

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

CECILIA CABALLERO LOIS

MARGARETH ANNE LEISTER

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Margareth Anne Leister, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-167-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A proteção e efetivação dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais é o elo que liga os diversos trabalhos aqui reunidos. Com efeito, a constatação de que, diante da necessidade de assegurar a proteção dos indivíduos ou grupos sub-representados, a soberania estatal é dogma superado ou, pelo menos, fortemente questionado, cada um destes trabalhos vai oferecendo a sua colaboração para a construção de um novo paradigma jurídico/político. O leitor poderá encontrar uma gama de contribuições que abordam desde questões técnicas a respeito do funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos, passando pela análise das suas principais decisões, até trabalhos que discutem casos específicos.

O artigo denominado O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio, a autora Inês Lopes de Abreu Mendes de Toledo analisa algumas decisões do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI), em especial aquelas que tem como destinatários países não signatários do Tratado de Roma. A autora, partindo do pressuposto da crescente universalização dos direitos humanos, sustenta que, mesmo estes Estados deveriam ser responsabilizados diante de crimes passíveis de sanções internacionais.

Elisaide Trevisam e Margareth Anne Leister em seu artigo, denominado O interculturalismo como via para uma convivência humanitária, partem de um pressuposto inexorável, qual seja, que a pluralidade de culturas das sociedades contemporâneas é fato primordial na sua composição e somente a partir deste é devem ser pensadas as formas de integração. Com base neste pressuposto, o trabalho das autoras discute de que forma podem ser pensados dos processos de integração com base na experiência do interculturalismo. Isto implica, com bem irão explicar as autoras em ultrapassar as bases do multiculturalismo e encontrar formas que ultrapassem o mero respeito e tolerância para atingir o reconhecimento e das diversidades como fundamento da convivência humanitária.

Na mesma linha de pensar formas de convivências democráticas e que respeitem a alteridade temos o artigo de Camila Mabel Kuhn e Letícia Albuquerque, O processo de internacionalização dos direitos humanos: uma leitura crítica. A partir de uma contraposição entre Teoria Crítica e a Teoria Tradicional, o artigo tem por finalidade analisar o que a primeira tem a dizer sobre os Direitos Humanos, assim como analisar seu processo de internacionalização. Para as autoras, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos rá possibilitar um novo olhar para o estudo e previsão deste tema, uma vez que busca não só a análise das

previsões internacionais destes direitos, mas a sua efetivação no contexto fático, tal qual como é e ainda, como deveria ser. Por fim, o artigo expressa a sua preocupação para que os direitos humanos sigam avançando, de forma efetiva, enquanto um direito que segue em transformação contínua, tal qual seu objeto de proteção.

Em A questão de gênero como vulnerabilidade da mulher: da convenção de Belém do Pará à Lei Maria da Penha, os autores Bárbara Helena Simões , Cicero Krupp da Luz discutem como os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos tem cumprindo um papel fundamental na proteção e guarda destes direitos. O artigo mostra como após responsabilização pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil publicou a Lei 11.340 a Lei Maria da Penha, destinada para a proteção das mulheres. Assim, o trabalho que o leitor irá encontrar, destina-se a refletir sobre a relação entre a violência de gênero e a atuação do direito internacional na promoção e proteção dos direitos das mulheres.

Ainda dentro dos importantes e crescentes debates sobre gênero, no presente volume o leitor irá encontrar o belo artigo A relevância da imigração frente aos papéis impostos ao gênero: cidadania, direitos humanos e diversidade cultural de Taiane da Cruz Rolim e Leonardo Canez Leite. Com efeito, os autores tem por objetivo demonstrar que os fenômenos migratórios devem ser pensados também a partir de uma perspectiva de gênero. Em seu trabalho, os mesmos demonstram a importância do reconhecimento de papéis impostos aos mulheres e homens no decorrer do desenvolvimento da sociedade, estabelecendo a centralidade da categoria gênero como constituinte da identidade coletiva dos sujeitos migrantes e, especialmente, como forma de preservar a multiculturalidade e diferença na formação da cultura pública.

Ana Paula Teixeira Delgado, em seu cuidadoso texto denominado Perspectivas jurídicas da imigração haitiana no Brasil: em busca de novos aportes, aborda o paradoxal e incerto caráter jurídico da proteção concedida aos haitianos que migraram para o Brasil após o terremoto de 2010. A partir da constatação de que este fluxo migratório representa um fenômeno capaz de redimensionar a forma de olhar e tratar o Outro, a autora demonstra como é inconstante e limitada a relação que o Brasil estabelece com estes migrantes, apontando para o fato de que não lhes foi concedida nem sequer a condição de refugiados, levando os mesmos a permanecer em território nacional em condição incerta e indeterminada. Por fim, a partir do caso haitiano a autora propõem a necessidade de revisão e releitura dos instrumentos internacionais e da normativa interna para casos similares.

Ainda sobre este tema que ganha importância cada vez maior no Brasil, Raynara Souza Macedo e Maristela Xavier Dos Santos em seu trabalho denominado Refugiados no Brasil:

realidades, trabalho e perspectivas, elencadas questões atinentes à proteção do trabalho no cenário mundial, chamando atenção para a condição da precariedade do trabalho no cenário mundial, chamando atenção o aparecimento do homo faber (Agambem) no desenvolvimento das atividades humanas em decorrência da desvalorização da produção levada a termo pelo homem. Esta situação, como bem relata o artigo, se agrava em relação aos migrantes que exercem, em maioria, trabalhos análogos ao escrevo. O trabalho aponta então para a necessidade de Com o fito de embasar a proteção do direito ao trabalho para os refugiados, o trabalho aponta para a necessidade de delinear os instrumentos normativos em âmbito internacional e interno, aptos a salvaguardar os direitos dos trabalhadores, especialmente dos refugiados.

Em Perseguição às minorias religiosas no cenário internacional e a eficácia dos instrumentos jurisdicionais de defesa dos direitos humanos de Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio e Karina Pinto Brasileiro partem do pressuposto que reconhecer a liberdade religiosa significa garantir que as pessoas possam agir livremente na sociedade, assim como compreender que existe uma obrigação, por parte do Estado, de conferir aos cidadãos as condições necessárias para que possam exercitar efetivamente tal direito. Por isto mesmo, quando um Estado atua no sentido de efetuar ou até mesmo não coibir uma determinada perseguição religiosa estamos diante de um fato que pode e deve ser combatido pela atuação de organismos internacionais.

O trabalho Regimes jurídicos e os povos da floresta: Um breve balanço da aplicação de regimes jurídicos internacionais na proteção de comunidades indígenas tem como objetivo identificar os regimes jurídicos internacionais aplicáveis às populações indígenas. O texto procura explicitar que existem normas internacionais destinadas para a proteção e reparação de lesões sofridas pelos povos originários e, ainda, que essas normas estão associadas, não só a regimes jurídicos distintos, como também impactam no estabelecimento de uma correlação entre direito e desenvolvimento.

A compatibilidade da legislação interna com a convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência no acesso aos cargos públicos preocupa-se em debater a compatibilidade da legislação interna com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial a questão da reserva de vagas em concursos públicos. Inicialmente, busca definir quais sujeitos podem ser considerados como pessoas com deficiência, apontando este conceito como abrangente, uma vez que agrega o ambiente econômico e social no qual se insere o destinatário da proteção, ao se referir às interações com diversas barreiras. Tomando por base a legislação interna (Decreto 3.298/1999), o artigo defende que esta não atende de forma plena aos valores da Convenção sendo, então,

legítimo a intervenção do Poder Judiciário para verificar se certo candidato pode se beneficiar das vagas reservadas, quando sua deficiência não estiver nas definições de deficiência da legislação interna.

A FERTILIZAÇÃO CRUZADA E O REDIMENSIONAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO FONTE FORMAL DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS analisa o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional, e o diálogo entre fontes, dada a expansão da jurisdição internacional.

Em Uma introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: reflexões sobre sua história, estrutura e o recente posicionamento do estado brasileiro, o leitor irá encontrar uma excelente reconstrução histórica de formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Explorando os diversos momentos da trajetória histórica do órgão, o artigo aponta para as significativas transformações sofridas frente aos diferentes cenários políticos vivenciados no continente americano. Ressalta, por exemplo, o papel que o SIDH desempenhou durante as décadas de 1970 e início de 1980, de crítica e combate às graves violações de direitos humanos perpetradas pelas ditaduras militares instauradas na América Latina. O trabalho também ressalta importantes críticas que o SIDH sofreu por conta de uma forte crise institucional, quando vários países passaram a critica-lo abertamente afirmando que o órgão era tendencioso e alinhado à política norte-americana. O trabalho também explicita os órgãos que o compõem e suas competências; as principais ações; o seu funcionamento; e, ainda, traz importantes reflexões sobre o seu papel político e institucional. Por fim, explicita questões importantes sobre a relação do SIDH e o Estado brasileiro. Trata-se, portanto, de leitura imprescindível para a compreensão global do sistema.

A obrigatoriedade das medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: mecanismo de garantia dos direitos humanos no contexto interamericano investiga o seu surgimento institucional das referidas medidas e os caminhos para a sua posterior obrigatoriedade. Trata, acima de tudo, de verificar se estas se constituem em mecanismo mais eficaz para a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos do continente americano. Partindo do pressuposto, por impedir o abuso de imediato em situações flagrantes de desrespeito aos Direitos Humanos, o que reforça a necessidade dos Estados cumprirem suas recomendações de boa-fé em razão de sua importância moral, além de ser obrigação jurídica internacional. Partindo do pressuposto que somente o conhecimento dos instrumentos básicos do sistema pode garantir seu funcionamento, o artigo aponta a centralidade do estudo das medidas cautelares. Assim, neste trabalho, estas são apresentadas inicialmente sob uma perspectiva teórica, logo após, debate-se a sua evolução e por fim, a sua aplicação ao longo

das décadas. O artigo ratifica a importância do mecanismo das medidas de urgência no contexto do Sistema Interamericano, com a ressalva de que as medidas cautelares que surgiram a partir de uma prática reiterada da Comissão Interamericana, jamais de um projeto político idealizado e chancelado pelos Estados nacionais, acabaram tendo por vezes sua validade questionada. Contudo, o trabalho caminha para demonstrar a validade jurídica das medidas cautelares e recomenda o abandono imediato do seu aspecto político, assumindo a sua normativa, que é o verdadeiro objetivo e natureza do mecanismo de urgência.

Em Responsabilidade Internacional de Estados por violações de direitos sociais trabalhistas: uma análise de casos do Sistema Interamericano de Direitos humanos, Monique Fernandes Santos Matos aborda a atuação dos dois órgãos principais do SIDH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em suas tarefas relativas à responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores, uma vez que considera os direitos sociais trabalhistas também devem ser objeto de proteção do SIDH. O artigo inicia lembrando que, no campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Firmando este pressuposto, a autora analisa alguns casos sobre o tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos trabalhistas apresentados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de verificar se a jurisprudência da Corte IDH é condizente com o avanço da legislação sobre direitos sociais no contexto regional americano, e de avaliar seu estágio atual de evolução. Com base nestes dados, a autora constata a existência de uma primazia considerável na judiciabilidade e efetividade dos direitos civis e políticos, em comparação com os direitos sociais, econômicos e culturais. Em seu trabalho demonstra o quão são os julgamentos envolvendo os direitos sociais, apesar de altamente frequentes no contexto regional americano.

A CRIAÇÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL, E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS CICLOS DE AVALIAÇÃO (2008-2012) foi a contribuição de Thiago Cardoso Nalesso, avaliando os Relatórios apresentado pelo Estado brasileiro.

A pobreza como óbice à liberdade de expressão: diagnósticos e soluções do sistema interamericano de direitos humanos, de Danielle Anne Pamplona e Anna Luisa Walter de Santana Daniele, relaciona a pobreza à falta de liberdade de expressão nas Américas, uma vez que e exclui essas pessoas dos processos comunicativos e, consequentemente do processo

democrático. As autoras iniciam ressaltando o fato de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante no âmbito do Sistema Interamericano em razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia. Logo após, o trabalho das professoras preocupa-se em conceituar o que seria pobreza, definindo-a, essencialmente, como um critério de renda e como capacidade do indivíduo em adquirir produtos e serviços. Pela utilização de tais critérios, de acordo com o artigo, é possível afirmar que parte da população do território americano se encontra fora do processo comunicativo, suas necessidades não são conhecidas, assim como seus desejos e o modelo de sociedade em que querem viver. Ao limitar a sua capacidade de expressão, a pobreza impõem uma restrição ilegítima ao exercício do direito a liberdade de pensamento e expressão merece pronta preocupação dos juristas e dos Estados, uma vez que ela viola diversos humanos e reproduz a exclusão democrática.

No trabalho apresentado por Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima e Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho, intitulado PARADOXOS DO DIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNCIONALIDADE NOS SISTEMAS DE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL, aborda-se o aspecto funcional dos sistemas direito internacional-direito interno.

Amanda Cataldo de Sousa Tílio dos Santos analisa a nomeação dos perpetradores das graves violações de Direitos Humanos pela Comissão da Verdade, como caminho para a responsabilização jurisdicional dos agentes estatais.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VERSUS A VIOLAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas-corpus 126.292, e da possibilidade de submissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alexandre Machel Simões discorre sobre a opção político-constitucional de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências. Na mesma seara, Jan aí na Franco de Andrade, que aborda as questões procedimentais.

O caso Jean Charles de Menezes é revisitado por Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, abordando as possibilidades de combate ao terrorismo pela via legislativa, inclusive mediante restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Daniel Brocanelli Garabini apresentou trabalho intitulado **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO ÂMBITO**

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, sob a ótica do princípio democrático e da universalidade dos Direitos Humanos.

Boa leitura!

Cecília Caballero Lois

Margareth Anne Leister

Vladimir Oliveira

**A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL E A INCORPORAÇÃO E
HIERARQUIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**THE DEMOCRATIZATION OF BRAZIL AND THE MERGER AND RANKING OF
THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATY IN BRAZILIAN LAW**

Janaina Franco de Andrade

Resumo

A presente pesquisa versa sobre um dos mecanismos mais importantes e efetivos do Direito Internacional, que são os tratados internacionais. No que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, estes têm um tratamento diferenciado pela Constituição Brasileira de 1988. A estrutura do artigo se faz da seguinte maneira: primeiro, observa-se a definição de tratados internacionais, a sua formação, quem são as partes aptas a serem integrantes em um tratado internacional de direitos humanos e quem é o responsável pela aceitação do tratado.

Palavras-chave: Palavras-chave: tratados internacionais, Direitos humanos, Incorporação, Hierarquia, Dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

This research is about one of the most important and effective mechanisms of the international law, which are the international treaties. About the international human rights treaties, these ones are treated differently by the Brazilian Constitution of 1988. Therefore, the structure of the article is as follows: First, we observe the definition of the international treaties, their training, those members who can be the able parties of an international human rights treaty and who is responsible for the acceptance the treaty. After, we speak about the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: international treaties, Human rights, Incorporation, Hierarchy, Human dignity

1. A Guisa de Prolegômenos

Após as duas grandes guerras mundiais, ocorridas em um único século, ficou evidente a barbárie humana de tal maneira que se colocou em debate a necessidade da proteção aos direitos humanos, de modo que as simples disposições internas não se faziam mais suficiente, pois o problema é mais substancial. Portanto, é imperativa a cooperação internacional para a preservação desses, seja por meio de mecanismos formais ou informais.

Assim sendo, o presente artigo discorre a respeito de um dos mecanismos mais importantes e efetivos do Direito Internacional, que são os tratados. No que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, estes têm um tratamento diferenciado pela Constituição Brasileira de 1988, podendo até alcançar *status* de norma constitucional.

Em virtude disso, este artigo irá buscar explanar sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e quanto a sua hierarquização, sem perder de vista o processo de redemocratização no qual foi construída a nova Constituição Brasileira, por isso, a grande preocupação quanto aos direitos humanos e internalização deles.

Para tanto, na primeira parte da pesquisa, será apresentada a definição sobre os tratados internacionais, o processo de formação desses tratados, quem são os seus integrantes e qual o prazo para a sua aplicação pelo Ordenamento Jurídico Interno. Posteriormente, tratar-se-á da dignidade da pessoa humana como um bem juridicamente tutelado pelos tratados internacionais protetor dos direitos humanos. Ademais, sobre o período de redemocratização em que o Brasil passava quando da formação da Constituição, explanando sobre o motivo pelo qual o princípio da dignidade pessoa humana é considerado um princípio fundamental.

Em um terceiro momento, tratar-se-á sobre a posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, *a posteriori*, falar-se-á sobre a incorporação desses tratados e do fortalecimento do constitucionalismo brasileiro por meio deles.

Quanto à metodologia adotada na pesquisa, será utilizado o método dedutivo, por dar um embasamento teórico mais salutar à pesquisa, minimizando o tempo e maximizando a análise dos textos, tendo em vista que se partiu da formação de axiomas para um avanço no estado da técnica quanto ao assunto em questão.

2. O processo de formação dos tratados

Nas palavras de Huzek tratado é um acordo formal que os sujeitos da sociedade internacional estabelecem que tenha como alvo a denominada órbita internacional, para apresentar seus efeitos jurídicos. Semelhante a um contrato, o tratado é acima de tudo, a demonstração da manifestação de vontades (HUZEK, 2000).

Entretanto Mazzuoli vai além e difere os termos utilizados para esse instrumento de Direito Internacional, e explica que existe uma enorme variedade terminológica, sendo: tratado, convenção, carta, protocolo, acordo, concordata e etc., ainda existem outros termos, no entanto, dentro do trabalho será trabalhado com esses termos, por serem os mais usuais quando se trata dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2012, p. 50).

No que concerne as etapas que formam um tratado internacional, não se pode perder de vista que a negociação é o mecanismo base para tal, mas também não há que se olvidar que durante essa fase antes mesmo, necessita-se existir certo interesse por parte do Estado-Contratante, interesse este, que, por vez, é imprescindível e premente a manifestação de vontade demonstrando a sua anuência, qual a razão de ser desse tratado, o que o presente Estado ganhará com o acordo (MAZZUOLI, 2012, p. 47-51).

Ainda, não se pode deixar de abordar um determinado ponto, que é quanto aos Estados que irão ser parte integrante nesse tratado. Ademais, no que concerne a sua composição, estes são formados pelo: preâmbulo no qual indica os objetivos, as razões e os motivos que ensejaram a celebração do acordo entre os sujeitos de Direito Internacional; a parte dispositiva, que é construída por artigos ou cláusulas que estabelecem os direitos e obrigações entre as partes; anexos, estes que tem como finalidade o detalhamento das obrigações e por vez, as cláusulas finais que engloba a data de entrada em vigor, modificação e término dos tratados (MAZZUOLI, 2012, p. 47-51).

Quando se adentra em um processo como esse, deve-se ter em mente que os tratados internacionais podem ser bilaterais e multilaterais. E também que, o mesmo só poderá ser assinado pelo Chefe de Estado ou de Governo. No entanto na maior parte das vezes será negociado por funcionários denominados de plenipotenciários (pleno-poder), sendo estes, Ministros das Relações Exteriores ou Chefe de Missões Diplomáticas (MAZZUOLI, 2012, p. 55-59).

Até a segunda guerra mundial os tratados eram feitos na língua francesa, após a 2ª guerra o inglês passou a predominar. Insta ressaltar que os tratados elaborados no seio da ONU deveram ser redigidos em inglês, francês, espanhol, russo, chinês e árabe (MAZZUOLI, 2012, p. 55-59).

Ainda quanto à essência de seu processo de formação, não se pode deixar de abordar sobre o início que se dará por meio da negociação, já a conclusão se dará por meio da assinatura do tratado, que são de competência do órgão do Poder Executivo (PIOVESAN, 2013, págs. 108e 109).

Para Flávia Piovesan (2013, p. 109), no tocante a assinatura do tratado, ela afirma que:

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

Em subsequência, após a celebração do tratado, portanto já aprovado pelo executivo, seria a apreciação por parte do poder legislativo. Logo após, todo esse corpo célebre, no tocante ao processo, uma vez, aprovado pelo legislativo, há o seu ato de ratificação pelo executivo. Não há que se perder de vista que a “ratificação” nada mais é do que o Estado afirmando sua fiel participação no tratado, ou seja, há uma confirmação por parte do Estado que aceita os atos regidos pelo acordo (PIOVESAN, 2013, p. 109).

No tocante ao assunto, a Convenção de Viena impõe em seus dispositivos gerais, que: “O consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação, ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado”.

Não se pode deixar de citar a ratificação, pois esta vem imposta no art.12 da Convenção de Viena,

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifestará mediante a ratificação: a) quando o tratado disponha que tal consentimento deve manifestar-se mediante ratificação; b) quando conste que de outros modos os Estados negociadores hajam convencionado que se exija a ratificação; c) quando o representante do Estado haja assinado o tratado sob reserva de ratificação; ou d) quando a intenção do Estado de assinar um tratado, sob reserva de ratificação, decorra dos plenos poderes de seu representante ou haja sido manifestada durante a negociação.² O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifestará mediante a aceitação ou aprovação em condições semelhantes às que regem a ratificação (PIOVESAN, 2013, pág. 109).

Ainda no processo de celebração, para um melhor entendimento Flávia Piovesan (2013, p.110) alude que,

Consagra-se assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Presidente da República que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.

A constituição Brasileira expõe em seu art. 84, VIII: “Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Destarte, traz explicitamente a competência imposta ao Presidente de que este é obrigado a participar no processo de celebração de um tratado (PIOVESAN, 2013, p. 110).

Porém, no seu art. 49, inciso I, diz que é competência do Congresso Nacional “Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Desta forma, tem-se que para a celebração de um tratado internacional existe uma cooperação entre o poder executivo e o legislativo. Pois, o Presidente é o corpo celebrante e o Congresso Nacional é o que os aprova por meio de decreto legislativo. Tanto é que se podem citar as constituições brasileiras anteriores de modo que comprove que sempre se fez necessário para a celebração de tratados internacionais a conjugação de vontade entre Executivo e Legislativo (PIOVESAN, 2013, p.110).

Flávia Piovesan afirma que não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional. Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passando assim o tratado a produzir efeitos jurídicos (PIOVESAN, 2013, p.111).

No entanto, a atual Constituição apresenta uma lacuna no tocante ao prazo de entrega tanto por parte do Presidente da República para que encaminhe ao Congresso, quanto ao Congresso para que aprecie o tratado assinado. Pode-se ver a falha no artigo 49, inciso I da Constituição de 1988, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” e 84, VIII, “Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (PIOVESAN, p.112).

Flávia Piovesan (2013, p.112) afirma que: “Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no tocante ao processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional”.

Por isso, pode-se concluir que, quanto à violação referente ao tratado, o Estado que venha por algum motivo descumpri-lo, ou seja, violar o acordo por ele celebrado será responsabilizado no plano internacional.

2.1.Dignidade da Pessoa Humana como bem juridicamente tutelado pelos Tratados Internacionais protetores de Direitos Humanos;

Ao tratar-se sobre a dignidade da pessoa humana, é notável falar de Kant, pois é este o precursor da ideia sobre a dignidade humana. Para Kant a dignidade humana é de fato um valor incondicional dos seres humanos considerando assim a vontade como um fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional, ou seja, no que condiz à humanidade reside, antes de tudo, na própria razão (PITHAN, 2004, p. 69).

Como afirma Fernandes:

A dignidade da pessoa humana é mais do que uma referência normativa à proteção da autonomia individual, portanto se seguirmos a coerência interna dessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana não poderia ser compreendida como princípio, haja vista sua notada superioridade sobre os demais princípios que sempre deveriam ceder para sua aplicação [...] Para uns, coerentemente, dever-se-ia falar em uma regra da dignidade da pessoa humana, para outros, através de uma saída criativa – porém não mesmo falaciosa –, equipara-se a dignidade da pessoa humana a um axioma constitucional, representando assim uma ideia (pressuposta) que se faz verdadeira independentemente de demonstração (FERNANDES, 2013 p. 360).

A dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CR/88), transmite em seu rol, uma ideia, ou melhor, à condição de *meta-princípio*, pois este faz a base para a interpretação dos demais direitos fundamentais, impondo a ilustração humana a receber sempre um tratamento moral condizente e equânime. Para Bernardo Fernandes “Com base, no tratamento, deve-se sempre tratar cada pessoa como fim em si mesma, e por vez nunca no meio para a satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros”, (FERNANDES, 2013 p. 360).

Assim, alguns autores afirmam que, há certo conflito existente ao tratar-se de limites como eutanásia, feto anencefálico e aborto, pois estas transmitem certa discussão quanto à dignidade da pessoa humana. Daí surge uma questão, que se deve analisar. Estaria ou não ferindo tal princípio? E o que dizer a vida em sua essência? Onde está o direito de proteção à vida? (FERNANDES, 2013, p. 360-361).

Conforme a carta magna, que reconhece dentre vários direitos humanos, ou os bens juridicamente tutelados, Bernardo Fernandes afirma que a vida é o mais importante de todos os direitos, pois este é referente à pré-existência ao homem, isto posto ao exercício dos demais direitos, sendo assim, a vida é um bem inviolável, não podendo renunciar desta (FERNANDES, 2013, p. 364).

Ao analisar o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, observa-se que tal instrumento normativo aborda que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida. Esse

direito deve ser protegido por lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”(PIOVESAN, 2013, p. 480).

Mas o conceito de dignidade da pessoa humana vai além dos conceitos pré-determinados, envolvendo assim a vida, a liberdade de todas as formas, como já citados anteriormente, a liberdade, que segundo Kant constitui o maior direito do ser humano, sendo ele o único direito inato daquele, pois esse é o único direito que o ser humano já nasce com a necessidade (FERNANDES, 2013, p. 373).

A ideia de liberdade engloba por vezes o modo geral, sendo esta a liberdade de ação; liberdade de manifestação de pensamento e de expressão; liberdade de consciência e liberdade de crença; esta que é bastante comentada nos dias de hoje, principalmente quando se tratam de transfusão de sangue, liberdade religiosa, assuntos ainda a serem discutidos, por nossos juristas, para que se chegue a uma real conclusão. Ainda falando no tocante a liberdade não se pode deixar de citar a liberdade de locomoção, liberdade de profissão, liberdade de reunião e por fim a liberdade de associação (FERNANDES, 2013, p. 383 a 367).

Ainda expondo o amplo contexto do presente assunto não há como não rememorar sobre a igualdade, e para tanto, utiliza-se dos ensinamentos de José Afonso da Silva que aduz que, “o principio da igualdade apresenta uma construção constitucional multifacetária”. Na vigente Constituição este assunto é abordado por vários artigos, dentre eles: artigo 3º, III e IV; artigo 5º, caput; artigo 5º, I; artigo 7º, XXX e XXXI; artigos 170, 193, 196 e 205 (SILVA, 2005, p.211. APUD. FERNANDES, 2013, p.395).

Portanto, no tocante a aplicação dessa ideia, percebe-se que é tratada de maneira escassa, parece se reduzir a afirmação da necessidade de tratar os iguais pelos iguais, e os desiguais ao modo de sua desigualdade. Desta forma, faz-se importante dizer que em teoria é admissível, porém em sua prática é infactível (FERNANDES, 2013, p. 396).

Quanto à dignidade da pessoa humana, pode ser citado o direito à propriedade; à privacidade, à intimidade e direito a imagem; no que se refere ao sigilo, cita-se: o de correspondência, comunicação telegráfica e de dados. Interceptação telefônica e gravação clandestina; Inviolabilidade do domicílio; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; o devido processo legal; provas ilícitas e as lícitas derivadas das provas ilícitas; direito geral de informação, direito de certidão e direito de petição e também no tocante aos tratados internacionais (FERNANDES, 2013, p. 408).

Quando se fala de tratados internacionais, não se pode deixar de relatar sobre os tratados internacional de direitos humanos, em que é fundamentado na dignidade da pessoa humana, aqui

ele se faz a base desta. Após a segunda guerra mundial, houve-se a necessidade de uma carta que *de per si* protegesse de modo geral a vida, o ser humano.

2.2.Ditadura militar: o percurso da redemocratização brasileira e a Constituição de 1988 como resgate ao princípio da dignidade pessoa humana

O período da ditadura militar brasileira, que fora de 31 de março de 1964, com o golpe militar que derrubou o então governo de João Goulart, até 15 de janeiro de 1985, com a eleição de Tancredo Neves (COUTO, 2010, p. 41). Foi, sobretudo, uma era de instabilidade constitucional que traçou contornos históricos marcantes na política brasileira.

A recém-história foi marcada pela violação dos direitos constitucionais; intensa cassação dos direitos políticos, seguida da forte censura aos meios de comunicação e da livre expressão; violenta represália àqueles que se posicionavam contra o regime ditatorial, sofrendo violência, inclusive a tortura.

Ao todo, seis foram os presidentes brasileiros neste período, 1964 a 1985. Após a eleição de Castello Branco, que fora de 1964 a 1967, seu modo no governo mostrou-se diferente do discurso inicial apresentado, pois assumiu uma postura governamental autoritária (COUTO, 2010, p. 63-83).

O general Arthur Costa e Silva foi o sucessor de Castello Branco, como o Presidente da República, no período de 1967-1969, e diante de um governo tenso e extremamente difícil, o qual se tornou o de Costa e Silva, surgiram vários movimentos sociais que se apresentaram contra o regime. “Em 1968, o governo, em nome da segurança nacional, chega ao extremo de decretar o Ato Institucional nº5 (AI-5), ponto culminante da legislação autoritária e do autoritarismo” (COUTO, 2010, p. 85), consolidando-se como o mais duro governo do período militar.

Em meio a tudo isso Ernest Geisel se ascendera à presidência em 1974. Contudo, fora no seu governo que começou, porém lentamente, o ressurgimento da democracia no país, pois acabou com o Ato Institucional nº 5, apesar de tê-lo usado, e restabelece o *habeas corpus* em 1978, que anteriormente havia sido eliminado do ordenamento vigente da época (COUTO, 2010, p. 172-173).

Após a saída de Geisel, o general João Baptista Figueiredo assume a presidência e decreta a lei da Anistia no qual repatriava aqueles que foram exilados por crimes políticos, podendo retornar ao Brasil. Em 1979 se restabelece o pluripartidarismo no país, que havia sido extinto pelo então presidente Castello Branco, passando a existir, além do PDS e MDB, que logo se

tornou PMDB, o PT (Partido dos Trabalhadores) e PDT (Partido Democrático Trabalhista). Com isso, começa-se a passos lentos um processo de redemocratização na política brasileira (COUTO, 2010, p. 277-279).

O desejo pela regularização da democracia, que era intenso desde a instituição do AI-5, diga-se de passagem, fora a época imperial do militarismo (SILVA, 2012, p. 90), se concretizou através de diversos movimentos ‘político-sociais’ que invadiram as ruas do país após as eleições dos governantes em 1982 (CUNHA JR., 2013, p. 510).

Tais agitações político-sociais ganharam forma com o movimento da ‘Diretas Já’, 1983-1984, por meio de uma gigantesca mobilização nacional em passeatas, comícios por todo o país, em favor das eleições diretas para presidente que bradavam por mudanças na política brasileira (FERNANDES, 2013, p. 275), para que fosse criada uma nova Constituição capaz de devolver, restaurar, as liberdades políticas que foram suprimidas pela ditadura (CUNHA JR., 2013, p. 510).

Após a grande frustração por não atingirem o objetivo proposto pela ‘Diretas Já’, grupos democráticos apoiaram a eleição do então governador de Minas Gerais Tancredo de Almeida Neves para a presidência do Brasil, pois prometeu convocar uma Assembléia Constituinte legítima e democrática, contudo, antes de sua posse, vem a falecer por complicações em sua saúde (SILVA, 2012, p. 90).

Assume o vice, José Sarney, “que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas” (SILVA, 2012, p. 91), mas cumpre o compromisso de Tancredo enviando ao Congresso proposta de emenda. É aprovada então a Emenda nº 26/85. Tal emenda convocou um Congresso Constituinte, onde se reuniriam Deputados e Senadores eleitos pelo povo em fevereiro de 1987 para a elaboração de uma nova Constituição, promulgada em outubro de 1988 (CUNHA JR., 2013, p. 510-511).

Com o advento do texto constitucional de 1988, se instituiu um processo de redemocratização, com tudo, a Constituição vigente,

Diferente de Constituições pretéritas apresenta um sistema de direitos e garantias fundamentais logo no início do seu texto (dando ênfase ao mesmo). Nesse sentido, após os princípios fundamentais (que para boa parte da doutrina, apresenta ponto fulcral a *dignidade da pessoa humana*), teremos o Título II dos direitos e garantias fundamentais, prevendo um rol exemplificativo de direitos individuais e coletivos, sociais (FERNANDES, 2013, p. 276).

Os direitos humanos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição

jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si (PIOVESAN, 2013, p. 97).

A Constituição do Brasil de 1988 representa um avanço, sendo considerada a mais moderna de todas as Constituições. Seu escopo traz a ampliação da concepção de direitos fundamentais e tem como alicerce o Estado Democrático de Direito, a Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana (PIOVESAN, 2013, p. 88).

Sobretudo, trouxe consigo relevante progresso para o Brasil e o mundo se tornando assim um grande documento constitucionalista (SILVA, 2012, p. 91). Por ser considerada uma Constituição Cidadã, o texto se mostra “de forma aberta e plural em um permanente e constante processo de (re) construção de identidades em meio as diferença, que vem”(FERNANDES, 2013, p. 278).

3. Hierarquia dos tratados de proteção aos Direitos Humanos;

3.1. Posição Hierárquica dos tratados no ordenamento interno;

A Constituição Brasileira de 1988 ao se tratar de hierarquia, em momento algum informa à posição que os tratados iriam exercer no ordenamento jurídico pátrio, por isso Valério Mazzuoli discorda do legislador constituinte, pois ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina o papel de estabelecer uma posição a respeito do assunto. Criticando assim a “falta de disposição Constitucional” (MAZZUOLI, 2012, p.85)

Nas palavras de Mazzuoli (2012, p.85),

O que existe agora no texto constitucional, mas que, mesmo assim não estabelece qualquer hierarquia do direito internacional perante o direito interno brasileiro, é o novo § 3º do artigo 5º da Constituição (introduzido pela emenda 45/2004), que trouxe essa possibilidade de os tratados de direitos humanos (e somente estes) passarem a ser formalmente constitucionais.

Diferente de Valério Mazzuoli, Piovesan apregoa que a Constituição da República de 1988 ao trazer em seu § 2º artigo 5º que os Direitos e até mesmo as garantias ali apresentados de forma expressa, não impedem que outros direitos que sejam decorrentes “do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte”, dando interpretação de que os direitos previstos na Constituição tratam-se de um rol explicativo e não taxativo(PIOVESAN, 2013, p. 113).

Piovesan aduz que ao garantir tais direitos que são decorrentes de tratados, implica que “a Carta de 1988 está a incluir no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos

enunciados nos tratados em que o Brasil seja parte”. Ela afirma ainda que “esse processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 114).

A autora supracitada diz mais acerca da disposição constitucional da hierarquia dos tratados internacionais, que

ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos Direitos Internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados [...] [...] essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face de da força expansiva dos valores da dignidade humana e os direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2013, p.114).

Segundo Valério Mazzuoli (2012, p. 86) o posicionamento do STF, quanto à hierarquia dos tratados é de que no Brasil com relação à hierarquia dos tratados vale o princípio *Lex posterior derogat priori*, aplicando o sempre que houver conflito entre um tratado e uma norma de direito interno. Mas que ao julgar a constitucionalidade da prisão civil por dívida de alienação fiduciária irá afirmar que os tratados de Direitos Humanos, teriam status supralegal.

No entendimento de Mazzuoli, quanto ao posicionamento do STF acerca dos Tratados Internacionais “estariam posicionados num nível supralegal (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional)”. Observando um pouco mais adiante percebe-se que essa posição é defendida pelo doutrinador para os demais tratados também. Mazzuoli critica o posicionamento do STF afirmando que esta posição afronta o artigo 27 da convenção de Viena (MAZZUOLI, 2012, p.86).

O referido autor crítica em demasia a postura do STF, pois, para ele, esse entendimento não é admissível, tendo em vista que “um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado pudesse, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível”. O que faz com que questione “que valor jurídico teria um tratado se, por meio de lei interna, fosse possível que deixasse de aplicá-lo?” (MAZZUOLI, 2012, p.88).

Para Piovesan além do processo de inclusão já narrado, acrescenta ainda, que outra possibilidade que se demonstra a favor dos tratados possuem status constitucional quando se tratando de hierarquia, é “a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar o art. 5º§ 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão” (PIOVESAN, 2013, p. 117).

Para a aludida autora ao considerar os direitos internacionais aduz que: “os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a

regra constitucional positivada no § 2º art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta” (PIOVESAN, 2013, p. 117).

Quando se tratando de cláusula aberta e direitos materialmente fundamentais, ainda que formalmente não os sejam, fazendo um comparativo entre o Direito Português e o Brasileiro, observa-se em Canotilho que:

A constituição admite (cfr. Art. 16), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais.

Por outro lado, trata-se de um ‘norma de *fattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positificações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõe no horizonte da ação humana. Daí que os outros autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou *clausula* aberta. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1993, p.528 *apud* PIOVESAN, 2013, p. 118).

Observa-se através das palavras de Canotilho, que a constituição portuguesa em relação aos direitos humanos fundamentais, oriundos do direito internacional, esses ganham status de direitos materialmente fundamentais, dessa forma o ordenamento jurídico daquele Estado abranger muito além daquilo que está positivado nas constituições, é o que o mesmo chama de cláusula aberta. A cláusula aberta a que Canotilho se refere faz menção a todo o Direito Internacional, não se limitando a um determinado ponto em comum (CANOTILHO, 1993, p.528 *apud* PIOVESAN, 2013, p. 118).

Piovesan apregoa que se comete um erro ao igualar os direitos são oriundos do regime adotado pela Constituição do daqueles que provêm de tratados, isso porque enquanto os direitos oriundos do regime adotado pela Constituição: “não são nem explicita e nem implicitamente enumerados, mas provem ou podem vir a prover do regime adotado”, o que faz com que eles sejam difíceis de caracterizar logo de início, enquanto que nos casos de tratados internacionais e direitos emanados dos mesmos, o inverso é a realidade (PIOVESAN, 2013, p.119).

Ela afirma isso, pois, “esses direitos internacionais são expressos, enumerados e claramente elencados”, com isso esses não podem ser tidos como de difícil “caracterização *a priori*”. Tendo em vista que a Constituição brasileira ao falar de direitos internacionais é bem mais específica e fala sobre tratados internacionais, enquanto que a Constituição portuguesa é menos precisa, e fala em direitos internacionais, o que como já explicada é a chamada *clausula* aberta (PIOVESAN, 2013, p. 120).

José Afonso da Silva (2012, p.181) aduz que esses direitos denominados “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. O que reforça aquilo já dito antes de esses direitos terem natureza material fundamental, por tutelar princípios adotados pela Constituição. E mais o doutrinador afirma ainda que uma vez que esses direitos vieram a assumir status de norma jurídica não há cabimento em voltar a disputas sobre seu valor jurídico.

Para este autor, o porquê de não haver cabimento em retornar a discussões sobre a validade jurídica desses direitos está no motivo de que de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem, os princípios supracitados (dignidade humana, liberdade e etc.), são elementos tão primordiais, que o são do “próprio conceito de constituição” (SILVA, 2012, p. 181).

Piovesan (2013, p.120) aduz que quanto a esses direitos previsto nos tratados internacionais, que como já dito, tratam-se de direitos materialmente fundamentais, então surge assim à necessidade, de se fazer uma classificação, afim de melhor serem observados, então ao observar tal assertiva Flávia Piovesan aduz que eles devem ser organizados em três grupos distintos, conforme poderá ser observado a seguir.

Propõe-se nesse sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5^o); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). (PIOVESAN, 2013, p.120).

A autora continua aludindo que, isso se dá devido ao fato de que a Constituição tem como característica recepcionar, ou seja, aceita de forma pacífica os direitos que são oriundos de tratados internacionais, que o Brasil se tornou parte. A Constituição recebe esses direitos dispensando o status de norma constitucional. O que faz com que os direitos enunciados nos tratados venham a fazer parte do rol de direitos e garantias previstos na Constituição, como se se estende a até esses direitos (PIOVESAN, 2013, p.120).

Piovesan destaca que todas as normas constitucionais, possuem status jurídicos, e que essas possuem função que deve ser respeitada junto ao ordenamento interno, e que segundo essa não se pode de forma alguma fazer qualquer tipo de interpretação tendente a diminuir a eficácia, por sua natureza de norma constitucional deve ser dada interpretação que propicie maior eficácia possível a essas normas, e que esse cuidado deve ser elevado quando se tratando de direitos e garantias individuais (PIOVESAN, 2013, p. 121).

Então deve ser reforçado que os tratados de direitos humanos sejam tidos como normas constitucionais, e os tratados internacionais que não versam sobre os direitos humanos tenham

hierarquia infraconstitucional. Destarte, esses tratados se posicionam como supralegais, ou seja, abaixo da CF, e acima das leis infraconstitucionais, para assim se harmonizarem com o princípio da boa-fé. (PIOVESAN, 2013, p.122).

De acordo o princípio da boa-fé o estado não pode invocar disposições de seu ordenamento jurídico interno para deixar de cumprir com obrigações que advém de tratados internacionais, então, havendo a necessidade de mesmo os tratados internacionais que não disponham sobre direitos humanos sejam supralegais, para não haver a possibilidade de uma lei infraconstitucional, vir a revogá-lo (PIOVESAN, 2013, p. 122).

Ainda no entendimento desta autora, esta reforça que sua posição contraria a chamada teoria da paridade que coloca o tratado em igual condição de uma lei infraconstitucional, o que levaria ao princípio de que lei posterior derroga a anterior, no entanto essa teoria “não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 127).

Um caso enigmático faz com que seja questionado acerca da hierarquia dos tratados está na Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado em San José da Costa Rica, o que fez com que esse tratado fosse alvo de inúmeros questionamentos foi o fato de que esse pacto estatui que não haja prisão por motivo de dívidas, incluindo aí as dívidas oriundas do depositário infiel, no entanto no ordenamento jurídico pátrio permitia-se a prisão do depositário infiel (PIOVESAN, 2013, p. 126).

No pacto de San José da Costa Rica está previsto em seu artigo 7^o “Direito à liberdade pessoal” item 7, “ninguém deve ser preso por dívidas. Este princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Esse dispositivo foi alvo de recurso extraordinário junto ao STF, que acabou por entender que os tratados teriam status supralegal. (PIOVESAN, 2013, p. 638).

O STF entendeu que os tratados não podem estar abaixo da Constituição, porque estes não possuem força para mudá-la, ou delimitar a abrangência da Constituição da República de 1988. O STF ao declarar que o Pacto de San José da Costa Rica teria tal status aboliu a prisão nesses casos, pois esses estariam abaixo dos tratados, então não teriam validade por ser contrária a norma superior, no entanto peca, pois os tratados de Direitos Humanos têm total consonância com a ordem constitucional de 1988 por tutelar, valores em comum aos da Carta Magna, que é o da dignidade humana (PIOVESAN, 2013, p. 126-127).

Piovesan destaca que se o Estado porventura vier a considerar todos aqueles tratados de direitos humanos como sendo formal e materialmente constitucionais, vale muito ser lembrado

que esses não poderão em caso algum vir a abolir como se emenda constitucional fosse aqueles expressamente previstos na Constituição por se caracterizarem como cláusulas pétreas (PIOVESAN, 2013, p. 145).

Fazendo um destaque ao direito comparado, cita-se o caso da Venezuela da Constituição de 1999, que apregoa que direitos oriundos de tratados internacionais têm status de norma constitucional, e na medida em que possam ser mais benéficos que a Constituição deve ser autoaplicáveis inclusive nos tribunais ou qualquer outro “órgão do poder público”. (PIOVESAN, 2013, p.149).

A Constituição de 1979 do Peru trazia que os tratados de Direitos Humanos possuem status de norma Constitucional, “e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição”. No entanto, a atual Constituição diz que os direitos nela previstos devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e também com os Tratados de Direitos Humanos, demonstrando está sujeita aos tratados e não o inverso (PIOVESAN, 2013, p.149).

Seguem neste sentido as Constituições dos Estados como a Argentina, Peru, Nicarágua e outras, pois atribuem status de norma constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, “logo é neste contexto – marcado pela tendência de Constituições latinas recentes a conceder tratamento especial ou diferenciados” que “se insere a inovação do art. 5º § 2º” (PIOVESAN, 2013, p.149).

4. Sistema de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Interno;

4.1. Incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Antes da Emenda 45/2004, como foi dito anteriormente, a Constituição havia uma prescrição descrita na Constituição quanto ao tratamento dedicado aos tratados internacionais. O artigo 5º, § 2º expressa que 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.

É nítida a expressa autorização da Constituição quanto à incorporação dos tratados de direitos humanos dentro do ordenamento pátrio, porém não se respeitava tal assertiva. Contudo, vê-se a preocupação do legislador quanto a novos direitos fundamentais advindos de tratados internacionais que poderiam ser incorporados ao rol de direitos e garantias expresso na Constituição.

No dizer de Alexandre de Moraes “tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos” (MORAES, 2013, p. 392). A incorporação desses acordos, de direitos humanos, entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional apresentam no Brasil, um sistema peculiar que muito se diferencia dos considerados tratados internacionais comuns. Visto isso, há de se considerar sobre a relevância desse tema.

Na anexação dos tratados, o poder legislativo fica adstrito na sua atuação podendo decidir de duas maneiras, “a EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com status ordinário (CF, art. 49, I) ou com status constitucional (CF, § 3º, art. 5º)” (MORAES, 2013, p. 392).

Pois bem, para a internalização de um tratado, é necessário cumprir alguns passos. É imprescindível existir a formação, criação do tratado; a assinatura do mesmo que é considerada uma aceitação prévia dos termos; logo vai para a apreciação e aprovação do Congresso Nacional; e por fim, é encaminhado para o chefe do executivo para que autorize e o ratifique. A partir de então, o tratado estará incorporado e logo se torna obrigatório (PALADINO, 2008, p. 86).

A ratificação, portanto, é aceitação definitiva, formal, do Estado dos termos ali elencados no tratado. Sua confirmação, automaticamente produz efeitos jurídicos na esfera nacional quanto internacional. Acaba que o simples ato de assinar não gera efeitos, é necessária a ratificação por meio do Presidente, após a aprovação do Congresso Nacional.

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 84, VIII que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Nesta mesma Constituição, em seu art. 49, I, prediz que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais.

Vê-se, portanto, que a incorporação plena do tratado apenas se confirma com a expressa vontade do representante do executivo, o Presidente da República, adicionada a aprovação do Congresso Nacional, que é por meio de decreto legislativo.

Apesar dos dispositivos constitucionais citados, que dizem respeito à competência de cada poder quanto à incorporação,

Cabe observar que a Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da

República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso (PIOVESAN, 2013, p. 112).

Tal sistemática deixada à discrição dos poderes Executivo e Legislativo, de alguma maneira, poderá ferir a boa-fé vigorante no âmbito internacional. Contudo, caso haja violação de alguma obrigação elencada no tratado internacional de direitos humanos, no qual o seja Estado Parte, o inadimplemento gera automaticamente responsabilização do Estado descumpridor.

5. Considerações Finais

De acordo com o que foi exposto neste trabalho, pôde-se perceber que é inexorável o reconhecimento dos tratados internacionais por parte da Constituição Brasileira de 1988. Entretanto, há divergências quanto ao *status* no Ordenamento Jurídico no que tange aos tratados de direitos humanos e aos que abordam temáticas gerais.

Primeiramente, com respeito aos tratados internacionais antes de 2004, todos eram reconhecidos como tendo status de norma constitucional, já a partir da emenda 45/2004, o conteúdo da tratativa passou a ser importante, pois aqueles que vislumbram sobre direitos humanos e são aprovados em ambas as casas do Congresso Nacional por votação em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais, passando a vigorar como norma da constituição.

No tocante aos tratados internacionais sobre temáticas gerais, terão *status supralegal* e estarão, portanto, hierarquicamente abaixo da Constituição e acima das normas infraconstitucionais. Todavia, cabe ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 não informa sobre a hierarquia dos tratados internacionais – exceto os que versam sobre direitos humanos -, cabendo aos doutrinadores tal análise.

Expressa a importância dada à negociação como um mecanismo eficaz nas Relações Diplomáticas, levanta-se a crítica da falta de prazo quando da assinatura do Presidente da República e da aprovação no Congresso Nacional. Por isso, ressalta-se a importância da cooperação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo quanto aos tratados internacionais, pois o Presidente é o corpo celebrante e o Congresso Nacional é o que os aprova por meio de decreto legislativo.

Em vias de concluir, explana-se que os tratados internacionais já sancionados não podem ser revogados por uma legislação interna posterior, pois estaria ferindo os princípios norteadores das relações internacionais e demonstrando o desinteresse pelas relações diplomáticas. Por fim,

alude-se que a fundamentação constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos é, principalmente, o princípio da dignidade humana.

Referências

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7º ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2013.

COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura. Brasil: 1964-1985**. 5º Rio de Janeiro: ed. Record, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** . 5º ed. Salvador: ed. jusPODIVM, 2013;

HUZEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 3º ed. São Paulo: LTr, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 6º ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais – São Paulo, 2012.

PALADINO, Carolina de Freitas. **A Recepção dos Tratados de Direitos Humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004**. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 82-97, julho/dez. 2008.

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

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressuscitação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.