

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS I**

**CECILIA CABALLERO LOIS**

**DANIELA DA ROCHA BRANDAO**

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/  
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro  
Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-101-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .  
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder  
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I**

---

### **Apresentação**

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos I é resultado do rico e intenso debate ocorrido no grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I realizado no dia 12 de novembro de 2015 no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte. O grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I vêm se consolidando, aos longos dos anos no estudo e na discussão dos temas referentes a proteção e aplicação dos direitos humanos.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho são dotados de grande qualidade científica e complexidade, e abordam aspectos relevantes da interpretação, aplicação e garantia dos direitos humanos, bem como do conflito entre esses direitos e o ordenamento jurídico interno dos Países.

O debate sobre os artigos e ideias apresentadas foi bastante rico, intenso e proveitoso o que motivou a criação dessa obra que contempla os textos apresentados no grupo de trabalho, acrescidos das contribuições decorrentes da discussão realizada. A obra está dividida em quatro seções, levando-se em consideração os temas apresentados

Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, Zaiden Geraige Neto e Kellen Cristine de Oliveira Costa Fernandes analisam o conceito adequado do termo direitos humanos para identificar os direitos essenciais à pessoa humana, e conseqüentemente examinar também o valor supremo que o fundamenta, a dignidade da pessoa humana. A partir daí estudam o processo de evolução dos direitos humanos, passando pelas chamadas dimensões destes direitos. Ainda dentro do tema da constitucionalização dos direitos humanos, Fernanda Brusa Molino examina detidamente as relações entre direito nacional e internacional, sendo tratadas as teorias monista e dualista, a soberania, além da incorporação dos tratados internacionais pelas legislações nacionais, tratando primeiramente da formação e posterior incorporação dos tratados internacionais segundo a legislação brasileira.

Danielle Jacon Ayres Pinto e Elany Almeida de Souza propõem em seu artigo uma reflexão acerca do conceito de sociedade civil global e suas características enquanto instrumento na reivindicação da internacionalização dos direitos e na solução de conflitos. Já Sílvia Leiko

Nomizo e Bruno Augusto Pasion Catolino abordam o processo de justicialização do sistema interamericano através do mecanismo de petições, na forma direta, por meio de grupos ou indivíduos para os órgãos responsáveis, propondo uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios contemporâneos de tal aparato de proteção dos direitos humanos, uma vez que o Brasil é signatário da maioria dos todos os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. Contudo, de forma contraditória, a maciça adesão a tais documentos internacionais não reflete a uma evolução interna na proteção dos direitos humanos.

Os princípios orientadores da ONU e sua aplicação nas estratégias empresariais como forma de proteção dos direitos humanos é estudado por Bárbara Ryukiti Sanomiya e Fabiano Lopes de Moraes. Eles partem do pressuposto que as empresas têm cooperado para o desenvolvimento econômico, em contrapartida elas contribuem para um impacto negativo com graves violações aos direitos humanos comum em uma economia globalizada, desta forma as empresas precisam a proteção, e na não violação dos direitos humanos passa a fazer parte das estratégias empresariais.

Kelly Ribeiro Felix de Souza e Laercio Melo Martins fazem uma análise das correntes do pluralismo e do universalismo e, a partir de então, fazer uma crítica aos fundamentos modernos e também contemporâneos dos direitos humanos. De igual modo Ana Carolina Araujo Bracarense Costa procura em seu texto responder as seguintes indagações: ao julgar caso Gomes Lund e outros VS Brasil, quais foram os principais temas abordados pela CorteIDH que fez com que ela chegasse à conclusão de que a lei de anistia brasileira é inválida? Como se deu sua construção argumentativa, e quais foram suas principais fontes de embasamento normativo e jurisprudencial? Em suma, qual foi a racionalidade jurídica da Corte no julgamento desse caso?

Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Rodrigo Miotto dos Santos em seu artigo verificam em que medida as hipóteses autorizadoras do julgamento de civis pela justiça militar da União compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao disposto no art. 8, item 1, da Convenção, especificamente no que se refere às garantias da imparcialidade e da independência.

William Paiva Marques Júnior estuda em seu texto a consolidação do direito humano à paz no plano das relações internacionais, na medida em que se observa na contemporaneidade uma verdadeira exigência pela democratização das relações internacionais que perpassa indispensavelmente pela exigência da paz e cooperação fundadas na justiça equitativa,

solidariedade e igualdade das partes, mormente no que diz respeito ao modo e aos processos de tomada de decisões nos organismos relacionados à manutenção da paz e da segurança mundiais, principalmente com a atuação da ONU.

No que diz respeito ao direito das minorias, Alessandro Rahbani Aragão Feijó e Flavia Piva Almeida Leite analisam a relação entre o Brasil e a Argentina e a Convenção da ONU sobre o Direito da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a fim de constatar, nos respectivos ordenamentos jurídicos, a influência, o modo de operacionalização e os efeitos produzidos por esse Tratado. Ainda dentro dessa temática Fernanda Holanda Fernandes aborda em seu texto a capacidade civil no direito brasileiro à luz da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, objetivando verificar se a legislação pátria acerca da capacidade civil e do processo de interdição é condizente com a nova compreensão sobre a deficiência estabelecida pela Convenção de Nova York. No mesmo contexto, Ana Luisa Celino Coutinho e Antonio Albuquerque Toscano Filho examinam a garantia do status familiar e afetivo às pessoas com deficiência intelectual no Brasil à luz da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. Eles buscam no estudo evidenciar o descaso e desrespeito por parte do Estado brasileiro e demais motivos determinantes para a inefetividade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, delineando pressupostos viáveis de compatibilização do Código Civil Brasileiro aos seus termos, com vistas ao combate à discriminação e promover à efetivação do direito de as pessoas com deficiência intelectual se casarem e estabelecerem família.

Já Carmen Lucia Sarmiento Pimenta e Matusalém Gonçalves Pimenta levam a efeito um estudo na excepcionalidade da prisão civil visando analisar as teorias monista e dualista, o direito constitucional comparado no que toca ao tema, e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime na esfera dos tratados sobre direitos humanos.

Helder Magevski De Amorim examina com acuidade quais são os limites da jurisdição nacional quando a questão debatida no processo diz respeito ao direito a alimentos. Ele propõe que o direito a alimentos é um direito fundamental e por isso merecedor de uma maior proteção, não se limitando àqueles oriundos do direito de família, mas também incluindo os direitos decorrentes de honorários advocatícios, verbas trabalhistas e indenizações em relacionadas à prática de ato ilícito.

No que diz respeito a violência contra a mulher Eduardo Daniel Lazarte Moron e Francisco Antonio Nieri Mattosinho em seu artigo discutem as consequências legais e dogmáticas da Lei n.º 13.104/2015 que acrescentou a qualificadora do feminicídio ao homicídio doloso. Em termos de direito comparado, fez-se uma análise das legislações no âmbito latino-americano

em relação ao tema. Já Marcia Nina Bernardes e Rodrigo De Souza Costa sistematizam as definições de violência contra mulher no âmbito internacional e as definições das vítimas da violência doméstica como violação de direito internacional. Igualmente focam na construção realizada no Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a obrigação estatal de prevenir, especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Juliana Giovanetti Pereira Da Silva e Lais Giovanetti estudam as migrações contemporâneas para o Brasil, com foco no fluxo, recente, de haitianos que ingressam pelo estado do Acre. Abordam as condições de ingresso destes imigrantes haitianos, sua vulnerabilidade e ações governamentais. Ana Paula Marques de Souza e Flávio Maria Leite Pinheiro, por sua vez, estudam o tema dos refugiados e deslocados ambientais. Atentam para o fato de que é necessário que se qualifique esses refugiados climáticos adequadamente. Já Anne Caroline Primo Avila e Thiago Giovani Romero abordam as migrações de haitianos para o Brasil após o terremoto de 2010 e a possível atribuição da sua condição de refugiado ambiental. Buscam um diálogo desta chamada nova categoria em relação ao sistema de tutela e proteção dos refugiados no âmbito internacional, de acordo com a Convenção dos Refugiados de 1951 e o Protocolo adicional sobre a mesma matéria de 1967.

Elisaide Trevisam e Marilu Aparecida Dicher Vieira Da Cunha Reimão Curraladas tratam do tema do refugio desde a sua tradição ao início de sua normatização. Para tanto se norteiam pela abordagem das principais características do processo evolutivo da responsabilidade de proteção aos refugiados e as suas especificidades no decorrer dos séculos, partindo da tradição religiosa de concessão de asilo até a culminação da Convenção Internacional Relativa aos Direitos dos Refugiados, nascida da realidade do pós Segunda Guerra Mundial.

Rickson Rios Figueira analisa as relações entre as abordagens tradicionais dos discursos de segurança do Estado-nação, o conceito e aplicação da segurança humana e o quadro normativo de direitos humanos estabelecido no âmbito das Nações Unidas, após a 2ª Guerra Mundial. Tanto a securitização, quanto a segurança humana e as normas de direitos humanos importam no tratamento do estrangeiro imigrante, em particular, o refugiado.

Fernanda de Magalhães Dias Frinhani examina o Tráfico de Pessoas, problematizando o fenômeno como um problema que envolve tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto o Direito Interno. Além de trazer o conceito e o histórico desta prática criminosa, o trabalho levanta algumas polêmicas necessariamente atreladas ao tráfico de seres humanos: o poder econômico como um fator que favorece sua prática, quem são as

vítimas do tráfico de pessoas, vulnerabilidades que tornam os indivíduos mais suscetíveis à violação de direitos e por fim, tratamos da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Gleyce Anne Cardoso estuda o tráfico de pessoas que é uma realidade à qual milhares de pessoas estão sujeitas ao redor do mundo levando a efeito uma reflexão sobre o crime de tráfico de pessoas, os Direitos humanos violados por este fenômeno e os instrumentos de prevenção e repressão ao crime. A pesquisa possui um caráter bibliográfico. A justificativa do tema se dá pela relevância social e por afrontar Direitos Fundamentais. Keyla Cristina Farias Dos Santos apresenta a democratização global para a proteção de minorias, através da promoção global dos Direitos Humanos, com o objetivo de se atingir a igualdade real, ou pelo menos, reduzir as desigualdades de fato existente.

Joao Paulo Carneiro Goncalves Ledo estuda a proteção internacional do direito humano ao meio ambiente sadio, com uma visão critica de seus avanços e retrocessos, na medida em que um dos grandes, senão o maior desafio da humanidade na atualidade é enfrentar a crise ecológica que coloca em cheque a existência da espécie humana na terra. Emanuel de Melo Ferreira trata do impacto das secas nos direitos humanos e o papel do ministério público federal a partir da convenção de combate à desertificação da ONU, buscando desenvolver a ideia acerca da necessidade de convivência das populações diretamente afetadas pelas secas com tal fenômeno.

André Filippe Loureiro e Silva analisa o direito do trabalho como direito humano e a sua consequente internacionalização, sendo utilizado o método de revisão bibliográfica, selecionando-se as obras mais relevantes sobre o tema. Inicialmente é feita uma breve reflexão sobre a necessidade e importância dos direitos humanos, como os direitos trabalhistas se encaixariam nesta categoria, bem como a diferença entre direitos humanos e fundamentais.

Monique Fernandes Santos Matos trata da importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para o progresso na implementação dos direitos humanos sociais trabalhistas no continente americano. Em especial, aborda questões relacionadas ao tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores

Por fim, Jesrael Batista Da Silva Filho e Adelita Aparecida Podadera Bechelani Bragato estudam com profundidade os reflexos dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América para os direitos humanos fundamentais do século XXI. Enfrentam o questionamento

acerca de como o Estados deve agir sem que violar os direitos fundamentais tem se revelado sua importância, haja vista seu desrespeito por aqueles grupos terroristas, tornando a guerra contra o terror extremamente desigual, desumana e desleal para o agentes do Estado.

Temos a certeza que a obra será de grande valia para todos aqueles que se interessam sobre os debates referentes ao tema.

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Profa. Dra. Daniela da Rocha Brandão

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois



**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A  
INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS PELOS ESTADOS  
MEMBROS DO MERCOSUL: ESTUDO COMPARATIVO SOBRE A HIERARQUIA  
DAS NORMAS.**

**THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE INTERNATIONAL LAW AND THE  
INCORPORATION OF THE INTERNATIONAL TREATIES BY MERCOSUR  
COUNTRIES MEMBERS: COMPARATIVE STUDY ABOUT THE STANDARDS  
HIERARCHY.**

**Fernanda Brusa Molino**

**Resumo**

O constitucionalismo contemporâneo e a constitucionalização do direito internacional são questões que se relacionam em diversos pontos, assim será feita a análise de ambos os processos que ocorre no mundo jurídico. Serão analisadas as relações entre direito nacional e internacional, sendo tratadas as teorias monista e dualista, a soberania, além da incorporação dos tratados internacionais pelas legislações nacionais, tratando primeiramente da formação e posterior incorporação dos tratados internacionais segundo a legislação brasileira. O trabalho terá como foco a análise do estudo de incorporação dos tratados internacionais, vislumbrando a hierarquia de adoção dos tratados internacionais nas legislações de cada país membro do MERCOSUL, realizando um estudo comparativo entre eles.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais, Hierarquia, Constitucionalismo contemporâneo

**Abstract/Resumen/Résumé**

The contemporary constitutionalism and constitutionalization of international law are issues that relate in various points; it will be done the analysis of both processes occurring in the legal world. The relationship between national and international law, being treated monistic and dualistic theories, sovereignty, further the incorporation of international treaties by national laws will be analyzed, treating first the formation and subsequent incorporation of international treaties under Brazilian law. The research work will focus on the analysis of the study of incorporation of international treaties, seeing the adoption of the hierarchy of international treaties inside the law of each MERCOSUR member country, realizing a comparative study between them.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International treaties, Hierarchy, Contemporary constitutionalism

## **Introdução**

Será feito um estudo sobre a constitucionalização do direito internacional e o constitucionalismo contemporâneo, realçando as relações entre direito internacional e interno, tratando das teorias monista e dualista e da questão sobre a soberania estatal.

O ponto fundamental do estudo versará sobre a incorporação dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado membro do MERCOSUL, verificando a possibilidade de harmonização de legislações internacionais no âmbito do MERCOSUL. Neste ponto será tratada toda a formação dos tratados segundo a legislação brasileira e sua incorporação, e por fim, o estudo comparado analisando Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

Assim, utilizar-se doutrina e legislação de cada um dos países membros do MERCOSUL. E o objetivo central versa sobre como ocorrerá a incorporação dos tratados internacionais em cada um dos países e a hierarquia que será enquadrado os tratados internacionais de direitos humanos e os que não versem sobre direitos humanos.

### **1. A teoria da Constituição e o constitucionalismo**

Primeiramente deve-se compreender o sentido da expressão teoria da Constituição que corresponde ao estudo de elementos essenciais para a definição de uma Constituição, abarcando uma diversidade de questões como o que é uma Constituição, qual a sua finalidade, qual o seu conteúdo e sua relação com as demais normas do Direito (VARELA, 2011, p.4).

Para Canotilho (2003, p. 1318) a teoria da Constituição:

É uma teoria política, porque pretende compreender a ordenação constitucional do político através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional.

(...)

É uma teoria científica, porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, ideais, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional.

Outrossim, Canotilho (2003, p.1319) amplia sua compreensão sobre o alcance da teoria da Constituição explicando que ela possui três sentidos: 1) atuar como instancia crítica das relações constituintes presentes nas normas fundamentais para a criação e revisão de uma constituição; 2) ser fonte de descoberta de decisões, princípios e regras nos modelos

constitucionais; e 3) atuar como filtro de racionalização das pre compreensões do interprete das normas constitucionais.

Deste modo, se compreende que a teoria da Constituição abarca diversas questões correlacionando inclusive com um estudo comparativo entre as normas constitucionais existente no mundo, evidenciando a questão da globalização<sup>1</sup> na atual sociedade.

Todavia, o estudo deste trabalho busca focar a inter-relação entre os diversos ordenamentos jurídicos, por esta razão deve-se analisar o direito como um todo, e para o inicio toma-se como referencia a Constituição.

A Constituição representa a “lei fundamental de uma sociedade soberana, elaborada pelo povo ou seus legítimos representantes, que organiza o governo, declara direitos e garantias fundamentais e estabelece os preceitos superiores do ordenamento”(CUNHA, 2011, p.82).

Segundo Jose Afonso da Silva (2001, p.38) a constituição representa:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Outro ponto importante trata da mudança de paradigma que a norma constitucional sofreu ao longo do século XX. A Constituição na Europa, até meados do século passado, era vista como documento politico, tratando da atuação dos poderes públicos, transmutando-se como norma com imperatividade (BARROSO, 2009, p.55), ou seja, com força normativa, após a Segunda Grande Guerra, que proporcionou um processo de reconstitucionalização<sup>2</sup>.

Tal processo recebeu diversas designações como constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo da segunda pós-guerra e neoconstitucionalismo, termo comumente encontrado no meio acadêmico.

O neoconstitucionalismo está relacionado ao desenvolvimento do Estado de bem-estar social (*Welfare State*) e a difusão de teses jurídicas baseadas na força normativa da Constituição e sue efetividade (SILVA, Alexandre, 2009, p. 96).

---

<sup>1</sup> Segundo o Dicionário Aurélio corresponde a um “processo típico da segunda metade do séc. XX que conduz a crescente integração das economias e das sociedades dos vários países, especialmente no que toca à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações. As novas tecnologias de comunicação e de processamento de dados contribuíram enormemente para a globalização”.

<sup>2</sup> Iniciado na Alemanha, posteriormente em Portugal, Espanha e Itália. No Brasil tal processo foi deflagrado na década de 80, com a crise do regime ditatorial.

Destarte, o neoconstitucionalismo abarca uma visão ampliada da Constituição, abrangendo questões importantes para a sociedade como o respeito aos direitos básicos da pessoa e a sua respectiva efetividade e obrigatoriedade, oferecendo um novo *status* ao diploma constitucional, o caracterizando a partir de então como *Carta Magna* e estabelecendo uma hierarquização de normas como ensina Kelsen<sup>3</sup>.

Ainda com o fim da Segunda Guerra Mundial e o resultado das atividades oriundas do Nazismo houve uma preocupação da comunidade internacional em criar mecanismos para reprimir tal repetição de fatos e violações de direitos. Consequentemente, entre os mecanismos criados são elencados a Organização das Nações Unidas e a elaboração de tratados internacionais para tal fim. Por conseguinte, houve uma expansão quantitativa e qualitativa de normas internacionais.

Surgiu, assim, uma preocupação com a defesa dos direitos fundamentais, estampados nos tratados internacionais universais e regionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950). Deste modo, verifica-se a denominação destes direitos como direitos humanos<sup>4</sup>, que corresponde ao sistema de direitos essenciais da pessoa humana (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 203).

Importante destacar o pensamento de Silveira e Rocasolano (2010, p.204-205):

Nossa análise terminológica cinge-se unicamente à expressão “direitos humanos” e em sua forma positivada no direito doméstico – ou seja, “direitos fundamentais” –, aplicada aos direitos humanos reconhecidos na ordem constitucional positivada de determinado Estado.

Deste modo, com a ocorrência de tal processo democrático surgiram nas Constituições nacionais diversos preceitos elencados em tratados internacionais de direitos humanos, promovendo o processo de constitucionalização universal.

A constitucionalização, em termos gerais, corresponde a um processo de transformação do Direito gerada pela Constituição (FIGUEROA, 2009, p. 146).

A constitucionalização do direito internacional corresponde a “um fenômeno pelo qual o Direito Internacional mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional”

---

<sup>3</sup> Hans Kelsen desenvolve a Teoria pura do direito e nela estabelece a hierarquia das normas, relacionando a norma hipotética fundamental, a Constituição Federal e as normas gerais, estabelecendo um fundamento de validade da norma com base no ordenamento jurídico.

<sup>4</sup> Anuência plena com o pensamento de SILVEIRA e ROCASOLANO quando explicam que a expressão “direitos humanos” é preferível dentre todas as existentes, sendo aceita pela sociedade em geral e já sendo empregado na linguagem cotidiana, representando tais direitos como o ideal comum pelo qual todos os povos e nações devem se esforçar para a sua realização. Verifica-se que o termo “direitos humanos” une as expressões “direito” e “humano”, realizando uma aproximação de conceitos.

(RAMOS, 2012, p.21). Destarte, verifica-se um consenso entre sistemas constitucionais nacionais e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, auxiliando na harmonização de legislações.

Segundo Ramos (2012, p.22):

O chamado neoconstitucionalismo, que prega a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defende a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento (constitucionalização do Direito), sugere ativismo judicial (em especial da jurisdição constitucional) para fazer valer os valores constitucionais e aceita a abertura da Constituição às normas internacionais, para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado.

Haja vista, é constatado a íntima relação entre o surgimento do constitucionalismo contemporâneo e a ampliação do direito internacional com foco no amparo aos direitos fundamentais e a sua normatização.

Verifica-se que o direito internacional e o direito constitucional caminham lado a lado, sendo que a abertura das constituições nacionais às normas de direito internacional está expresso em muitas delas, como acontece com países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

A Constituição brasileira também se mostra aberta à recepção de normas internacionais como expressa o artigo 5º, parágrafo segundo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.** (grifo nosso)

O que extrai deste dispositivo é justamente a intenção do legislador constituinte em salvaguardar todos os direitos fundamentais, estejam eles expressos na Constituição Federal como também os estampados em tratados internacionais.

## **2. Relações entre direito internacional e direito nacional**

Com base nos estudos realizados no ponto anterior, é claro a existência da relação entre os direitos nacionais e o internacional.

A dúvida existente diz respeito ao conflito entre a ordem jurídica interna e a externa, buscando tratar qual deles que se sobressairá, ou seja, qual deles terá a supremacia em sua observância em detrimento do outro.

Para elucidar a questão buscar-se-á fundamentação em duas teorias: a dualista e a monista. Primeiramente a teoria dualista, teve como criador Carl Heinrich Triepel, consubstanciando na ideia de que o direito internacional e o direito nacional configurarem sistemas independentes e distintos, não existindo a possibilidade de conflito entre os ordenamentos, constituindo duas esferas distintas, podendo ser tangentes, mas jamais secantes. Desta forma, uma norma de direito nacional não se condicionará a uma norma de direito internacional.

Já a teoria monista, tendo como arquiteto Hans Kelsen, caracteriza-se pela unicidade da ordem jurídica nacional e da internacional, existindo uma subordinação entre elas, estabelecendo um sistema hierarquizado, existindo conflito entre elas. Por conseguinte, ela se divide em duas correntes: 1) da primazia do direito internacional sobre o nacional, em que normas de direito internacional ocupam o topo do sistema; e 2) da primazia do direito nacional sobre o direito internacional, estabelecendo exatamente o oposto da primeira corrente.

Os defensores da corrente monista da primazia do direito nacional; entre eles Decencière-Ferrandiere, Max Wenzel, Zorn e Kaufmann; argumentam que não existe uma autoridade supra-estatal respeitando o princípio da soberania estatal.

Já os defensores da corrente monista da primazia do direito internacional, representada por Kelsen, Scelle, Verdross, Kunz e Politis, acatando a ideia do conflito de normas e a norma fundamental como a norma de direito internacional, acatando a ideia de conceito de soberania dinâmica.

A questão da soberania é tema de fundamental importância, uma vez que está sendo acatada a ideia de soberania flexibilizada ou relativizada, que justifica o surgimento de entidades supranacionais, como no caso da União Europeia que possui um Parlamento.

Tal concepção de soberania relativizada é explicitada por Piovesan (2012, p. 97):

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as

exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional. Dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Estes são os novos valores incorporados pelo Texto de 1988, e que compõe a tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Apesar da concepção da relativização da soberania nacional, é preferível adotar a ideia defendida pelos monista que primam pela supremacia do direito internacional, considerando que o conceito de soberania não é estático, porem dinâmico, suscetível a mudanças conforme o delineamento que o direito internacional se reveste. Tal ideia é expressa por Finkelstein (2013, p.179):

A soberania do Estado sob o direito internacional é a sua independência legal de outros Estados. Em outras palavras, soberania é um termo abrangente denotando direitos que, em dado tempo, estão em conformidade com o direito internacional e as obrigações impostas pelo mesmo direito internacional, esses direitos e obrigações conformam a soberania e não decorrem da soberania. Soberania é o *status* legal de um Estado, como definido pelo direito internacional. A soberania não é natural nem estática. Em um processo que impôs mais restrições à liberdade de ação dos Estados, sua substancia mudou e vai mudar ainda mais no futuro.

Conclui-se que a concepção de soberania absoluta não pode ser a ideia prevalente presente no imperativo constitucional, até mesmo porque existem situações presentes no direito internacional que contrariam tal concepção, haja vista a existência da União Europeia e seu Parlamento, que é instituição supranacional, sendo aceita constitucionalmente por todas as constituições de seus estados membros.

Desta forma, a ideia de soberania sofre mudanças para atender aos anseios do processo de globalização e do surgimento de novos institutos jurídicos.

A relação mais importante a ser tratada consiste na incorporação dos tratados internacionais pelo direito nacional. Deste modo, veremos a varias soluções adotadas pelos Estados no quesito de adoção de regras de direito internacional no ordenamento interno.

As formas de adoção das normas de direito internacional veremos três possibilidades, sendo elas: a) adoção global da regra de direito internacional pelo direito nacional sem estabelecer primazia de um sobre o outro; b) adoção global das regras de direito internacional pelo direito nacional com primazia do direito internacional; e c) sistema de incorporação obrigatória, porem não automática.

A questão da incorporação pelo direito brasileiro será analisada posteriormente para um maior delineamento.

Tomando a primeira possibilidade de adoção, é aceito a incorporação de tratados internacionais pelo direito nacional, expresso pela constituição de cada um dos Estados, mas as constituições neste caso não esclarecem sobre a possível hierarquia entre a Constituição, tratados e leis federais.

Nesta situação verifica-se que a validade interna dos tratados receberá uma solução particular por cada Estado, que funcionará por meio de controle jurídico de constitucionalidade e jurisprudências. Ademais, importante salientar a possibilidade Estados optarem pela concessão de valor de lei interna aos tratados internacionais, não estabelecendo também a primazia entre eles. Neste caso, poderá ser feita a adoção automática da norma internacional no ordenamento nacional.

Na segunda situação elenca os casos de incorporação de tratados pelo ordenamento interno com a primazia dos tratados sobre as normas internas, gerando assim a derrogação dos dispositivos constitucionais contrários ao tratado. Alguns estados tratam da exigência de lei de aprovação do tratado que contrarie norma constitucional seguindo processos semelhantes ao de aprovação de emenda.

A última situação de adoção obrigatória, mas não automática consiste nos casos “de uma ordem do constituinte ao legislador ordinário, impondo-lhe o dever de incorporar as regras do direito internacional na legislação interna” (FRAGA, 1998, p.22). A incorporação do tratado dependerá de um ato legislativo posterior, seja por intermédio de uma lei ou por um decreto que declare que o tratado terá força de lei ou produzirá seus efeitos.

### **3. A incorporação de tratados internacionais no direito brasileiro**

Primeiramente, necessário será tratar das fases de formação de um tratado internacional. Assim, a primeira fase compreende as negociações e assinatura, sendo de responsabilidade do Chefe de Estado como estabelece o artigo 84, VIII da Constituição Federal.

Caso a negociação seja bem sucedida, o Estado promove a assinatura do texto que foi alvo das negociações, manifestando sua intenção e predisposição em celebrar o texto do tratado em um momento futuro. Vale informar que em algumas situações, a assinatura é ato que formaliza a celebração definitiva do tratado pelo Brasil, como acontece com os acordos denominados tratados de forma simplificada ou acordos executivos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Francisco Rezek ensina que as hipóteses de acordo executivo legítimo atualmente abarcam duas categorias, sendo elas: 1) acordos de mera execução de tratados formais; 2) acordos contendo atos de diplomacia ordinária,



Para o caso de tratados já existentes, é permitido ao Brasil a possibilidade de participação por meio da adesão, cuja competência cabe ao Chefe de Estado para o referendo do Congresso Nacional.

Com a assinatura, compete ao Poder Executivo encaminhar o texto assinado correspondente ao futuro tratado para o Congresso Nacional. A Constituição de 1988 não estabeleceu prazos para o poder Executivo encaminhar o Texto para o Legislativo, ficando omissa neste ponto, diferentemente da Constituição anterior, que era a de 1967, que previa um prazo de quinze dias após a assinatura do Poder Executivo.

Tal omissão acarreta prejuízos uma vez que procrastina as alterações legislativas, sendo muitas delas de fundamental importância para a sociedade e versando sobre direitos humanos. Contudo, importante lembrar que o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados estabelece:

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

- a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou
- b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

Desta forma, o Brasil acaba não de abstendo da prática de frustração, pois não permite um encaminhamento dentro de um prazo razoável, como aconteceu com a própria Convenção de Viena que demorou décadas até a expedição do decreto executivo.

A segunda fase corresponde à aprovação congressional ou de decreto legislativo. Ele é iniciado com o encaminhamento de mensagem presidencial ao Congresso Nacional, de modo fundamentado, solicitando a aprovação do Congresso Nacional para o futuro tratado, sendo anexada uma versão oficial em português.

Neste caso, a iniciativa é do Presidente da República, conseqüentemente, o trâmite tem início na Câmara dos Deputados, seguindo o rito de aprovação de um projeto de decreto legislativo (PDL), que é a figura legislativa que veicula matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional.

Após a apreciação do projeto de decreto legislativo pelas comissões temáticas relacionadas, ele é remetido ao Plenário da Câmara dos Deputados, que o aprovará com

---

que englobam acordo interpretativo e o *modus vivendi*, desde que existam cobertura orçamentária e reversibilidade, porque caso não exista, estes acordos fogem da rotina diplomática (Direito internacional público: curso elementar, 12. ed., 2010, p. 62-63).

maioria simples, estando presente a maioria absoluta dos membros da Casa. Já para o caso de tratado de direitos humanos a aprovação será diferenciada, devendo ocorrer em dois turnos, por três quintos dos membros de cada casa, conforme estabelece o artigo 5º, §3º da Constituição Federal.

Com a aprovação na Câmara, o projeto é apreciado pelo Senado que poderá aprová-lo pelo rito normal, com a votação em Plenário, ou pelo rito abreviado, presente no Regimento do Senado em seu artigo 91, que permite ao Presidente do Senado, após ouvir as lideranças, conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apreciação terminativa, ou seja, a apreciação final do projeto. Com a aprovação, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo.

No caso de apresentação de emenda pelo Senado, o projeto retorna para a Câmara para a apreciação. Sendo rejeitada a emenda pela Câmara ou pelo Senado, deverá ser enviada mensagem ao Presidente da República informando o ocorrido.

Como se pode verificar a análise de tratado é bastante reduzida, permitindo pouca interferência em seu texto permitindo ao Congresso a rejeição de determinados dispositivos ficando ressalvados no decreto legislativo, cabendo ao Presidente da República impor a reserva destes dispositivos no momento da ratificação, no caso do tratado permitir a reserva, caso contrário só restará a não ratificação do tratado ou a renegociação dos termos do tratado não aprovado.

Com isso tem-se início da terceira fase que é a ratificação que compete ao Presidente da República, sendo possível a formulação de reservas neste momento. Após isso verifica-se o período que o tratado entrara em vigor, dependendo do próprio texto do tratado.

Após isto, temos a formação do tratado, como norma válida internacionalmente, mas internamente ainda necessita da edição de decreto executivo ou presidencial, que é o decreto de promulgação.

Não existe prazo para a edição do decreto executivo, e como teremos a vinculação internacional, mas não a interna, isto poderá gerar a responsabilização internacional do Brasil. Importante lembrar que a integração da norma internacional no ordenamento brasileiro não é automática necessitando do decreto de promulgação, já que isto deve obedecer às normas internas do país e busca justificativa pela adoção das teorias monista ou dualista pelos Estados.

Merece destaque a explicação de Piovesan (2012, p.151-153) sobre qual a filiação do Brasil entre as teorias:

Conclui-se que o Direito brasileiro faz a opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º – aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no Texto Constitucional não há dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre o Direito internacional e o interno. Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja a monista, seja a dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, tem aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.

O § 3º do art. 5º tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do *quórum* exigido pelo art. 60, § 2º), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do presidente da República. Note-se, todavia, que a expedição de tal decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF, como um “momento culminante” no processo de incorporação dos tratados, sendo uma “manifestação essencial e insuprimível”, por assegurar a promulgação do tratado internamente, garantir o princípio da publicidade e conferir executoriedade ao texto do tratado ratificado, que passa, somente então, a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno.

Em suma, o que se pode afirmar é que a Constituição Federal brasileira adota o sistema misto, ora acatando a teoria monista com a integração automática dos tratados que versem sobre direitos humanos presentes no artigo 5º, §§ 1º e 2º, ora acatando a teoria dualista, não permitindo a adoção automática para os tratados tradicionais que não versem sobre direitos humanos, necessitando do processo legislativo com a edição de decreto executivo para validade interna.

Isto corrobora para o delineamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento interno.

Verifica-se que a Constituição Federal brasileira faz a distinção entre tratados de direitos humanos e tratados tradicionais que não versem sobre a temática, oferecendo tratamento diferenciado entre eles. Isto é de suma importância, pois regula o processo de validade do tratado dentro do ordenamento jurídico brasileiro e a sua integração a ele.

Analisando a Constituição Federal, verifica-se qual a hierarquia adotada pelos tratados de direitos humanos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

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

§ 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.** (grifo nosso)

Assim, terá o status de emenda constitucional os tratados de direito humanos aprovados pelo Congresso, demonstrando a aplicabilidade da adoção automática.

Já para os tratados tradicionais que não abarcam questões de direito humanos, não terão a mesma hierarquia que os de direitos humanos, tomando como base os artigos 102, III, b; 105, III, a; e 47 da Constituição Federal.

Deste modo, o artigo 102 e 105 tratam da constitucionalidade e competência para julgamento em caso de violação de tratados e leis federais, estando ambos no mesmo nível, ou seja, com tratamento hierárquico igualitário. Importante salientar que o artigo 102 expressa distintamente os dispositivos constitucionais e os dispositivos federais, destacando o entendimento de que os tratados são infraconstitucionais.

No artigo 47 estabelece que em caso da norma não possuir quórum de aprovação especificado no texto constitucional, será adotado a regra da maioria simples, o mesmo adotado por decreto legislativo e por lei ordinária federal.

Portanto, tais regras remetem os tratados internacionais tradicionais a adotarem a mesma hierarquia de lei federal.

Tal entendimento também se reflete na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 80004 e na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480, ambas denotando a mesma hierarquia de lei ordinária federal.

A medida cautelar da ADI 1480 merece destaque por explicitar o entendimento quanto à incorporação dos tratados internacionais tradicionais no ordenamento brasileiro:

E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - 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. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.**

**PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.** Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

**TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/MC, Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04-09-1997) (grifo nosso).**

Conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona a ideia de hierarquia e incorporação correspondente a emenda constitucional para os tratados internacionais de

direitos humanos e de hierarquia e incorporação correspondente a lei ordinária federal para os tratados tradicionais.

Questão importante diz respeito aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Isto porque foi por meio da EC 45/2004 que permitiu a incorporação dos tratados de direitos humanos como emenda constitucional, necessitando da análise do Congresso Nacional com aprovação de três quintos de seus membros. Assim, os tratados de direitos humanos não gozariam de tal *status* e respeitaria outro estatuto.

Para o estabelecimento desse outro estatuto diverso de emenda constitucional adotam-se os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes presentes em seu voto no julgamento do RE 466.343/SP<sup>6</sup> no Supremo Tribunal Federal, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos, que não fossem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, possuem natureza supralegal, estando situados abaixo da Constituição Federal e acima de qualquer lei.

Portanto, existe um duplo estatuto para estabelecer a hierarquia dos tratados internacionais sobre direito humanos, sendo que os aprovados anteriormente ao surgimento da EC 45/2004 terão a hierarquia de supralegal e abaixo da Constituição, já os tratados aprovados após a EC 45/2004 que passaram pelo processo especial de aprovação receberão a hierarquia de emenda constitucional.

#### **4. A incorporação de tratados nos ordenamentos dos Estados membros do Mercosul.**

Será iniciado um estudo comparativo analisando a Constituição de cada um dos Estados membros do MERCOSUL, verificando a existência ou não de compatibilização de ordenamentos jurídicos internos entre eles, verificando a possibilidade de harmonização legislativa internacional advinda do MERCOSUL, vislumbrando inclusive seu avanço como bloco econômico.

---

<sup>6</sup> “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui 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.” (STF, Recurso Extraordinário 466.343, São Paulo, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03-12-2008.)

## 4.1.Argentina

A Constituição da Nação Argentina de 1994 estabelece em seu artigo 22:

Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas tem hierarquia superior às leis.

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Declaração universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas condições de sua vigência, tem hierarquia constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem se entendidos como um complemento aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Só poderão ser denunciados, em seu caso, pelo Poder Executivo nacional, mediante previa aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada casa.

Os demais tratados e convenções sobre direito humanos, depois de aprovados pelo Congresso, será necessário o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada casa para gozar da hierarquia constitucional (tradução livre).

A Constituição da Argentina é clara ao expressar a hierarquia constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos com um processo de aprovação especial junto ao Congresso e a hierarquia supralegal para os tratados internacionais tradicionais.

Um avanço previsto no texto constitucional da Argentina está presente no artigo 24 da Constituição, que prevê a possibilidade de aprovação de tratados que delegam competência e jurisdição a organismos supra estatais como se observa:

Aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade, e respeitem a ordem democrática e direitos humanos. As normas deles derivadas tem hierarquia superior a das leis.

A aprovação desses tratados com Estados da América Latina exige a maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara. No caso de tratados com outros Estados, o Congresso Nacional, com a maioria absoluta dos membros presentes de cada Câmara, declarara a conveniência de aprovação do tratado e só poderá ser aprovada com o voto da maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara, depois de 120 dias do ato declarativo.

A denúncia dos tratados referidos neste inciso, exigirá a previa aprovação da maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara.

## 4.2.Uruguai



A Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1997 estabelece em seu artigo 85, 7º:

À Assembleia Geral compete:

(...)

7º Decretar a paz e decretar ou reprovar por maioria absoluta de votos do total dos componentes de cada casa, os tratados de paz, aliança, comércio e as convenções ou contratos de qualquer natureza que celebre o Poder Executivo com potências estrangeiras (tradução livre).

Portanto, extrai-se o entendimento que a Constituição do Uruguai não estabelece uma hierarquia de incorporação dos tratados expressamente, sendo realizada a incorporação dos mesmos, independentemente do tema a ser tratado a aprovação por maioria absoluta, que corresponde ao mesmo processo de aprovação de leis. Porém, analisando o artigo 6º extrai-se o entendimento que o Estado buscará a integração social e econômica com os Estados Latino-americanos.

Considerando ainda o artigo 72 da Constituição do Uruguai é expresso que “A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição, não excluem os outros que são inerentes à personalidade humana ou se derivam da forma republicana de governo” (tradução livre).

Deste modo, já existe o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos sejam incorporados na mesma hierarquia constitucional estabelecida pelo artigo acima, conforme a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça que decidiu que “ (...) o direito a identidade do menor tem hierarquia de Lei fundamental... pela incidência que tem o art. 72 da Constituição que permite recepcionar todos os direito humanos que se consagram – mas especificamente – nas Convenções ou Pactos Internacionais” (Sentencia Nº 201/02 S.C.J.) (tradução livre).

#### **4.3.Paraguai.**

Na Constituição da República do Paraguai de 1992 verifica-se nos artigos 137, 141 e 142 o entendimento sobre a incorporação dos tratados internacionais:

Artigo 137. DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: A lei suprema da República é a Constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional na ordem de prioridade anunciada.

Quem tentar mudar esta ordem, a margem dos procedimentos previstos nesta Constituição incorrerá nos delitos que se tipificaram e serão punidos pela lei.

Esta Constituição não perderá sua vigência nem deixará de ser observada por atos de força ou será derogada por qualquer outro meio distinto do que ela dispõe.

Carecem de validade todas as disposições ou atos de autoridades opostos ao estabelecido nesta Constituição.

Artigo 141. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: Os tratados internacionais válidamente celebrados, formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o Artigo 137.

Artigo 142. DA DENUNCIO DOS TRATADOS. Os tratados internacionais relativos aos direitos humanos no poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que regem para a emenda desta Constituição.

Assim, tomando o artigo 137 da Constituição vê-se a supremacia da Constituição dentro do ordenamento paraguaio, considerando uma sequencia ordenada de prioridade na integração do direito positivo, sendo que os tratados são listados posteriormente à Constituição e anterior às leis, sendo assim estabelecida uma hierarquia própria da Constituição paraguaia. Já no artigo 141 repete o artigo anterior, sendo que os tratados internacionais, independentemente do tema versado, receberão a hierarquia elencada no artigo 137.

No entanto, o artigo 142 trata da denuncia dos tratados internacionais relacionados a direitos humanos que deverão obedecer ao mesmo procedimento que regula a emenda constitucional.

Consequentemente, extrai-se o entendimento que a Constituição do Paraguai incorporará os tratados internacionais de direito humanos na mesma hierarquia de emenda constitucional e os tratados internacionais tradicionais, com a hierarquia supralegal.

#### **4.4. Venezuela.**

A Constituição da Republica Bolivariana de Venezuela de 1999 estabelece em seu artigo 23:

Os tratados, pactos e convenções relativas a direito humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, tem hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favorável do que as estabelecidas pela Constituição e a lei da Republica, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Publico. (tradução livre).

Assim, fica evidente a expressão de hierarquia constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos. Para os tratados internacionais tradicionais observando o artigo 154 que trata da necessidade de aprovação pela Assembleia Nacional e sua ratificação

pelo Presidente da República, com exceção dos valores já protegidos pela Constituição Federal. Desta forma, verifica-se uma incorporação diferenciada do que a adotada para os tratados de direitos humanos e retira-se uma compreensão de que a incorporação dos tratados internacionais tradicionais será na mesma hierarquia das leis federais.

Sobre a análise de tratados internacionais que objetivem a transferência de competências a organismo supranacional ofendendo a soberania estatal, deverá ser feita por referendo, conforme estabelece o artigo 73 da Constituição:

Artigo 73. Serão submetidos a um referendo aqueles projetos de lei em discussão pela Assembleia Nacional, quando definida por pelo menos dois terços dos membros da Assembleia. Se o referendo termina em sua aprovação, desde que tenha participado vinte e cinco por cento dos eleitores inscritos no registro civil e eleitoral, o projeto correspondente será sancionado como lei.

Os tratados, convenções ou acordos que poderiam comprometer a soberania nacional ou transferir competências à organismos supranacionais, poderão ser submetidos à referendo por iniciativa do Presidente da República em Conselho de Ministros; pelo voto de dois terços dos membros da Assembleia ou quinze por cento dos eleitores e eleitoras inscritas no registro civil e eleitoral.

## **Conclusão**

Diante do trabalho conclui-se que atualmente existe um processo de constitucionalização do Direito Internacional, especialmente para os temas que tratam de direitos humanos e conseqüentemente de constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Tais processos estão relacionados, um positivando os direitos internacionais e o outro internacionalizando o direito constitucional com ênfase na proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, importante destacar as teorias monista e dualista, afirmando a aceitação de ambas considerando a legislação brasileira, demonstrando a incorporação dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do estudo feito, observa-se que a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos possui um duplo estatuto, tanto com a condição de emenda constitucional após a EC 45/2004, e supralegal para os anteriores à EC 45/2004. Atualmente sobressai a tendência de emenda constitucional de modo geral ser aceita como norma constitucional, justamente pelo processo de constitucionalismo contemporâneo.

Para os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, a incorporação acontece por lei federal.

Aprimorando a análise, buscando referências nas Constituições dos Estados membros do MERCOSUL, verifica-se que há uma tendência unânime da incorporação dos tratados de direitos humanos na hierarquia constitucional como ocorre na Argentina, Uruguai (analisando a jurisprudência), Paraguai e Venezuela.

Já nos tratados internacionais que não tratam de direito humanos verificaremos uma distinção de aceitações, ora sendo incorporadas como normas supralegais como a Argentina e Paraguai, ora incorporados como norma federal conforme posicionamento do Uruguai e a Venezuela.

Consequentemente, o MERCOSUL possui grandes possibilidades de harmonização de normas internacionais de direitos humanos e poderá sim futuramente vislumbrar seu desenvolvimento, alcançando concretizar uma nova etapa como aconteceu com a União Europeia.

### **Referências bibliográficas**

ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em 10 jun 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA et al. (org.). Neoconstitucionalismo, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51-91.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 jun 2014.

BRASIL. Decreto nº 7010, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em 13 jun 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Dicionário compacto do direito. 10. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA et al. (org.). Neoconstitucionalismo, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143-164.

FINKELSTEIN, Claudio. Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGA, Mirto. O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PARAGUAY, Constitución de la Republica del Paraguay de 1992. Disponível em: <<http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/7437.pdf>>. Acesso em 10 jun 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direito humanos e o direito constitucional internacional, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

RESEK, Francisco. Direito internacional publico: curso elementar, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA et al. (org.). Neoconstitucionalismo, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93-128.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204 -205

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/ MC, Distrito Federal, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04-09-1997.

URUGUAY, Constitución de la Republica Oriental del Uruguay de 1997. Disponível em: <<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>>. Acesso em 10 jun 2014.

VARELA, Bartolomeu. Elementos de estudo da teoria da constituição. Praia: Universidade da Cidade do Cabo, 2011. p. 4. Disponível em: <<http://bartvarela.files.wordpress.com/2011/12/elementos-de-estudo-da-teoria-da-constituic3a7c3a3o12.pdf>>. Acesso em 8 jun 2014.

VENEZUELA, Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999. Disponível em:<

[http://www.ucv.ve/fileadmin/user\\_upload/auditoria\\_interna/Archivos/Material\\_de\\_Descarga/](http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/auditoria_interna/Archivos/Material_de_Descarga/)

Constitucion\_de\_la\_Republica\_Bolivariana\_de\_Venezuela\_-\_36.860.pdf>. Acesso em 10 jun 2014.

YAMAMOTO, Toru. Direito internacional e direito interno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.