esse argumento se estende ao final do procedimento que atribui executoriedade aos tratados internacionais de direitos humanos, para os que entendem necessária a sua promulgação, qual seja o decreto executivo; este também não recebe, em nenhum momento do texto constitucional, tratamento hierárquico superior ao das leis ordinárias, devendo, de maneira completamente oposta, subordinar-se ao texto legal.[51]

Está-se, assim, diante de um problema que supera o de um simples *quorum* no processo legislativo: a questão relaciona-se com o princípio da supremacia da Constituição, manifestado pela rigidez do texto constitucional, sendo este, por sua vez, garantido pelo controle de constitucionalidade.

Os tratados internacionais, incluídos aqui os de direitos humanos, por passarem por um procedimento de celebração pelo Estado brasileiro equivalente ao de produção de lei ordinária, devem receber deste ordenamento jurídico o mesmo regime jurídico desta. São os tratados internacionais de direitos humanos, pois, equivalentes às leis infraconstitucionais ordinárias.

É esta a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[52], ao afirmar que

> se o Brasil incorporar tratado que institua direitos 'fundamentais', estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional e outro meramente legal.

[50] *Estudos sobre a posição*, p. 82, que adota posição dualista, ao afirma que "estudar a hierarquia dos tratados não é nada mais do que estudar a hierarquia dos decretos legislativos que contenham tratados", mas que pode ser vislumbrado como argumento de *quorum* de aprovação para o procedimento de incorporação dos tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos.

[51] É o que se extrai do art. 84, IV, da Constituição, que dispõe que compete privativamente ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"; são os decretos *secundum legem*, que, se exorbitarem o âmbito normativo da lei, criando direitos e obrigações aos particulares, devem ser declarados ilegais pelo Judiciário, uma vez que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF).

[52] *Direitos humanos fundamentais*, 4ª ed., p. 99.

Merece menção posicionamento distinto, segundo o qual tratados internacionais, incluídos aqui os de direitos humanos, devem receber um tratamento distinto das leis ordinárias, em razão de seus caracteres especiais.

Este era o entendimento de Vicente Marotta Rangel[53], que, indicando o entendimento de diversos autores nacionais, apontava ser dominante na doutrina e na jurisprudência a idéia de que os tratados internacionais, ainda que com *status* infraconstitucional, seriam incorporados ao direito interno com um valor superior ao das leis ordinárias, situação que os excluiria dos procedimentos comuns de revogação. Não demonstra o internacionalista, no entanto, quais seriam os caracteres especiais que justificariam esta distinção no regime jurídico dos tratados internacionais incorporados à ordem interna.

Em síntese, pode-se identificar uma linha doutrinária muito clara no sentido de atribuir aos tratados internacionais incorporados à ordem interna brasileira hierarquia infraconstitucional, mais comumente identificada com a das leis ordinárias[54], tal qual o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal[55].

1.2.2. *Status* constitucional[56]

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, levantou-se voz na doutrina nacional pela atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos devidamente incorporados à ordem interna brasileira. Fundamentam este entendimento diretamente no art. 5º, §2º, da Constituição[57], por meio de interpretação

[53] *La procédure...*, p. 269.

[54] Nesse sentido, REZEK, Francisco. *Tratados e suas relações*, p. 55, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 302-307, BAPTISTA, Luiz Olavo. *Inserção*, p.77.

[55] Entendimento firmado no RE nº 80.004/77, RTJ 33/809, muito criticado pela doutrina nacional; cf., por todos, MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e as relações*, p. 53-57.

[56] Na doutrina nacional, MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso*, p. 792, atribui *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Cabe aqui apenas esta menção por não ter maiores repercussões na doutrina o entendimento adotado pelo internacionalista.

[57] Art. 5º, §2º. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Em resposta ao argumento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, baseado no art. 5º, §2º, da Constituição, afirma FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos*, 4ª ed., p. 99, que:

Embora haja quem pretenda ser a norma do tratado superior, sempre, à lei interna de tal sorte que prevaleceria mesmo quando esta fosse a ela posterior, conquanto haja quem pretenda, até, ser a norma do tratado superior à própria norma constitucional, nenhuma destas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro.

Neste, três normas regem a matéria: primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre lei interna anterior;

sistemática e teleológica do texto com os demais artigos constitucionais, decorrentes de um processo de abertura política, discutida anteriormente, quando se tratou da incorporação automática dos tratados de direitos humanos.

Flávia Piovesan, ao tratar da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, sustenta, em trecho que se faz necessário transcrever:

> A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' (art. 5º, parágrafo 2º).

Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, parágrafo 36, previa: 'A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota'. A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Ora, ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva

---

terceira, tendo, porém, o mesmo nível na hierarquia das leis que a norma interna, não prevalece sobre lei posterior (que pode revogá-la, derrogá-la, etc.).

Conclui o autor que

em conseqüência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos 'fundamentais', estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal.

Nesse mesmo sentido, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A incorporação*, p. 54, para quem "o que de concreto se extrai do artigo 5º, §2º, é que o catálogo de direitos da Constituição não constitui numerus clausus, ou, por outra, que não prevalece, na espécie, o brocardo *inclusio unius exclusio alterius*".

Não negam estes autores natureza materialmente constitucional aos tratados de direitos humanos incorporados ao direito interno, já que é pacífica a existência de normas materialmente constitucionais que não são, a um só tempo, formalmente constitucionais — as normas eleitorais, por exemplo.

dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. [58]

Destaca-se neste novo panorama político-constitucional o preceito da dignidade da pessoa humana, que, nas lições de José Afonso da Silva[59]

> não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, da análise das lições de Flávia Piovesan e de José Afonso da Silva, a situação de destaque, já afirmada, dada pelo ordenamento jurídico nacional à dignidade da pessoa humana. Passa ela a ser um valor a nortear toda a atividade estatal, regulada pela Constituição, incluídas aí as relações entre a ordem interna e a ordem internacional. Esse valor encontra-se consubstanciado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, logo em seu art. 1º, III, tendo um de seus desdobramentos no art. 4º, II, que estabelece como um dos princípios das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Manifesta-se Antônio Augusto Cançado Trindade, em trecho já transcrito parcialmente, quando se tratou da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, mas que, agora, se transcreve por completo, sobre a hierarquia destes mesmos tratados:

> Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os 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 de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica — ainda seguida em nossa prática constitucional — da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. [60]

58 *Direitos humanos*, p. 75-76.

59 *A dignidade*, p. 91.

60 *A proteção*, p. 140.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli:

> O que ocorre é que o citado §2º do artigo 5º da Constituição Federal, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto*, pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. De forma que a cláusula do §2º do artigo 5º da Carta da República está a admitir (e isto é bem visível) que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro em *nível constitucional*, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Os tratados internacionais de direitos humanos, por isso, têm o que chamamos de *efeito aditivo*, pois adicionam direitos ao texto constitucional, através da cláusula do §2º do artigo 5º da Constituição Federal. [61]

Sustenta-se, destarte, a atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, independente do processo pelo qual foram eles incorporados à ordem interna. Têm esses tratados natureza constitucional; têm, em razão do dispositivo prescrito no art. 5º, §2º, natureza materialmente constitucional. Não é a submissão a qualquer procedimento deste gênero que atribui a categoria de norma constitucional a estes tratados, eles já possuem este atributo.

Não é outro o entendimento de Flávia Piovesan, ao afirmar que:

> Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido a previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. [62]

Uma decorrência importante desta consideração é a construção, para a doutrina nacional do controle de constitucionalidade, da noção de "bloco de constitucionalidade", existente no direito francês e no direito espanhol. Se se considera que os tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, §2º, da Constituição, passam a integrar o que se poderia identificar como normas materialmente constitucionais, e, se se

[61] *A influência*, p. 91.

[62] *Direitos humanos*, p. 77-78.

considera que a idéia de "Constituição" não se restringe ao seu texto documental, chega-se a um alargamento do que se entende por "bloco de constitucionalidade", passando os tratados internacionais de direitos humanos a compor, ao lado do texto documental da Constituição, paradigma para o controle de constitucionalidade brasileiro, tanto concentrado quanto difuso[63].

Outra decorrência importante, considerada a incorporação dos tratados de direitos humanos com *status* constitucional, seria a sua decorrente consagração como cláusula pétrea. Assim, não só esses tratados não poderiam ser revogados por lei posterior, mas também não o poderiam ser por emendas constitucionais, pois o texto constitucional veda sequer a deliberação de emendas constitucionais "tendentes a abolir" os direitos fundamentais.

É o que sustenta Valério de Oliveira Mazzuoli, ainda que atribuindo abrangência menor ao âmbito material das cláusulas pétreas, restringindo-as aos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos:

> Se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se de natureza de 'norma constitucional', e dispondo o produto normativo desses tratados sobre *direitos e garantias individuais*, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do §1º, do artigo 5º, e do §4º, IV, do artigo 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há sequer maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição. Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde seu ingresso, a constituir *cláusulas pétreas*, não mais podendo ser suprimidos.[64]

Haveria, assim, três vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais, todas materialmente constitucionais, independentemente de comporem o texto constitucional documental[65]: (1) os direitos e garantias expressos na Constituição, (2) os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela (Constituição) adotados, e (3) os direitos e garantias presentes nos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[63] Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos*, p. 78-79.

[64] *A influência*, p. 95.

[65] Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência*, p.90.

Atribuem, dessa forma, os que comungam deste entendimento *status* constitucional aos tratados de direitos humanos devidamente incorporados à ordem jurídica interna brasileira[66].

Por fim, vale destacar o entendimento de Maria Garcia sobre o dispositivo presente no art. 5º, §2º, da Constituição.

Destaca a constitucionalista que o dispositivo constitucional se refere a "direitos e garantias", e não a "tratados internacionais", que contenham aqueles direitos e garantias. Assim, por força deste art. 5º, §2º, integram o rol constitucional os direitos e garantias previstos em tratados internacionais incorporados à ordem interna brasileira, independentemente da hierarquia destes mesmos tratados; e integram, por conseqüência, o patrimônio de seus destinatários, de todos os indivíduos. E esta interpretação dada ao dispositivo acarreta conseqüências de ordem prática, como bem aponta Maria Garcia:

> O problema a enfrentar incide particularmente na questão da *denúncia* do tratado ou convenção que tenha integrado alguma vez o ordenamento jurídico: o que ocorre com os direitos e garantias veiculados por esse tratado? Com a denúncia são excluídos da ordem constitucional?
>
> A Constituição não deixa claros à dúvida: sendo direitos e/ou garantias vindos com o tratado ou convenção e incluídos no elenco constitucional de direitos e garantias por força do §2º, art. 5º devem permanecer na ordem constitucional.
>
> Nessa conformidade, mesmo denunciado o tratado, esses direitos e/ou garantias, integrados no patrimônio de seus destinatários (como integrados se encontravam os direitos e garantias expressos na Constituição no advento do tratado), encontram-se disponíveis para seu exercício pelos seus titulares.
>
> É uma decorrência incontornável do ditame constitucional.[67]

Muito interessante o entendimento desenvolvido pela constitucionalista, já que, de fato, a Constituição, em seu art. 5º, §2º, não prescreve literalmente que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, mas prescreve, sim, que os direitos e garantias expressos não excluem outros (direitos e garantias) decorrentes destes tratados internacionais.

[66] Nesse mesmo sentido, cf. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte*, p. 195, MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*, p.64.

[67] *A Constituição*, p. 194

2. A doutrina brasileira sobre a incorporação ao direito interno e o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional nº 45/04

2.1. Sobre a incorporação ao direito interno

Com o dispositivo constitucional acrescido pela emenda, opera-se uma mudança substancial no procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Estabelece o §3º do art. 5º:

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

Da simples leitura do dispositivo, pode-se concluir que o dispositivo não alterou as competências constitucionais para a celebração de tratados internacionais, que continua sendo do Presidente da República, por força do art. 84, VII e VIII, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, por força do art. 49, I. A mudança operada pelo novo dispositivo diz respeito ao procedimento e ao *quorum* de aprovação pelo Congresso Nacional, que passa a ser qualificado, nesta segunda etapa, quando o tratado a ser apreciado versar sobre direitos humanos, para que este seja equivalente às emendas constitucionais. E, analisando-se sistematicamente o texto constitucional, não é difícil entender esta atribuição de equivalência às emendas constitucionais, uma vez que este procedimento agora adotado é idêntico ao procedimento de aprovação de emendas à Constituição, previsto no seu art. 60, §2º. Acolheu-se, na lição de Pedro Dallari,

> a tese de que tratados sobre direitos humanos, dada a relevância da matéria, devem merecer acolhida diferenciada no direito brasileiro, mas procurou-se igualmente contemplar, por meio do quórum previsto para essa excepcionalidade, a lógica do processo legislativo, que exige maior endosso político à aprovação de normas jurídicas de maior posição hierárquica.[68]

As questões debatidas pela doutrina, *v.g.*, se a competência para ratificar os tratados internacionais é do Executivo ou do Legislativo, persistem. Cabe apenas fazer referência a um novo argumento introduzido pela reforma, que poderia vir a ser utilizado em favor dos que defendem a competência do Legislativo para a ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos: o tratado, aprovado nos moldes do §3º do art. 5º, por ser equivalente à

[68] *Tratados internacionais*, p. 89.

emenda constitucional, deve obedecer igualmente ao art. 60, §3º, da Constituição, que descarta qualquer atuação do Presidente da República na aprovação e na promulgação de propostas de emenda constitucional. Dessa forma, seria o Presidente da República incompetente, por força do próprio texto constitucional, para a ratificação destes tratados. Este argumento deve, entanto, ser repelido de imediato, uma vez que o acréscimo do §3º ao texto constitucional em nada alterou o tratamento constitucional da celebração de tratados, incluída aqui a competência do Presidente da República (art.84, VII e VIII, CF).

Questões outras, no entanto, são levantadas acerca do novo procedimento introduzido pela reforma, como sobre a obrigatoriedade deste novo procedimento. Para André Ramos Tavares, o procedimento é obrigatório quando o tratado versar sobre direitos humanos. Não há uma opção para o Congresso Nacional votar um tratado internacional de direitos humanos utilizando-se de um procedimento qualificado, que o equipararia às emendas constitucionais, ou de um procedimento ordinário, que o equipararia às leis infraconstitucionais ordinárias. E mais, ou o tratado é aprovado nos termos do §3 do art. 5º e equivale às emendas constitucionais, ou não apenas é descaracterizada a hierarquia constitucional deste tratado como também fica a República Federativa do Brasil não autorizada a internalizá-lo como norma.[69]

Parece ser mais lógico, por outro lado, sustentar a facultatividade do procedimento, ou ainda a atribuição de *status* infraconstitucional ordinário para os tratados de direitos humanos que não alcançarem o *quorum* qualificado do art. 5º, §3º, mas que alcançarem a aprovação simples. Afinal, o texto constitucional fala que estes tratados que alcançarem o dado *quorum* serão equivalentes às emendas constitucionais, mas não fala que os que não alcançarem a aprovação qualificada, mas alcançarem a aprovação simples, não serão incorporados.[70] É o que sustentam Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini[71], que, ao comentarem a reforma, afirmam que

> no mesmo sentido de valorizar e conferir funcionalidade ao sistema de proteção aos direitos humanos, a emenda cria processo legislativo diferenciado, ainda que facultativo, para a inserção de tratados e acordos internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento

[69] *Reforma*, p. 43-44.

[70] Questão levantada, em mesa de debates promovida pelo Instituto "Pimenta Bueno", por Fernando Dias Menezes de Almeida, em palestra sobre o tema proferida por Elival da Silva Ramos, bem como as questões apresentadas em seguida, sobre o problema da identificação de um tratado de direitos humanos e sobre o que se deve entender por "equivalente" às emendas constitucionais.

[71] *Primeiro passo*, p. 10.

> jurídico.A nova redação do §3º do art. 5º permite que o Congresso Nacional aprove os tratados e acordos internacionais pelo *quorum* qualificado de três quintos, em dois turnos, em processo similar ao conferido para a criação de emenda constitucional.

E, para Camila Ormanes Massoud[72], mesmo os tratados de direitos humanos submetidos ao novo procedimento de incorporação, mas que não alcançarem o *quorum* qualificado, seriam incorporados com *status* de lei ordinária infraconstitucional, pela aplicação do disposto no art. 5º, §2º.

Pode-se questionar, igualmente, como se identificar um tratado sobre direitos humanos. A dúvida parece banal quando se está em extremos facilmente identificáveis como tratados claramente de direitos humanos ou tratados que claramente não versam direitos humanos; mas como toda classificação jurídica, entre os extremos há uma denominada "zona cinzenta", em que a identificação fica, no mínimo, dificultada.

Dúvida também pode restar sobre o que significa que um tratado internacional é "equivalente" às emendas constitucionais. Modificaria ele o texto constitucional, tal qual uma "verdadeira" emenda constitucional[73], ou resultaria no ordenamento jurídico brasileiro o que a doutrina denomina "bloco de constitucionalidade"[74], hipótese em que esses tratados, ainda que não substituam o texto constitucional, seriam tomados como paradigma, ao lado da Constituição, para efeito de controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado?

Mais uma vez coloca-se a questão: ratificado o tratado no âmbito do direito internacional, é necessária a promulgação de um novo ato de incorporação para que o tratado seja aplicado no âmbito territorial de vigência do direito interno, ou a aplicação do tratado no âmbito deste direito interno decorreria de maneira direta e imediata de sua ratificação no âmbito do direito internacional?

---

[72] *Hierarquia*, p. 9.

[73] Parece ser este o entendimento de PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário*, p. 72-73, que distingue tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais, por força do art. 5º, §2º, da Constituição, que não passam a incorporar formalmente o texto constitucional, podem ser denunciados, mas não podem ser "revogados" nem por emenda à Constituição, e tratados material e formalmente constitucionais, por força do art. 5º, §3º, passando estes a incorporar formalmente o texto constitucional, não podendo mais ser denunciados e nem "revogados" por emenda à Constituição.

[74] Parece ser este o entendimento de FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de constitucionalidade*, p. 105.

2.1.1. O fortalecimento da incorporação automática

Sobre a questão, continua sustentando Flávia Piovesan a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos por força do art. 5º, §1º, da Constituição, bastando o ato de ratificação pela República Federativa do Brasil, antecedido de sua assinatura pelo Executivo e aprovação pelo Legislativo, para que estes tratados tenham aplicação tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno. "Nessa temática, o §3º do art. 5º tão-somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos", afirma a autora.[75]

A defesa da incorporação automática ganhou, para a aplicação dos tratados de direitos humanos, novo argumento, como bem expõe André Ramos Tavares:

> Cumpre saber, agora, se o processo próprio das propostas de emenda incidirá sobre o §3º do art. 5º da CB. A necessidade de coerência faz com que a resposta seja positiva. Isto porque, se suas vestes são as de uma emenda constitucional, as formalidades impingidas a esta deverão ser, também, impostas na novel previsão processual.
>
> Sendo assim, essa conclusão leva a outra: a presença do Presidente da República, enquanto chefe de Estado, reduzir-se-á à celebração do tratado internacional (fica excluído do ato de promulgação e publicação e do posterior controle por meio de decreto presidencial, como ocorre em relação aos tratados gerais). [76]

2.2. Sobre o *status*

2.2.1. A atribuição de *status* constitucional

Com a promulgação da emenda constitucional nº 45/04, levantou-se voz na doutrina no sentido de que, somente após o acréscimo deste §3º ao art. 5º, passa a existir a possibilidade de atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, desde que sejam estes incorporados à ordem interna pelo procedimento previsto em seu texto.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que:

> A Emenda n. 45/2004 veio a esclarecer a situação dos direitos advenientes de tratados. Decorre dela deverem-se distinguir duas situações. Uma, a dos tratados que, de acordo com o novo §3º do art. 5º (parágrafo acrescentado por essa Emenda), tiverem sido aprovados pelas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos

[75] *Reforma do Judiciário*, p. 75.

[76] *Reforma*, p. 46.

> membros (procedimento equivalente ao de adoção de Emenda Constitucional – *v*. art. 60, §2º, da Lei Magna); outra, a dos tratados que não foram assim aprovados. No primeiro caso, os direitos decorrentes do tratado têm *status* constitucional, equiparam-se aos direitos fundamentais enunciados pela Constituição (arts. 5º, 6º etc.). Claro está que ato que contrariar tais direitos incidirá em inconstitucionalidade. No segundo, o *status* é a lei infraconstitucional. [77]

É o entendimento também seguido por Pedro de Abreu Dallari:

> Com o novo §3º do art. 5º, estabelece-se, de forma inequívoca, conforme preceituado de forma literal, a possibilidade de que tratados em matéria de direitos humanos tenham equivalência com emenda constitucional, podendo acarretar, portanto, a agregação de novas normas ao sistema da Constituição ou mesmo a derrogação de normas que nele figurem. Mas isto desde que, quando da apreciação do tratado pelo Congresso Nacional, haja aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos em cada uma das Casas, e por pelo menos três quintos dos votos dos membros respectivos. Acolheu-se, assim, a tese de que tratados sobre direitos humanos, dada a relevância da matéria, devem merecer acolhida diferenciada no direito brasileiro, mas procurou-se igualmente contemplar, por meio do *quorum* previsto para essa excepcionalidade, a lógica do processo legislativo, que exige maior endosso político à aprovação de normas jurídicas de maior posição hierárquica.[78]

Ainda nesse mesmo diapasão, faz-se mister transcrever os comentários de José Afonso da Silva:

> Temos aí um §3º regulando interpretativamente cláusula do §2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional *formal* se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais — ou seja, discussão e votação em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, e aprovação por três quintos de votos de seus membros. *Direito constitucional formal*, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de *natureza constitucional material* o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele §3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas

[77] *Direitos humanos*, 7ª ed., p. 101.

[78] *Tratados internacionais*, p. 89. Nesse sentido, TIBURCIO, Carmen. *A EC n. 45*, p. 126. Parece ser este também o posicionamento de FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de constitucionalidade*, p. 102-103, ao admitir "sustentável" a argumentação daqueles que atribuem *status* constitucional tão somente aos tratados de direitos humanos que forem aprovados após a inserção do §3º ao art. 5º, observado o procedimento nele previsto, o que se confirma, aparentemente, com a tese ventilada da "recepção" dos tratados de direitos humanos anteriores para que adquiram *status* constitucional.

> infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*. [79]

Este entendimento traz em seu bojo uma conseqüência lógica relevante: se somente com o novo texto constitucional passou-se a atribuir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, desde que incorporados pelo procedimento nele previsto, forçoso concluir que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente não tinham este *status* constitucional, logo, teriam sido incorporados com *status* infraconstitucional.

José Afonso da Silva tratou da questão nos seguintes termos:

> Esse §3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do §2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio — recepção essa que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina — que tinha meu apoio — sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse §3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por esta última corrente doutrinária. [80]

É o entendimento de Pedro de Abreu Dallari[81], para quem

> a nova exigência de maior *quorum* na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º.

Ainda nesse sentido, Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini[82], ao se referirem ao dispositivo, concluem que

> as regras internacionais não mais ostentariam o *status* de lei ordinária, como ocorria anteriormente, mas a condição de normas constitucionais, e gozariam de supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico,

[79] *Comentário contextual*, p. 179.
[80] *Comentário contextual*, p. 179.
[81] *Tratados internacionais*, p. 91.
[82] *Primeiro passo*, p. 10-11.

> fortalecendo o sistema de proteção dos direitos humanos e dotando de maior rigidez os preceitos que tratam do tema.

No mesmo sentido, Carolina Ormanes Massoud[83], ao se referir ao dispositivo acrescentado pela reforma, ensina que

> a única diferença diz respeito à votação de tais tratados. Com efeito, o resultado das votações dará à norma um determinado valor no arcabouço constitucional: se aprovado o tratado internacional por maioria simples ou absoluta, será equiparado à lei ordinária, enquadrando-se no disposto no art. 5º, §2º, da CF; se por maioria qualificada de 3/5 dos membros do Congresso Nacional, terá o valor de emenda constitucional, por força do disposto no art. 5º, §3º, incluído na CF pela EC n. 45.

Apresenta André Ramos Tavares uma saída, em sua opinião, possível para o problema: seriam os tratados internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à emenda constitucional nº 45/04 "recepcionados" pelo novo dispositivo constitucional. Nas palavras do constitucionalista:

> Como se sabe, no fenômeno da recepção de normas anteriores à nova Constituição (ou a nova emenda constitucional), apenas verifica-se sua compatibilidade material, que no caso positivo permite a absorção da antiga norma infraconstitucional com o *status* que a nova Constituição conferir à respectiva matéria (...). Assim, se a nova "regra" constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, versando (e adotando) direitos humanos, possam ser incorporados ao Direito positivo brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. Só que, a partir de então, seu *status* passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (e, pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (proibição do retrocesso). [84]

Nesse mesmo sentido, sustenta José Carlos Francisco que a recepção, por se tratar de um princípio geral de Direito Constitucional, que independe de previsão expressa, deve ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à reforma atribuindo-lhes *status* constitucional[85].

[83] *Hierarquia*, p. 10.

[84] *Reforma*, p. 47-48.

[85] *Bloco de constitucionalidade*, p. 103.

2.2.2. A manutenção do *status* constitucional

Cabe, em primeiro lugar, uma explicação sobre o que se pretende dizer com a "manutenção" do *status* constitucional. É que neste ponto serão analisados entendimentos que, de alguma maneira, interpretam o dispositivo inserido pela emenda constitucional partindo do pressuposto de que os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente incorporados à ordem interna já gozavam de *status* constitucional. Para os que aderem a estes entendimentos, os tratados internacionais de direitos humanos já tinham este *status* constitucional e o mantém, mesmo após o acréscimo do art. 5º, §3º, pela EC nº 45/04[86].

Um primeiro entendimento sustentado sobre o novo dispositivo constitucional é que ele teria tão somente reforçado a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos já devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa linha, Flávia Piovesan[87], comentando a reforma do Judiciário, ratificou seu entendimento de que, por força do art. 5º, §2º, da Constituição, os tratados de direitos humanos são incorporados com hierarquia constitucional. Continua a entender a autora que "o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um aplicável aos tratados tradicionais", para concluir que

> enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, §2º — apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional.

E após ratificar seu entendimento, afirma que, "neste contexto, a inclusão do §3º ao art. 5º objetiva, ao seu modo, responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos". Continua o texto, no qual sustenta novamente que

> a natureza constitucional já se extrai da interpretação conferida ao próprio art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º ao art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, consagrando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

[86] Todos os autores estudados fundamentam esta situação no art. 5º, §2º, da Constituição.

[87] *Reforma do Judiciário*, p. 71-72.

Conclui Flávia Piovesan:

> No entanto, estabelece o §3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.
>
> Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do §3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que se imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação (...) 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 de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos — que é justamente o *quorum* exigido para aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, §2º, da Carta de 1988. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional. [88]

Outro entendimento sobre o novo dispositivo constitucional é que ele teria acrescentado um novo procedimento de celebração, específico para tratados internacionais de direitos humanos, o que não excluiria, ao menos para os tratados celebrados até a reforma, a tese da incorporação automática material via §2º do art. 5º. Para André Ramos Tavares[89], esta tese não é "de todo inviável".

Partindo do pressuposto de que os tratados internacionais de direitos humanos celebrados anteriormente à emenda constitucional nº 45/04 já têm *status* constitucional, por força dos §§ 1º e 2º do art. 5º; há, inclusive, quem sustente a inconstitucionalidade deste §3º, acrescentado pela emenda.

[88] *Reforma do Judiciário*, p. 71-72.

[89] *Reforma*, p. 43.

Jorge Luiz Calmon de Passos sustenta que:

> *A contrario sensu*, pelo disposto no aludido §3º, os tratados e convenções internacionais que tiverem por objeto a disciplina de direitos humanos, e que forem referendados por atos legislativos que não atendam ao referido *quorum* de três quintos, possuirão valor hierárquico equivalente à lei ordinária ou mesmo a um decreto legislativo não qualificado, podendo, portanto, ser revogados por qualquer outro ato legislativo infraconstitucional, consoante os critérios do direito intertemporal.
>
> A reforma levada a efeito pela EC n. 45/2004 andou mal nesse particular, uma vez que não pode retirar força de que era portador o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos na Constituição, tal como estatuído nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º, cujo entendimento resta consagrado pelas mais abalizadas doutrina e jurisprudência, no sentido de que, desde que verse sobre direitos humanos, a convenção ou o tratado internacional de que o Brasil seja parte terá eficácia imediata no território nacional, independentemente de qualquer ato legislativo que vise a referendá-los, como se demonstrará. [90]

Seguindo o artigo com referências às posições de Antônio Augusto Cançado Trindade e de Flávia Piovesan, entre outros, sobre a incorporação automática e com hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, com força nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, e após lições de Fábio Konder Comparato sobre o valor dos direitos humanos para a Nação brasileira e sobre a força normativa da Constituição, nas palavras de Konrad Hesse e de Gomes Canotilho, conclui o autor que:

> O teor do §3º do art. 5º da CF é de todo inconstitucional, pois viola o disposto no §4º, IV, do art. 60 da Constituição, atentando contra cláusula pétreas insculpidas nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição, afrontando o princípio que se constitui no mais importante pilar de sustentação da República Federativa do Brasil, que é a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II), o que não pode ser admitido.
>
> Como a cláusula pétrea não pode ser nem mesmo minimamente abalada por atos da impropriedade do referido §3º, a este não se reconhece qualquer eficácia, em nada importando a validade formal, pois na essência se revela de todo incompatível com as normas e princípios constitucionais que visam a proteger os direitos humanos, além das garantias e direitos fundamentais, pelo que é inconstitucional, ao mesmo tempo em que prevalecem incólumes e inabalados os §§ 1º e 2º do art. 5º, com sua magnitude supraconstitucional no que respeita aos direitos humanos.[91]

[90] *Direitos humanos*, p. 350.

[91] *Direitos humanos*, p. 353.

Também pela inconstitucionalidade do §3º, acrescentado pela emenda, manifestaram-se Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Blanco Tárrega[92]. Para estes, este novo dispositivo constitucional teria contrariado "a Constituição Federal em seu núcleo fundamental e, mais explicitamente, o Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no nosso ordenamento com *status* constitucional". Por força do art. 29 deste Pacto, que estatui uma norma de interpretação,

> nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, ou limitá-los em maior medida do que nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-Partes (...).

Segundo os autores, "não poderia ter havido a imposição de gravames ao sistema de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, portanto, a exigência imposta é flagrantemente inconstitucional."

Pode-se concluir, por fim, que estes entendimentos guardam relação entre si na medida em que enxergam a reforma implementada pela emenda constitucional nº 45/04 tendo por pressuposto que os tratados internacionais de direitos humanos já gozavam de *status* constitucional, por força do art. 5º, §2º. Para estes autores, o §3º introduzido ao art. 5º não alterou esta situação, que continua inabalada, ou até fortalecida.

Conclusão

O impacto da emenda constitucional nº 45/04, com o acréscimo do §3º ao art. 5º da Constituição foi, por óbvio, direto na doutrina brasileira tanto sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela ordem interna quanto pela hierarquia destes mesmos tratados, após a sua devida incorporação.

Não há quem ignore que o dispositivo elaborado pelo legislador constituinte teve por finalidade dar uma resposta à polêmica que há muito vinha sendo travada dentre os doutrinadores. Se o objetivo do constituinte reformador foi resolver definitivamente a questão, a doutrina não o acompanhou em sua empreitada. E esta é uma primeira conclusão que aqui se apresenta: mesmo após o acréscimo do §3º ao art. 5º da Constituição a doutrina

[92] *Reforma do Poder Judiciário*, p. 456-457.

brasileira não entrou em um consenso sobre a incorporação ao direito interno e sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos.

Com relação à celebração dos tratados de direitos humanos pelo Estado brasileiro, se acolhida a constitucionalidade da emenda constitucional nº 45/04[93], aceita-se, com relação aos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil venha a se vincular após a reforma, que o seu procedimento de celebração deve ser agora qualificado, se se lhes pretende atribuir *status* equivalente ao de emendas constitucionais. É o que se extrai literalmente do preceito constitucional. No entanto, se, por um lado, a adoção deste novo procedimento é pacificamente aceito, não são tão pacíficas as questões da facultatividade deste procedimento, da identificação de um tratado como de direitos humanos e das decorrências no caso de um tratado de direitos humanos não alcançar o *quorum* qualificado, mas, sim, o *quorum* simples de aprovação.

Sobre a incorporação propriamente dita, a discussão que se travava em torno da necessidade de um ato específico de incorporação, qual seja, um decreto executivo editado pelo Presidente da República, sem o qual o tratado internacional, ainda que ratificado, não poderia ser aplicado internamente, ganhou um novo argumento em favor da desnecessidade deste ato: se o tratado de direitos humanos, aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, é equivalente às emendas constitucionais, deve este tratado obedecer ao mesmo regime jurídico das emendas, inclusive quanto à não-participação do Poder Executivo em sua promulgação, que será implementada pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional. Obviamente que a aceitação do argumento depende do que se deve entender por "equivalente às emendas constitucionais", o que não tira, no entanto, sua razoabilidade[94].

No que se refere ao *status* dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, a reforma igualmente não encerrou a discussão.

Analisadas as opiniões antes e depois da promulgação da emenda, pode-se identificar uma tendência dos que sustentavam a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos em verem seu entendimento confirmado pelo novo

[93] Colocada em questão, *v.g.*, por PASSOS, Jorge Luiz Calmon de. *Direitos humanos*, p. 350, e por FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz e TÁRREGA, Maria Cristina Blanco. *Reforma do Poder Judiciário*, p. 456 e s..

[94] Argumento apresentado por André Ramos Tavares, *Reforma*, p. 46.

dispositivo[95], enquanto que os defensores da hierarquia constitucional destes mesmos tratados, antes da reforma, já por força do art. 5º, §2º, procuram preservar este seu entendimento — ou sustentam a inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 45/04, no ponto em que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição, ou sustentam que este dispositivo teria reforçado a sua tese anterior[96], ou, o que parece mais plausível, dentre os que procuram preservar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos já aprovados antes da reforma, sustentam a idéia de que para estes tratados seria aplicado o art. 5º, §2º, sendo-lhes atribuído *status* constitucional, enquanto que, para os tratados a serem aprovados em momento posterior à reforma, será aplicado o §3º do mesmo artigo[97].

Por fim, ainda no que tange ao *status* dos tratados de direitos humanos, cabe ressaltar a mudança de opinião de doutrinadores que, até a reforma, acreditavam na atribuição do *status* constitucional a estes tratados por força do art. 5º, §2º, e que, com o acréscimo do §3º ao art. 5º do texto constitucional, humildemente reconheceram que a emenda veio a acolher tese diversa, qual seja, a de atribuição deste *status* constitucional tão somente aos tratados que, após a reforma, obedecerem ao novo procedimento nela previsto.[98]

Surgem, assim, no que diz respeito à incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem interna brasileira, algumas questões de ordem operacional, mas nem por isso

[95] É exemplo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos*, 7ª ed., p. 101.

[96] Cf. PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário*, p. 71-72. Sobre a questão, são interessantes as considerações de TAVARES, André Ramos. *Reforma*, p. 42, no sentido de que:

O primeiro alerta a ser dado, aqui, é quanto à equivocada idéia de que o novo §3º do art. 5º da CB estaria a ratificar a posição doutrinária que sempre sustentou a estatura constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Se foi essa a intenção do constituinte reformador (intenção cuja descoberta é de todo insignificante), foi certamente uma solução simplista e juridicamente despreparada. Admitir-se status constitucional a partir do §2º é significativamente diferente de admiti-lo por via do novel §3º. No primeiro caso, a constitucionalização é originária, não passível de contestação. No segundo caso, apesar de recente defesa de uma proibição do retrocesso, não se pode negar que o próprio §3º foi introduzido por via de emenda constitucional, que, por sua vez, fala em incorporação dos direitos humanos por via de nova emenda constitucional (aprovando os respectivos tratados internacionais).

A via eleita pela Reforma para supostamente 'encerrar' os debates e controvérsias sobre o assunto difere da idéia extraível do §2º porque: (i) exige a aprovação formal via emenda constitucional; (ii) só admite como constitucionalmente incorporados após a aprovação formal; (iii) a incorporação constitucional formal é de patamar de emenda constitucional, que eventualmente pode conflitar com alguma cláusula pétrea e, nesse sentido, ter a solução adotada pela eliminação da contradição (e não pela harmonização, como ocorre com as normas da Constituição originária).

Desse modo, a única intervenção (catastrófica) da Reforma foi afastar a interpretação (doutrinária) lata que era feita sob o manto do §2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação constitucional, automática e sob o critério da materialidade constitucional de tratados versando direitos humanos.

[97] Esta linha argumentativa não explica como passam a conviver dois dispositivos, no mesmo texto constitucional, que atribuem os mesmos efeitos jurídicos aos tratados internacionais de direitos humanos que passam por procedimentos de incorporação distintos.

[98] É exemplo SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual*, p. 179.

irrelevantes, que tratam diretamente do procedimento a ser adotado doravante. De interesse maior para a doutrina parece ser a discussão sobre a necessidade do decreto do Presidente da República para que tenham os tratados internacionais de direitos humanos executoriedade interna, tendo aqui ganhado os simpáticos à incorporação automática, por força do art. 5º, §1º, novo argumento. Já com relação ao *status* destes tratados de direitos humanos, o dissenso doutrinário continua, podendo-se identificar uma tendência dos doutrinadores em resguardar seu entendimento anterior, utilizando-se dos mais diversos argumentos, com exceção de alguns que reconheceram acolher a reforma entendimento diverso de suas convicções pessoais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional. In: *Revista do advogado*, nº 73, ano XXIII, novembro de 2003, p. 48-58.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, vol. 23, ano XXIII, 2001, p. 175-199.

BAPTISTA, Luis Olavo. Inserção dos tratados no direito brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, ano 33, nº 132, outubro/dezembro de 1996, p. 71-80.

BASSO, Maristela. A convenção nº 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, nº 11, dezembro de 1996, p. 30-39.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, 2ª ed. Brasília: Ed. Universitária de Brasília, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tratados internacionais na emenda constitucional 45. In: *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, (Alarcón, Pietro de Jesús Lora, Lenza, Pedro, Tavares, André Ramos – coordenadores). São Paulo: Ed. Método, 2005, p.83-98.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado. Parte Geral*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: ano 10, nº 41, outubro/dezembro de 2002, p. 69-96.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, (Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier, Luiz Rodrigues, Gomes Jr., Luiz Manoel, *et al.* – coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447-466.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 3ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. *Direitos humanos fundamentais*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Do processo legislativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os tratados internacionais em face da Constituição de 1988. In: *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira (Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do – coordenador)*. São Paulo: Lex Editora, Aduaneiras, 2005, p. 241-245.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, (Alarcón, Pietro de Jesús Lora, Lenza, Pedro, Tavares, André Ramos – coordenadores). São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 99-105.

GARCIA, Maria. A Constituição e os tratados – a integração constitucional dos direitos humanos. In: *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: ano 3, nº 2, 2002, p. 187-195.

_____. Tratados internacionais. Denúncia. Necessidade da participação do Poder Legislativo. O princípio constitucional da tripartição dos poderes. In: *Revista dos tribunais – Cadernos de direito constitucional e ciência política*, ano 5, nº 21, outubro/dezembro de 1997, p. 92-97.

GOMES, Eduardo Biacchi. Tratados internacionais: um ensaio sobre alguns aspectos relevantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 12, nº 46, janeiro/março de 2004, p. 317-338.

GOMES, Luiz Flávio, A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção americana sobre direitos humanos). In: *Revista dos tribunais*, ano 83, vol. 710, dezembro de 1994, p. 21-31.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional. In: *Boletim brasileiro de direito internacional*, anos XXXI a XXXVI, nº 61/66, 1975/1979, p. 53-57

_____. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

MASSOUD, Carolina Ormanes. Hierarquia das normas sobre tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.In: *Reforma do Judiciário comentada*, (Veloso, Zeno, Salgado, Gustavo Vaz – coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 53, junho de 2000, p. 83-106.

_____. O Poder Legislativo e os tratados internacionais. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 10, nº 38, janeiro/março de 2002, p. 9-45.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 13ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito constitucional internacional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Ratificação de tratados*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Análise comparativa dos direitos previstos na Convenção Americana sobre direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica – e na Constituição Federal brasileira de 1988. In: *Revista brasileira de direito constitucional*, nº 4, julho/dezembro de 2004, p. 679-720.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

_____. *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PASSOS, Jorge Luiz Ieski Calmon. Direitos humanos na reforma do Judiciário. In: *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* (Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier, Luiz Rodrigues, Gomes Jr., Luiz Manoel, *et al.* – coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 349-353.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, (Alarcón, Pietro de Jesús Lora, Lenza, Pedro, Tavares, André Ramos – coordenadores). São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 67-81.

RANGEL, Vicente Marotta. La procédure de conclusión des accords internationaux au Brésil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: ano LV, 1960, p. 253-271.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Primeiro passo. In: *Reforma do Judiciário*, Renault, (Sérgio Rabello Tamm, Bottini, Pierpaolo – coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. In: *Revista CEJ*, ano 1, agosto de 1997, p. 54-59.

RODAS, João Grandino. A constituinte e os tratados internacionais. In: *Revista dos tribunais*, ano 76, vol. 624, outubro de 1987, p. 43-51.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de direito administrativo*,.Rio de Janeiro: vol. 212, abril/junho de 1998, p. 89-94.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIBURCIO, Carmen. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, (Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier, Luiz Rodrigues, Gomes Jr., Luiz Manoel, *et al.* – coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121-139.

TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no direito brasileiro. In: *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*, (Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do – coordenador). São Paulo: Lex Editora, Aduaneiras, 2005, p. 141-174.