

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

GILMAR ANTONIO BEDIN

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

OSMAR VERONESE

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin; Vladimir Oliveira da Silveira; Osmar Veronese. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-710-6

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Os direitos humanos têm se constituído num dos temas centrais da agenda política das últimas décadas das sociedades democráticas nas diversas regiões do mundo. Essa centralidade é impulsionada por uma divergência essencial sobre as contribuições dos direitos humanos para a conformação de um mundo melhor e para o fortalecimento do processo civilizatório. O intenso debate existente envolve estudiosos das diversas correntes teóricas sobre os direitos humanos e representantes (militantes) dos diversos grupos sociais.

Dessa forma, fica evidente que é uma preocupação transversal (que envolve questões teóricas e práticas de defesa dos direitos humanos) e que as possibilidades de construção de eventuais consensos são pouco prováveis. Nesse contexto, um primeiro debate que ganha forma é o que se pergunta sobre o fato dos direitos humanos representarem ou não valores universais. Essa indagação reflete uma das questões centrais do mundo atual (globalização) e se interroga sobre o sentido mais profundo dos direitos humanos. Isto é, se os direitos humanos são verdadeiramente uma conquista civilizatória ou são apenas valores do Ocidente que estão sendo impostos unilateralmente ao resto do mundo. Esse quadro fica ainda mais problemático na medida que são acrescidas questões geopolíticas ou geoestratégicas fundamentais.

Além desse fato, um segundo debate importante pode ser identificado na luta estabelecida entre o domínio do direito à igualdade (típico de um cenário de modernidade sólida) e o domínio do direito à diferença (típico de um cenário de modernidade líquida). Essa tensão desencadeia um debate virtuoso sobre a questão da identidade e do reconhecimento nas atuais sociedades complexas. Mas, pode levar também a fragmentação da luta pelos direitos humanos e ao fortalecimento de determinados préconceitos dos grupos sociais mais conservadores. Ademais, alguns teóricos importantes lembram que a luta pelo reconhecimento da diferença foi historicamente uma reivindicação política dos setores políticos ultraconservadores e que, portanto, a afirmação das diferenças pode ser uma verdadeira cilada (pois traz consigo a ideia de superioridade).

Um terceiro debate importante é a questão da proteção nacional verso proteção internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, pergunta-se: é importante essa duplicidade? Qual é a esfera político-jurídica mais apta a proteger os direitos humanos? Como se passa de um âmbito de proteção para outro? Quais são os requisitos a serem cumpridos? É possível o

controle de convencionalidade? São todas questões importantes e que em relação a muitas delas, ainda não é possível uma resposta única. O importante é que as questões estão colocadas e os pesquisadores do tema estão indagando sobre os diversas respostas possíveis e suas consequências para os direitos humanos.

Três debates, como se pode ver, muito importantes sobre os direitos humanos e sobre as quais, na atualidade, é quase impossível chegar a um acordo entre os participantes do debates. Mas, porque, então, chamar a atenção para a existências dos mesmos? Pelo fato que muitos dos artigos que integram a presente obra se aproximam, de uma forma ou de outra, dos mesmos (o que é essencial). Contudo, é importante alertar que os textos não possuem a pretensão de adotarem, em nenhuma hipótese, um posicionamento definitivo e muito menos excluírem os outros possíveis olhares legítimos sobre o aspecto em discussão. Ao contrário, colocam-se à disposição para diálogo franco, aberto e construtivo e para o enriquecimento teórico mútuo.

Os títulos dos artigos que compõe essa obra são os seguintes: Os Conflitos Armados e o Tribunal Penal Internacional; O Terrorismo Internacional e o Tribunal Penal Internacional: Uma Análise a Partir da Nova Ordem Mundial; Os Direitos Humanos Multiculturais; O Processo de Dinamogenesis dos Direitos dos Idosos no âmbito da Organização das Nações Unidas; Normas de Jus Cogens e Crime Contra a Humanidade: O Caso Herzog vs. Brasil; Uma Análise do Caso Damião Ximenes Lopes x Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: A Efetivação de Políticas Públicas Como Garantia de Direitos Humanos; A Infraestrutura como Elemento do Direito Humano ao Desenvolvimento no Marco da Integração Regional Sul-Americana; O Papel das Imigrações no Imaginário Colonial Brasileiro: Por Uma Concepção Contra-Hegemônica do Direito Humano de Imigrar; Migrações em Sociedades de Risco: O Gatilho da Insegurança e Desrespeito aos Direitos Humanos; Margem Nacional de Apreciação e Controle de Convencionalidade: Mecanismos Complementares de Harmonização Entre o Direito Internacional e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais; Há Lugar Para A Hierarquia Supralegal dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988?: Notas Sobre a Interpretação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP; A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos Independe do Decreto Executivo de Promulgação Interna? Perspectivas de Mudança do Entendimento Jurisprudencial; Primazia de Jurisdições: Do Transconstitucionalismo à Teoria do Diálogo das Fontes; O Controle de Convencionalidade Na Defesa Dos Direitos Humanos: Uma Abordagem A Partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann; A Responsabilidade Internacional do Estado pela Escravidão Contemporânea Praticada Por Particulares: O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil; A Questão dos Direitos Humanos em Terras (Des) Colonizadas e Uma Abordagem Sobre a

Incompletude da Justiça de Transição: Estaremos Retrocedendo em Nossa Frágil Democracia?; As Prisões Brasileiras Como um Espaço de Antidireitos: Entre o Discurso Oficial e o Agir Estatal.

É importante registrar, por fim, que os textos que fazem parte da presente publicação foram apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II, realizado no dia 15 de novembro de 2018, Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. No conjunto, os textos revelam a complexidade temática da situação atual da proteção internacional dos direitos humanos e permitem a constatação da rica produção acadêmica brasileira sobre o tema. Por isso, eles merecem uma leitura cuidadosa e crítica de todos os interessados na luta pelos direitos humanos.

Professor Doutor Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ/URI-Santo Ângelo)

Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira (UFMS/MS)

Professor Doutor Osmar Veronese (URI-Santo Ângelo)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A APLICAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INDEPENDENTE DO
DECRETO EXECUTIVO DE PROMULGAÇÃO INTERNA? PERSPECTIVAS DE
MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

**THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS TREATIES IS INDEPENDENT OF
THE EXECUTIVE LAW OF PROMULGATION? PROSPECTS FOR CHANGE IN
THE UNDERSTANDING OF JURISPRUDENCE.**

Monica Lourenço Defilippi Hobeika ¹

Resumo

O presente artigo refere-se a um julgamento realizado no Tribunal Superior Eleitoral onde a questão sobre a vigência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito interno foi amplamente discutida. Os precedentes encontrados no Supremo Tribunal Federal até então exigiam a aprovação de um decreto executivo. Ocorre que, num voto divergente, um dos Ministros lança uma nova perspectiva fundamentada na Constituição Federal Brasileira no sentido de dar maior efetividade às garantias dos direitos humanos, onde a aplicação se dá com a aprovação pelo Congresso Nacional do decreto legislativo. Fica evidente que o Direito e a Justiça estão em constante evolução.

Palavras-chave: Direitos humanos, Tratados internacionais, Aplicação

Abstract/Resumen/Résumé

This article refers to a trial conducted in Brazilian Electoral Superior Court where the question about the validity of International Human Rights Treaties in the internal scope has been discussed. The precedents found in the Supremo Tribunal Federal required the approval of an executive law. In a dissenting vote, one of the Ministers shows a new perspective based on the Brazilian Federal Constitution to give greater effectiveness to the guarantees of human rights, where the application is with the approval by the National Congress of legislative law. It is evident that the law and justice are in constant evolution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, International treaties, Enforcement

¹ Doutoranda pela Universidad Pablo de Olavide, no Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas. Professora do UNISAL, em Campinas, SP e do Curso Proordem, em Campinas, SP.

1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma das ciências mais fascinantes. Em constante mutação de acordo com a evolução da sociedade, exige dos estudiosos reflexões constantes sobre seus institutos e conceitos na busca da verdadeira Justiça, como valor supremo.

Desde o final da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal consolidou a tese de que os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil eram aplicáveis e incorporados em nosso ordenamento jurídico interno após sua devida promulgação pelo chefe do Poder Executivo, por um ato normativo denominado Decreto, mais precisamente, o Decreto Executivo de Promulgação interna, nome dado pela doutrina.

As teorias apareceram e os juristas tomaram suas posições entre dualistas, monistas e até mesmo dualistas moderados, posição esta adotada pela Suprema Corte brasileira ao não exigir uma nova aprovação de lei, mas somente a publicação de um Decreto Executivo.

Ocorre que, passados mais de 20 anos de consolidação jurisprudencial sobre o tema do momento de incorporação dos Tratados Internacionais, eis que surge um julgamento no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, cuja matéria era de direitos políticos, direitos humanos classificados como de primeira dimensão, cuja perspectiva de mudança de entendimento para dar maior efetividade aos direitos humanos no Brasil pode ser observada e deve ser objeto de aprofundamento e reflexão.

O objetivo deste trabalho é refletir sobre o julgamento proferido no Tribunal Superior Eleitoral, principalmente sobre o voto divergente e vencido do Ministro Luiz Edson Fachin, e se descobrir se este julgamento implica em perspectivas de mudança para fundamentar teses futuras em matéria de direitos humanos, buscando sua maior efetividade.

Os tratados de direitos humanos podem ser aplicados no Brasil desde o depósito de seu instrumento de ratificação, devidamente aprovado por Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, com o nascimento do vínculo jurídico, ou devem ser aplicados somente após a promulgação de um Decreto Executivo do Presidente da República? Esta é a questão principal a ser analisada neste trabalho. Como um julgamento numa corte superior de Justiça do Brasil pode ser um sinal de mudança de perspectiva na maior efetividade dos direitos humanos?

A justificativa está na importância do tema para todos aqueles que militam na área dos direitos humanos, pois teriam mais força e fundamento em instrumentos internacionais já

vinculantes para a defesa e luta de seus clientes. Tendo em vista a redução de tempo de pesquisa e seu caráter teórico, o método escolhido foi o bibliográfico.

Espera-se que estas reflexões possam ser usadas como caminho para as argumentações em processos da prática de defesa dos direitos humanos nos tribunais brasileiros.

Parte-se de uma posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no final dos anos de 1990 e chega-se numa posição diferente adotada por um voto divergente do Ministro Edson Fachin, em julgamento no Tribunal Superior Eleitoral que pode representar uma maior efetividade na garantia dos direitos humanos pela sociedade brasileira.

Para se chegar à conclusão, busca-se o entendimento dos direitos humanos como processo de luta, numa concepção da Teoria Crítica de Direitos Humanos. Depois, analisa-se como a Constituição Federal Brasileira disciplina os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com principal relevância para o “status” normativo conferido pelo art. 5º, §3º, da Carta Magna.

Em continuação, explicam-se de forma sucinta, as principais teorias sobre o momento de aplicação dos tratados no ordenamento interno de um país. Tema que é o mais relevante para as conclusões deste trabalho. Como parte da contextualização, analisa-se o Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu Primeiro Protocolo Facultativo, com a determinação dos instrumentos fiscalizatórios disponíveis em cada texto.

Tudo isto para que seja apresentada a nova visão, presente no voto divergente no processo Registro de Candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000 – Brasília – DF (Processo eletrônico), sobre a Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que abre precedentes para que a jurisprudência nacional caminhe numa posição mais benéfica ao jurisdicionado e, também, fundamentada nos preceitos constitucionais brasileiros, onde se diz no art. 5º, § 1º, que os direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho busca uma reflexão focada na possibilidade de os Tratados Internacionais de Direitos Humanos serem aplicados no âmbito interno do país a partir de sua ratificação, trazendo maior efetividade na garantia de percepção dos direitos humanos por uma sociedade tão carente e tão necessitada de dignidade como a sociedade brasileira.

2. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

2.1 DOS DIREITOS HUMANOS ADVINDOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.

Os direitos humanos se referem ao conjunto de direitos imprescindíveis da pessoa para que ela possa ter uma vida digna. Eles são o conjunto de direitos mínimos ligados à dignidade da pessoa. A expressão direitos humanos representa o conjunto das ações com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos.

Das inúmeras definições de direitos humanos encontradas na doutrina pátria e estrangeira a que coloca a ação como ponto principal das conquistas em matéria de direitos humanos é a proveniente da Teoria Crítica de Direitos Humanos, desenvolvida por Joaquín Herrera Flores.

O professor espanhol Herrera Flores (2007, p. 22/23) afirma que os direitos humanos são frutos de uma luta, são frutos de um processo de luta, quando afirma:

Los derechos humanos, más que derechos propiamente dichos son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida.

E continua (HERRERA FLORES, 2007, p. 28):

Para nosotros, el contenido básico de los derechos humanos será el conjunto de luchas por la dignidad, cuyos resultados, si es que tenemos el poder necesario para ello, deberán ser garantizados por las normas jurídicas, las políticas públicas y una economía abierta a las exigencias de la dignidad.

Alguns mais conservadores identificariam esta concepção de processo de luta como uma das características dos direitos humanos: a historicidade. Ao estudar os direitos humanos não se pode ser simplicista ou reducionista entendendo que são eles apenas resultados de processos históricos e da própria evolução da humanidade.

Enquanto estudo doutrinário das características dos direitos humanos, a historicidade é assim definida por Rafael Barreto (2014, p. 28/29):

Ela significa que os direitos humanos são frutos do processo histórico e resultam de uma longa caminhada histórica, marcada muitas vezes por lutas, sofrimento e violação da dignidade humana. Os direitos humanos não surgiram do nada, a partir de uma concessão de algum governante ou de um ser divino, senão que resultaram de lutas da humanidade no processo histórico, muitas vezes indo de encontro justamente à vontade dos governantes.

A concepção de processo de luta pela conquista dos direitos humanos é mais profunda do que uma mera classificação, por isso estas devem ser estudadas e colocadas à prova de um processo de reflexão crítica.

Da mesma forma, a conquista de direitos humanos por luta pode ser usada como fundamento de um princípio norteador da afirmação dos direitos humanos: o Princípio da Vedação de Retrocesso também chamado pelo doutrina como Princípio da Proibição de Evolução Reacionária e Proibição de Efeito Cliquet.

Rafael Barreto (2014, p. 30/31) assim explica:

A compreensão de que não seria possível suprimir direitos, sob pena de retroceder, é objeto da tesa da Proibição de Retrocesso, segundo a qual suprimir direitos já incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade corresponderia a um retrocesso na afirmação da dignidade humana. Em exemplo, suprimir a proibição de tortura equivaleria a ignorar os sofrimentos que a humanidade passou até que essa prática fosse vedada, restaurando uma situação abominável, que atingiu inúmeras pessoas durante a história, o que configuraria um retrocesso em termos de proteção à dignidade humana.

Numa situação de análise prática, pergunta-se se o Poder Constituinte Originário (PCO), nos termos do direito brasileiro, poderia em seu novo exercício nos dias atuais trazer a permissão da tortura no novo texto constitucional, uma vez que uma de suas características seria ser ilimitado?

Em primeiro lugar, só a proposição já causa desconforto e desconfiança, como se algo tivesse muito errado. Depois, numa análise mais atenta, pode-se lembrar do compromisso brasileiro em âmbito internacional com a proteção dos direitos humanos, inclusive com a assinatura, ratificação e promulgação da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 4, de 23/05/1989, ratificado em 28/09/1989 e promulgado pelo Decreto n. 40, em 15/02/1991.

Acrescenta-se, então, o referido princípio como óbice ao poder ilimitado de conteúdo de um chamado Poder Constituinte Originário (PCO). Não se pode retroceder em matéria de direitos humanos. Tudo aquilo que foi conquistado pelo povo de um Estado soberano deve ser mantido, não se admite retrocesso ou eliminação de direitos humanos, ainda mais quando este mesmo país assume compromissos internacionais perante a comunidade internacional.

Portanto, os direitos humanos são resultados da luta da sociedade e estão explicitados em nossa Constituição Federal Brasileira, nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é

parte e, ainda, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, nos termos do parágrafo segundo, do art. 5º, do texto constitucional brasileiro de 1988.

Tratando-se a matéria de direito constitucional, importante saber como a Constituição Federal Brasileira vigente disciplina a incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno. É o que se passa a demonstrar.

2.2 O *STATUS* NORMATIVO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Duas questões se colocam ao se analisar a Constituição Federal Brasileira de 1988, com todas as suas alterações e a disciplina dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A primeira delas é saber com qual “status” normativo o Tratado de Direitos Humanos é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Ele teria natureza de norma constitucional ou infraconstitucional? E a segunda questão que se impõe é saber quando há a produção de efeitos no direito interno dos Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos. Seria da data da ratificação ou seria da data da promulgação pelo Poder Executivo Brasileiro?

Passa-se ao desenvolvimento da primeira questão: o “status” normativo dos Tratados de Direitos Humanos.

Em base teórica, um tratado internacional poderia ter quatro *status* jurídicos diferentes: a) a hierarquia de norma supraconstitucional, b) a hierarquia de norma constitucional, c) a hierarquia de norma supralegal e d) paridade hierárquica entre um tratado e a lei federal.

A primeira categoria – de norma supraconstitucional – significa que os tratados internacionais ao se tornarem norma dentro do ordenamento jurídico de nosso país, seriam considerados normas de eficácia mais forte que nossa própria Constituição Federal. Cumpre ressaltar que tal possibilidade teórica e interpretativa nunca foi adotada pelo Estado brasileiro.

A segunda categoria – de norma constitucional – é aquela que atribui aos tratados internacionais a mesma hierarquia ou eficácia das normas constitucionais, se posicionando no topo da pirâmide kelseniana. Pode-se afirmar que a nossa Constituição brasileira, por força da Emenda Constitucional n. 45/03, inseriu esta possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira prevê:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Desta forma, se um tratado internacional de direitos humanos, frise-se o assunto a ser disciplinado pelo tratado – direitos humanos – for aprovado pelo Congresso Nacional com quórum de 3/5 em dois turnos, terá força de emenda constitucional.

Fundamentado o preceito da Constituição Federal, Flavia Piovesan (2006, p. 35) esclarece:

Esse tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos se justifica, na medida em que apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Saliente-se, ademais, que os tratados de direitos humanos contemplam parâmetros protetivos mínimos, buscando resguardar um “mínimo ético irreduzível” concernente à defesa da dignidade humana. Deste modo, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

Com efeito, o quórum estabelecido para que o Tratado tenha *status* constitucional é o mesmo previsto para as Emendas Constitucionais, nos termos do § 2º, do art. 60, da Constituição Federal.

Além disso, esta competência do Congresso Nacional se manifesta fundamentada no art. 59, inciso I, da CF, e na chamada segunda fase da processualística dos tratados que é a aprovação interna.

Relembrando a processualística de um tratado internacional, ela é composta de cinco fases distintas com características próprias. A primeira fase é a da assinatura e representa um compromisso de uma futura ratificação, ainda não gerando vínculo obrigacional para o Estado signatário. Uma vez assinado o Tratado Internacional o chefe do Poder executivo encaminha uma mensagem ao Congresso Nacional relatando a importância do tratado e, juntamente, com o texto do tratado em língua portuguesa esta mensagem se transforma em PDL – projeto de decreto legislativo. Esta é a segunda fase da processualística chamada de aprovação interna.

Durante a votação no Congresso Nacional brasileiro, se for um tratado de direitos humanos e se for observado o quórum do parágrafo 3º do art. 5º, da C.F., ele terá eficácia de emenda constitucional.

Com a aprovação do Decreto Legislativo o Estado já pode realizar a terceira fase que é a ratificação, momento de origem do vínculo obrigacional. E, depois, o chefe do Poder Executivo expede um Decreto incorporando o texto do tratado ao ordenamento jurídico interno, representando a quarta fase chamada de promulgação interna.

Com relação à terceira categoria – de norma supralegal – esta foi explicada no julgamento do RE 466.343 São Paulo, no qual o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, resultando também a Súmula Vinculante n. 25.

Foi uma grande inovação do Supremo Tribunal Federal ao mudar seu entendimento com relação ao status normativos dos tratados internacionais de direitos humanos. Em sua função precípua de guardião da Constituição Federal, o STF não podia ficar insensível ao tratamento dado pela Emenda Constitucional n. 45/03 aos tratados de direitos humanos.

Se os tratados de direitos humanos aprovados, após a EC.45/03, com o quórum específico, teriam *status* de emenda constitucional, o que fazer com os tratados de direitos humanos aprovados antes de 2003? Deveriam ter status de norma legal, equiparados a leis ordinárias federais? Esta manutenção de um *status* geral de lei ordinária não contrariaria a própria Constituição Federal que alçou os tratados de direitos humanos ao um patamar mais alto da hierarquia normativa?

E não são poucos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. Pode-se exemplificar com os seguintes: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação

contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004.

Então, respondendo estas e outras questões o Supremo Tribunal Federal no citado RE 466.343 atribuiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido também como Pacto de San Jose da Costa Rica, o *status* de norma supralegal.

De acordo com as brilhantes explicações no Voto-Vogal do Ministro Gilmar Mendes¹, a categoria foi assim justificada:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribuí a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

E continua:

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Para Flavia Piovesan a decisão proferida no RE 466.343-1 é uma decisão paradigmática “*tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico*”. (PIOVESAN, 2010, p. 77)

Por fim, a quarta categoria – de norma legal – é aquela que equipara os tratados internacionais às leis ordinárias federais, de aprovação por maioria simples no Congresso Nacional.

¹ Recurso Extraordinário n. 466.343-1, Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Último acesso em 11/09/2018.

Esta categoria vigora no ordenamento jurídico brasileiro por força da Constituição Federal de 1988, uma vez que todos os tratados devem passar por aprovação interna pelo Congresso Nacional mediante votação de um projeto de decreto legislativo.

Nos termos do art. 47, da Constituição Federal, as deliberações de cada casa são tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros. E não é diferente com o projeto de decreto legislativo que segue o mesmo quórum de votação das leis ordinárias.

Com efeito, esta é a atual sistematização da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, se pode analisar o status normativo de um Tratado de Direitos Humanos que terá força de Emenda Constitucional, se aprovado nos termos do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal ou será uma norma supralegal, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 466.343.

2.3 O MOMENTO DE APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS – TEORIAS MONISTA, DUALISTA E DUALISMO MODERADO

Com relação à segunda pergunta que se refere ao momento de aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no âmbito interno, a questão foi apreciada num julgamento de mais de dez horas realizado no Tribunal Superior Eleitoral ao analisar o registro de candidatura de um candidato à Presidência da República.

Neste julgamento – o RCAND 060090350/2018 – os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral se debruçaram sobre a questão do momento de aplicação e efetividade de um dos Tratados de Direitos Humanos – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - mas a repercussão do julgamento pode ser estendida ao demais, dado a importância do tema.

O objetivo deste trabalho é, analisando a referida decisão, saber se estamos diante de uma mudança de posição nas Cortes Superiores do país quanto ao momento de aplicação dos Tratados em matéria de direitos humanos no âmbito interno do país.

Para explicar a incorporação dos Tratados Internacionais e sua respectiva aplicação na ordem interna de um país surgem duas principais teorias: o Monismo e o Dualismo.

Para o monismo só existe uma ordem jurídica e a nacional e a internacional fazem parte desta mesma ordem. Então, quando o tratado é ratificado ele já passaria a fazer parte do ordenamento jurídico interno de um país.

Em 1934, o austríaco Hans Kelsen publicou a obra chamada Teoria Pura do Direito, na qual defendia a existência de uma só ordem jurídica, de forma que a interna seria subordinada à internacional. Ele dizia defendia a “*crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, a formação de um Estado mundial*” (KELSEN, 2002, p. 144)

Já o dualismo é a corrente segundo a qual há duas ordens jurídicas plenamente independentes impostas sobre o Estado que participa do direito internacional: interna e externa (internacional). Os tratados unicamente vinculariam determinado Estado em âmbito internacional, nas relações com os demais Estados, mas nunca poderiam ter força dentro do território, ou criar vínculo obrigacional, entre o povo e governo.

Com efeito, no dualismo o direito é aplicado na ordem internacional e só pode ser aplicado na ordem interna se ele se transformar em direito interno, em direito nacional. Tem que ser transformado em lei interna para ser válido no direito nacional.

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no do Recurso Extraordinário n. 71.154, sob a Relatoria do Ministro Osvaldo Trigueiro, publicado em 25/08/1971, decidiu ser a promulgação o momento de incorporação dos tratados internacionais. A tese vencedora foi a que se refere ao dualismo moderado.

Nos termos do voto do Ministro Osvaldo Trigueiro, assim explica:

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, porém não no âmbito do direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contraentes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca.

O que explica o ilustre Relator é que não seria necessária uma nova lei para depois de ratificado o tratado internacional ocorrer sua vigência no ordenamento interno no país. Daí a teoria chamada dualismo moderado, onde bastava o decreto de promulgação do Presidente da

República e não a exigência de que o tratado fosse novamente apreciado pelo Congresso Nacional.

Desde este antigo julgado, a tese de que os tratados internacionais só entrariam em vigor no Brasil após a promulgação do decreto executivo foi se firmando no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

É um exemplo deste posicionamento o decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480, de relatoria do Ministro Celso de Mello, com decisão publicada em 26/01/2001.

Na ADI n. 1480², fica claro o entendimento extraído de parte da Ementa do referido julgado de mais de 150 páginas:

- É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.
- O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.
- O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

Em que pese a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, Flavia Piovesan (2010, p. 35) alerta para a disposição constitucional do parágrafo primeiro do art. 5º onde: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”, assim expando:

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do §1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir

² Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Último acesso em: 11/09/2018.

eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.

E, justamente, esta tese de aplicação imediata, independente de decreto executivo de promulgação que se observa do voto divergente do Ministro Edson Fachin, proferido no julgamento realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral o que pode indicar uma mudança de perspectiva na maior efetivação dos direitos humanos no Brasil.

Antes, porém, de analisar o julgamento extraído do Tribunal Superior Eleitoral, é necessária a compreensão de quais tratados internacionais foram invocados nas teses postuladas pelas partes envolvidas no processo.

2.4 DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Global ou Universal é o comandado pela ONU. A ONU é responsável pela criação do Sistema Global. O mais importante documento deste sistema é a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, chamada em inglês de Universal Declaration of Human Rights (UDRH).

A Declaração, de maneira inovadora, universalizou a proteção ao ser humano, proclamando que os direitos devem ser reconhecidos a todos os seres humanos, sem qualquer discriminação. A Declaração não foi subscrita por todos os membros das Nações Unidas, tendo ocorrido oito abstenções (Bielorússia, Tchecoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União da África do Sul, URSS e Iugoslávia) dentre os cinquenta e oito membros da época.

Ela tem natureza jurídica de Resolução, não sendo vinculante ou obrigatória. Por isso, era necessário fazer um tratado copiando o texto para que ela tenha valor jurídico e seja obrigatória. Isto só ocorreu em 1966, por causa da situação vivenciada pela humanidade com o fim da 2ª Guerra Mundial e a divisão econômica em dois blocos e ideologias distintas.

No início, pensou-se na possibilidade de apenas um grande tratado que fosse capaz de abranger todos os direitos humanos. Todavia, pela dificuldade de se obterem pontos consensuais, concluiu-se que seria melhor a elaboração de dois Pactos: um referente aos direitos civis e políticos e outro voltado aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os pactos só vieram a entrar em vigou no ano de 1976, cumprido o número mínimo de ratificações exigidos pelos próprios tratados. Surgiram, então, dois tratados: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

De nada adianta termos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos se não temos mecanismos fiscalizatórios do cumprimento das obrigações assumidas nos pactos.

Por isso existem os instrumentos de fiscalização que são criados pelos pactos de direitos humanos como forma de dar maior efetividade à proteção e garantia dos direitos ali enunciados.

De uma maneira geral temos, para cada uma das convenções de proteção dos direitos humanos quatro instrumentos de fiscalização: a) os Comitês, que são o órgão gestor da Convenção, responsável por acompanhar o cumprimento da convenção. Fiscaliza se os pactos estão sendo cumpridos; b) os Relatórios: que são uma declaração, uma prestação de contas. Todo Estado é obrigado a enviar relatórios para o Comitê; c) as Comunicações Interestatais: quando um Estado denuncia o outro Estado que está descumprindo a Convenção; e as d) Petições Individuais: quando pessoas ou grupos de pessoas levam ao Comitê as denúncias de violação de direitos humanos. Este último é considerado o mecanismo efetivo.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06/07/1992.

Em seu texto principal, ele contempla três dos instrumentos de fiscalização: o Comitê, os Relatórios e as Comunicações Interestatais, nos respectivos artigos 28, 40 e 41.

Somente no Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 1º, reconhece a competência do Comitê para receber petições individuais que aleguem violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado parte.

Ocorre que, o Protocolo foi adotado pelas Nações Unidas em 16/12/1966, entrou em vigor internacionalmente em 23/03/1976, foi aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 311, de 16/06/2009, mas ainda não houve promulgação interna.

No referido julgamento de matéria de direitos políticos, pelo voto divergente, foi invocado como fundamento que a falta de promulgação interna do Protocolo Facultativo ao

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não teria o condão de afastar sua aplicabilidade no âmbito interno, podendo, então, os brasileiros submeterem ao Comitê petições individuais com fundamento em violações de direitos humanos perpetradas pelo Brasil, que é Estado parte e já o ratificou. Passa-se a expor os fundamentos deste voto.

2.5 DO PROCESSO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

O Partido dos Trabalhadores – PT – requereu o registro da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva ao cargo de presidente do Brasil nas eleições a serem realizadas no ano de 2018. Este registro de candidatura tomou o nº 0600903-50.2018.6.00.0000 e foi alvo de várias impugnações o que fez o Tribunal Superior Eleitoral brasileiro decidir sobre o deferimento ou não da candidatura num julgamento que durou mais de dez horas.

O julgamento foi decidido pelo indeferimento do registro da candidatura e pela consequente determinação de substituição pelo Partido dos Trabalhadores de seu candidato à Presidência da República Federativa do Brasil.

Ocorre que o julgamento teve um voto divergente proferido pelo Ministro Luis Edson Fachin onde se vislumbra a mudança de entendimento de precedentes de décadas atrás tomados pela Suprema Corte de Justiça do país, da qual o referido Ministro também é membro.

A questão sobre os tratados internacionais e o momento de sua aplicação no direito interno veio para a seara do julgamento do tribunal eleitoral por causa de uma petição do pretense candidato enviada ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, usando de direito previsto no Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, já referido anteriormente.

Do voto da Ministra Rosa Weber³ se extrai a cronologia deste ato de direito internacional:

Em 28.7.2016, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva apresentou requerimento individual ao Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Caso nº 2841/2016) à alegação, de modo principal, da perda de imparcialidade do Juiz Federal Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, para julgar caso em que réu o peticionante. Tal situação estaria a violar o Pacto de Direitos

³ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/acordaos-em-audio-publicados-em-sessao>. Último acesso em: 11/09/2018

Políticos e Cíveis, especialmente quanto à proteção contra prisão ou detenção arbitrária (artigo 9º); à presunção de inocência (artigo 14); à proteção contra interferência arbitrária na privacidade e contra ofensas ilegais à honra e à reputação (artigo 17); e à garantia de ser julgado por um tribunal independente e imparcial (artigo 14). A Representante Permanente do Brasil em Genebra foi notificada em nota de 25.10.2016.

Após duas prorrogações, o Estado brasileiro apresentou manifestação em 27.01.2017, fornecendo informações sobre a Operação Lava-Jato e sobre os processos judiciais instaurados contra o peticionante, além de requerer a declaração de inadmissibilidade do pedido. Em 26.7.2017, o Escritório do Alto Comissariado remeteu às autoridades observações adicionais do interessado a respeito da admissibilidade da pretensão. Em resposta, estas enviaram ao Comitê de Direitos Humanos nova informação, em 29.9.2017, reiterando o requerimento de inadmissibilidade.

Em 05.10.2017, o peticionante se manifestou para informar sua condenação por sentença proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro, em 12.7.2017, a nove anos e meio de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o que estaria a demonstrar a parcialidade com que conduzido tal processo e a inutilidade de utilização dos recursos internos cabíveis. Tal alegação foi transmitida ao Estado brasileiro pelo Alto Comissariado em 12.01.2018. Em 29.01.2017, realizada nova comunicação pelo interessado, desta vez para informar que, em 24.01.2018, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região havia confirmado a sentença condenatória anterior, com majoração da pena imposta para doze anos. Além do reforço ao argumento de parcialidade do Poder Judiciário brasileiro na condução do caso, pela primeira vez teceu o peticionante comentários a respeito da possibilidade e necessidade de concessão, pelo Comitê, de medida de caráter provisório apta a afastar os efeitos deletérios de tal condenação em relação à participação do autor nas eleições presidenciais de 2018. Tal evento foi comunicado ao Estado brasileiro por nota do Alto Comissariado, em 30.01.2018. Nessa mesma oportunidade, o Alto Comissariado informou que eventual manifestação das autoridades brasileiras deveria ser encaminhada ao Comitê de Direitos Humanos até o dia 03.4.2018.

O Estado brasileiro apresentou manifestação no último dia do prazo, abordando tanto as considerações tecidas pelo autor em 05.10.2017, quanto as de 9.01.2018. Na sequência, em 04.4.2018, o Supremo Tribunal Federal denegou habeas corpus preventivo impetrado pelo ex-Presidente. Dois dias após, a defesa protocolou pedido de medida cautelar perante o Comitê de Direitos Humanos, deduzido com o objetivo de evitar a prisão do querelante. Indeferido tal pedido em 22.5.2018, porque ausente risco iminente de dano irreparável. Nesse ponto, decidiu o Comitê dar exame conjunto à admissibilidade e ao mérito da pretensão, diante da sobreposição de elementos a serem considerados nos dois pontos, de acordo com o que dispõe o artigo 100 das Regras de Procedimento do Comitê. Assim, na mesma data de 22.5.2018, o Estado brasileiro foi comunicado a se manifestar sobre a admissibilidade e o mérito do pedido no prazo de seis meses, ou seja, até 22 de novembro de 2018, encontrando-se, portanto, o prazo em curso.

Em 17.8.2018, todavia, o Comitê de Direitos Humanos veio a informar ter decidido atender o pedido de 27.7.2018, no que se refere ao exercício de direitos políticos em face da proximidade das eleições deste ano. A concessão da medida não foi precedida da oportunidade ao Governo brasileiro para manifestação específica a respeito.

Os Relatores especiais do caso, em nome do Comitê (que não se encontrava reunido para deliberação) concluíram pela possível ocorrência de danos irreparáveis à esfera de direitos do autor. A concessão se lastreou, basicamente, no que dispõe o artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, quanto ao aspecto substantivo, além do que estabelecido na Regra 92 das Regras de Procedimento do Comitê –

normas adotadas em caráter interno, sem aprovação dos Estados-Partes daquele Pacto – no âmbito procedimental.

Desta forma, dentro de um processo de matéria eleitoral se tornou importante a análise se o Protocolo Facultativo estava em vigor no Brasil, porque pendente de promulgação interna por Decreto do Poder Executivo, além de outras matérias que não serão expostas neste trabalho.

O Ministro Luiz Edson Fachin expôs sua divergência de forma a se considerar reais e fortes fundamentos para uma mudança de perspectiva. Seu voto está disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/acordaos-em-audio-publicados-em-sessao>, último acesso em 11/09/2018 e até o momento deste trabalho ainda não publicado em versão escrita.

Dado a inexistência de publicação escrita do voto a ser analisado, passa-se às considerações fundamentais dos argumentos ali expostos decorrentes das inúmeras oitivas da sessão de julgamento.

Os pontos principais destacados para este trabalho é saber se o Brasil é parte do Protocolo Facultativo e se ele está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Já se adianta que as respostas são no sentido afirmativo conforme forte fundamento constitucional e doutrinário exposto pelo Ministro Fachin em seu voto.

Em primeiro lugar, há a afirmação de que a Constituição Brasileira define qual é o momento de aplicação de um tratado de direitos humanos no Brasil no §2º, do art. 5º, corroborado pelas explicações de Flavia Piovesan já referidas acima.

Em continuação, há a constatação de que em nenhum lugar a Constituição Brasileira diz que só com a promulgação do Decreto presidencial se entrará em vigor um tratado internacional. Não há nenhum dispositivo neste sentido.

O que se tem é uma série de precedentes jurisprudenciais que equipararam a aprovação dos tratados internacionais ao processo legislativo de uma lei. E o decreto presidencial para os tratados seria equiparado à sanção presidencial da lei como ato derradeiro para sua vigência.

Tal entendimento, desde o voto do Ministro Osvaldo Trigueiro, vem se repetindo como um costume o que o Ministro Fachin chamou de prática constitucional assente, citando ensinamento de José Grandino Rodas, em publicação de 1991.

Acrescenta-se, ainda, que o texto constitucional vigente em seu artigo 49, inciso I, define ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver de forma definitiva sobre os tratados internacionais. A leitura do artigo constitucional citado não deixa dúvida que não é necessário o ato do poder executivo para dar vigência e aplicação na ordem interna de um tratado internacional já aprovado pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo.

Também como outro fundamento importante há a menção à Convenção Viena sobre Tratados que em seu art. 27, diz que o país não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. O que significaria que uma vez ratificado, como foi o Protocolo Facultativo, já produzindo vínculo jurídico entre o país e comunidade internacional, não poderia o Brasil invocar a necessidade de uma promulgação interna (o Decreto Executivo) para dar vigência ao pacto internacional.

E todas estas disposições da Convenção de Viena sobre direitos dos Tratados foram aprovadas pelo Decreto Legislativo 496, de 17/07/2009, ratificada pelo Governo Brasileiro em 25/09/2009 e promulgada pelo Decreto n. 7030, de 14/012/2009. Observe-se que as datas são posteriores aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal os quais defendem tese contrária ao voto do Ministro Fachin. Isto seria outro argumento favorável à mudança de perspectiva.

Desta forma, entende-se que o voto divergente proferido no processo eleitoral comentado pode ser uma esperança de mudança de precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de concluir pela aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos de forma imediata, a partir de sua ratificação e não de sua promulgação interna por decreto do Poder Executivo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho chegou à conclusão de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos para entrarem em vigor no Brasil não precisam da promulgação a ser realizada pelo Poder Executivo. Os referidos tratados entrariam em vigor desde a dada da aprovação do Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, seguida do depósito do instrumento de ratificação.

Partindo-se de uma análise sobre a forma como a Constituição Federal brasileira vigente disciplina os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte, se respondeu duas questões principais: qual o status normativo dos referidos tratados e qual o momento de vigência e aplicação dos mesmos.

Explicando de forma sucinta pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os precedentes que se foram firmando no sentido contrário a tese aqui defendida, de que a promulgação seria ato essencial à validade do tratado no direito interno, faz-se um recorrido pelas principais e antigas teses.

Considerando um julgamento da Justiça Eleitoral brasileira em que os temas de direito internacional e de direitos humanos foram debatidos com exaustão de mais de dez horas de sessão a análise tomou notoriedade e interesse para aqueles que militam nas áreas específicas do direito, tais quais direitos humanos e direito internacional.

Antes da tomada da posição, foi necessário explicar como este tema foi abordado no processo eleitoral brasileiro, também de uma forma resumida.

Desta forma, após estas considerações acredita-se que este julgamento referido possa ser uma esperança na mudança de perspectiva e incluso de precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro para dar maior efetividade à garantia e proteção dos direitos humanos de uma sociedade tão carente e tão violada em sua dignidade humana como a brasileira.

4. REFERÊNCIAS

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2007.

BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivum, 4ª ed., 2014.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Caderno de direito constitucional. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p. 35.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed. rev. at., 2010.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 71154/PR. Ministro Relator: Oswaldo Trigueiro. Julgado em agosto de 1971. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>. Acesso em 11/09/2018.