

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

CÁSSIO NUNES NOVAES

**APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE
DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Aracaju

2014

CÁSSIO NUNES NOVAES

**APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE
DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

PROF. Me. VITOR COSTA OLIVEIRA

Aracaju

2014

CÁSSIO NUNES NOVAES
APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE
DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Vitor Costa Oliveira

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Marcela Pithon Brito dos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Fábio Brito Fraga

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é desenvolver uma análise a respeito da evolução histórica dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua inserção e aplicabilidade na Carta Magna Brasileira de 1988. Inicialmente, explanam-se os principais tratados internacionais com os direitos por eles defendidos. Em um segundo momento é apreciada a hierarquia dada aos direitos humanos na Constituição Cidadã Brasileira de 1988, com destaque dos valores da igualdade e dignidade da pessoa humana. Por fim, são avaliadas as perspectivas e desafios para a implementação, aplicação e efetividade de tais tratados pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão guardião da Constituição Federal e defensor dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Evolução Histórica. Tratados de Direitos Humanos. Hierarquia. Aplicação e Efetividade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The aim of this work is to develop an analysis regarding the historical evolution of international treaties on human rights, including its insertion and applicability in Brazilian Constitution. Research included a detailed description of the main international human rights treaties and discusses the hierarchy of these rights in Brazilian Supreme Law, highlighting the values of equality and human dignity. Lastly, a thorough evaluation was done on the implementation and effectiveness of such treaties by the Brazilian Supreme Court, as a guardian of the Constitution and fundamental rights.

Keywords: Human Rights Laws, Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS	9
2.1 Histórico dos Direitos Humanos no Brasil.....	10
3 PRINCIPAIS TRATADOS DE DIREITO.....	11
3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	11
3.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	11
3.3 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	13
3.4 Convenção Americana de Direitos Humanos.....	15
3.5 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....	15
3.6 Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.....	17
3.7 Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.....	19
3.8 Convenção sobre os Direitos da Criança	20
4 DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	23
4.1 Processo de formação dos Tratados Internacionais	26
4.2 Hierarquia dos Direitos Humanos da Constituição de 1988	29
5 APLICAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF	39
6 EXEMPLO DE EFETIVIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL	49
7 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a pesquisar a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em especial, seu conceito e sua efetividade, assim como sua hierarquia no ordenamento jurídico.

Com a democratização do país, a partir de 1985 a proteção aos direitos humanos intensificou-se quando o Estado brasileiro ratificou importantes tratados internacionais de direitos humanos.

A Constituição de 1988 desempenhou papel essencial na ratificação desses tratados ao estabelecer, por exemplo, a prevalência dos direitos humanos como um dos regentes das relações internacionais do país (art. 4º, II, CF).

O STF adotou o entendimento que deveria ser dada hierarquia diferenciada aos tratados de direitos humanos, prevalecendo assim a tese da suprallegalidade.

Desta forma, inicia-se o segundo capítulo, abordando o histórico dos direitos humanos no Brasil e na comunidade internacional.

No terceiro capítulo, serão enumerados os principais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e os direitos neles previstos.

No quarto capítulo, será abordado o posicionamento atual do STF quanto aos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao final, serão mencionadas jurisprudências dos Tribunais com o objetivo de demonstrar o entendimento do Poder Judiciário a respeito do tema.

Esse novo entendimento tem como base o art. 4º da CF/88, que afirma a primazia dos direitos humanos como um dos regentes do país no desenvolvimento das relações internacionais. Esse dispositivo, segundo Flávia Piovesan(2007), “[...] não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira”.

A aplicação pelo STF dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico será o ponto principal de discussão e análise da presente pesquisa.

Não se pretende adentrar todas as aplicações e variáveis desse tema, mas sim, aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva aquela que mais tem sido adotada pela normatividade e jurisprudência nacional.

A Constituição Federal vigente institui um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, visando proteger valores essenciais à população brasileira, tais como, vida, dignidade da pessoa humana, liberdade, meio-ambiente equilibrado etc..

A Assembleia Constituinte de 1987/88 procurou proteger esses direitos de forma integral, trazendo inúmeras normas fundamentais para o texto político e apresentando formas de ampliação desse rol, seja pela consagração de princípios, seja por meio da incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno.

Em defesa do posicionamento conservadorista, o STF, seguiu a primeira corrente, e concluiu pela impossibilidade de se internalizar os tratados internacionais de direitos fundamentais com *status* de norma constitucional.

Sucedeu que, em dezembro de 2004, foi editada a Emenda Constitucional 45 que, dentre outros relevantes assuntos, dispôs expressamente sobre a questão dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio.

Desta forma, a referida Emenda, à primeira vista, caminhando para a segunda corrente doutrinária apresentada, trouxe a possibilidade de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno com equivalência à emenda constitucional.

2 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

A expansão dos direitos humanos no âmbito internacional se deu no final do século XX, passando a constituir uma meta a ser alcançada pela sociedade internacional. Não sendo sustentado apenas pela constituição, mas também pelo direito internacional público, através do direito internacional dos direitos humanos, o qual assegura a eficácia da sua aplicação tanto no direito interno, quanto na jurisdição internacional.

Os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos são questões relativamente recentes na história mundial. Surgiram essencialmente na segunda metade do século XX, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, entre eles os massacres e perseguições da Alemanha nazista de Hitler e também o totalitário regime da era Stálin, na antiga União Soviética.

As referidas perseguições, bem como as crescentes violações de direitos humanos ameaçaram a paz não apenas no âmbito interno de cada uma dessas nações. Tais horrores abalaram o mundo enquanto comunidade internacional e tornou notório que o desrespeito a garantias fundamentais do homem, não apenas enquanto parte de um Estado, mas, principalmente, como ser humano em sua individualidade, precisavam ser enfrentadas a partir de um sistema normativo de regulação internacional.

No ano de 1945 surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), e, em 1948, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada por 48 países. O Brasil assinou a Declaração na data de sua proclamação. Este documento reconhece, já em seu preâmbulo, a **Dignidade da Pessoa Humana (preceito consagrado, não por coincidência, no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988)**, como base da liberdade, da justiça e da paz, e, em seus 30 artigos, são proclamados direitos e garantias individuais, como a igualdade, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à nacionalidade, dentre inúmeros outros.

2.1 Histórico dos Direitos Humanos no Brasil

No Brasil, a proteção aos direitos humanos intensificou-se após a democratização do país a partir de 1985, quando o Estado brasileiro ratificou importantes tratados internacionais de direitos humanos.

Segundo Flávia Piovesan (2013, p.149):

No que se refere à posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que tão somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado Brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito Brasileiro foi à ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir desta ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24.01.1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 21.01.1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995.

A Constituição de 1988 não ficou indiferente ao crescimento dos direitos humanos no âmbito internacional, estabelecendo mecanismos que possibilitam uma interação do direito externo com o direito interno.

O Estado brasileiro ao ratificar esses tratados, comprometeu-se a garantir os direitos humanos, podendo ser responsabilizado caso ocorra violação de tais direitos, além de integrar o grupo de Estados que lutam pela concretização desse sistema nos demais países.

3 PRINCIPAIS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, foi uma resposta às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a partir de quando foi dada a devida importância aos direitos humanos.

Segundo Erivaldo da Silva Oliveira, a Declaração:

Tem estrutura *bipartite*, sendo dividida em duas grandes partes:

1) Do art. I ao art. XXI representa os direitos civis e políticos e tem vinculação ao Estado individualista que reflete as conquistas do século XVIII (revoluções liberais - 1ª geração de direitos fundamentais);

2) Do art. XXII ao art. XXX representa os direitos econômicos, sociais e culturais e tem vinculação ao Estado Social que reflete as conquistas dos séculos XIX e XX (revolução socialista - 2ª geração de direitos fundamentais).

Pode-se sustentar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos influenciou no plano internacional a formação dos tratados modernos de proteção aos direitos humanos e no plano interno serviu de modelo valorativo para a interpretação e fomento das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. (OLIVEIRA, 2013, p.66).

Grande parte da doutrina considera a declaração uma norma obrigatória e vinculante, e o Estado, ao ratificá-la, compromete-se a assegurar às pessoas os direitos nela previstos. Os que discordam, afirmam que a Declaração é uma recomendação, não possui força de lei.

3.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor em 23 de março de 1976, quando só então alcançou o número de ratificações necessárias, reconhecendo assim mais direitos civis e políticos que a Declaração Universal.

Direitos amplos, garantidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

- o direito à vida - art. 6;
- o direito de não ser submetido à tortura nem a punições ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, inclusive a proibição de submeter uma

pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas - art. 7;

- o direito de não ser submetido à escravidão, o tráfico de escravos e a servidão -art. 8(1) e (2);
- o direito de não ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios - art. 8(3);
- o direito à liberdade e à segurança pessoais, inclusive o direito de não ser preso ou encarcerado arbitrariamente - art. 9
- o direito de que todas as pessoas privadas de liberdade sejam tratadas com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana - art. 10
- a proibição de que uma pessoa seja presa apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual - art. 11;
- a liberdade de movimento e de escolha da própria residência - art. 12(1);
- o direito de ser livre para deixar qualquer país, inclusive de seu próprio país - art. 12(2);
- o direito de não ser arbitrariamente privado do direito de entrar em seu próprio país - art. 12(4);
- determinadas salvaguardas legais contra a expulsão ilegal de estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado parte - art. 13
- o direito a um julgamento justo em processos civis e criminais, por um tribunal independente e imparcial - art. 14;
- proteção contra lei estabelecida após a ocorrência do delito ou contra a aplicação retroativa de pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito - art. 15;
- o direito de reconhecimento de sua personalidade jurídica - art. 16;
- o direito de não ser submetido a ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação - art. 17;
- o direito de liberdade de pensamento, consciência e religião - art. 18;
- o direito de liberdade de opinião e de expressão - art. 19;
- proibição de qualquer propaganda em favor da guerra, e de qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência - art. 20;
- o direito à reunião pacífica - art. 21;
- o direito de livre associação - art. 22;
- o direito de se casar livremente, constituir família e à igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges no que tange ao casamento, durante a existência da união matrimonial e por ocasião de sua dissolução - art. 23;
- o direito da criança a proteção especial sem discriminação alguma; o direito de ser registrada imediatamente após o nascimento e o direito a uma nacionalidade - art. 24;
- o direito de participar da condução dos assuntos públicos; o direito de votar em eleições periódicas realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, bem como o direito de ter acesso ao serviço público - art. 25;
- o direito de igualdade perante a lei e de proteção igual da lei - art. 26;
- o direito de minorias de usufruir de sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua - art. 27.

(INTERNACIONAL, 2013)¹.

¹ O objetivo desse trabalho não é dissertar sobre cada direito previstos nos tratados aqui enumerados. Os direitos são exemplificativos.

Cabe ao Estado manter um sistema legal, que em caso de violação aos direitos civis e políticos, atue com eficácia.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “as obrigações dos Estados são tanto de natureza negativa (ex.: não torturar) como positiva (ex.: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos)” (PIOVESAN, 2007, p. 161).

Com a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos, o Pacto, possui auto-aplicabilidade.

Ressalte-se, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, prevê ainda, direitos e garantias que não estão na Declaração Universal de Direitos Humanos, tais como os que estão elencados nos art. 11², 20³, 24⁴, 27⁵, entre outros.

3.3 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor em 23 de março de 1976.

Assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, teve como objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal de Direitos Humanos, de forma obrigatória e vinculante.

Impõe aos Estados, responsabilidade internacional no caso de violação dos direitos que enuncia.

Direitos amplos, garantidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

² Art. 11º: Ninguém pode ser aprisionado pela única razão de que não está em situação de executar uma obrigação contratual.

³ Art. 20º: 1. Toda a propaganda em favor da guerra deve ser interdita pela lei.

2. Todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência deve ser interdito pela lei.

⁴ Art. 24º: 1. Qualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de proteção que exija a sua condição de menor.

2. Toda e qualquer criança deve ser registrada imediatamente após o nascimento e ter um nome.

3. Toda e qualquer criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade.

⁵ Art. 27º: Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua.

- o direito ao trabalho, incluindo o direito de ganhar a subsistência mediante trabalho livremente escolhido ou aceito - art. 6º;
- o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, incluindo remuneração justa por trabalho de igual valor, sem distinção de qualquer terra - art. 7º;
- o direito de fundar sindicatos e filiar-se ao sindicato de sua escolha - art. 8º;
- o direito à previdência social, inclusive ao seguro social - art. 9º;
- proteção e assistência à família, matrimônio contraído livremente, proteção à maternidade, proteção e assistência à criança e ao jovem - art.10º ;
- direito a um nível de vida adequado, incluindo alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e à melhoria contínua das condições de vida - art. 11;
- o direito ao mais elevado nível de saúde física e mental - art. 12;
- o direito à educação - art. 13;
- o compromisso de elaborar planos de ação detalhados nos casos em que a educação primária obrigatória não está ainda assegurada - art. 14;
- o direito de participar da vida cultural, desfrutar os benefícios do progresso científico e beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária e artística de que seja autor - art. 15. (INTERNACIONAL, 2013).

Diferente do Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres ao Estado e não ao indivíduo.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm direito” ou “ninguém poderá”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados reconhecem o direito de cada um a” (PIOVESAN, 2007, p. 175).

Os direitos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são de realização progressiva, e estão condicionadas a atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, com seus próprios recursos e com cooperação internacional para progressivamente atingir a realização completa dos direitos por ele elencados (art. 2º, § 1º) ⁶.

⁶ Art. 2º: 1 - Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

3.4. Convenção Americana de Direitos Humanos

Adotada a 22 de Novembro de 1969 pela Conferência Interamericana especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica.

Entrada em vigor na em 18 de Julho de 1978, em conformidade com o artigo 74.º, 2⁷.

A Convenção consagra diversos direitos civis e políticos, tais como: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal e garantias judiciais, direito à proteção da honra e reconhecimento à dignidade, à liberdade religiosa e de consciência, à liberdade de pensamento e de expressão, e o direito de livre associação.

Apesar de enumerar tais direitos, a Convenção não os especifica, limitando-se a determinar aos estados que progressivamente alcancem a plena realização destes, através de medidas que se mostrem efetivas na concretização de seus objetivos, nos termos do art. 26 da Convenção⁸.

3.5 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

Adotada pela Assembleia Geral a 9 de Dezembro de 1975, entrou em vigor em 26 junho de 1987, de acordo com o art. 27, 1⁹.

Em seu art. 1º, a Convenção trás a definição de tortura:

⁷ Art. 74, 2 - A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efectuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que logo que onze Estados tenham depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão.

⁸ Art. 26º: Desenvolvimento progressivo - Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre a educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformulada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

⁹ Art. 21, 1 - A presente Convenção entrará em vigor no 30.º dia a partir da data do depósito do 20.º instrumento de ratificação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Art. 1.º: 1 - Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

A prática da tortura demonstra a crueldade do Estado, que passa de garantidor de direitos, a violador desses mesmos direitos garantidos, o que torna essa atitude crime contra a ordem internacional.

Obrigações legais da Convenção:

- “nenhum Estado parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura” - art. 3(1);
- “cada Estado parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal” e o mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua “cumplicidade ou participação na tortura”. Além disso, cada Estado parte “punirá estes crimes com penas adequadas que levem conta a sua gravidade” - art. 4(1) e (2);
- os Estados partes tomarão as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos acima e submeter o suposto autor de atos contrários ao artigo 4º da Convenção às “suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado” (arts. 5º-7º) e, ainda, “prestaram entre si a maior assistência possível em relação aos procedimentos criminais instaurados” relativamente a qualquer dos delitos mencionados - art. 9º;
- “os crimes a que se refere o artigo 4º serão considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados partes”, os quais, ainda, “obrigar-se-ão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si” - art. 8º;
- todo Estado parte também “assegurar que o ensino e a informação sobre a proibição de tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão” - art. 10(1);
- para os fins de prevenção de tortura, cada Estados parte “manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas ... a qualquer forma” de privação de liberdade - art. 11;
- “cada Estado parte assegurará que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial sempre que houver

motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido...” - art. 12;

- cada Estado parte assegurará, ainda, a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura “o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame de seu caso” - art. 13;

- “cada Estado parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível” - art. 14;

- “cada Estado parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada” - art. 15; e finalmente,

- cada Estado parte também se compromete “a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1º” da Convenção - art. 16. (INTERNACIONAL, 2013).

Por ser a tortura um crime que viola o Direito Internacional, a Convenção obriga os Estados a punir os torturadores, independente do território onde ocorreu a tortura e da nacionalidade do torturador e da vítima.

Além de poder processar ou extraditar o violador a pedido de outro Estado, independentemente de acordo prévio sobre extradição.

3.6 Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher

Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1979.

Entrada em vigor em 3 de Setembro de 1981, em conformidade com o artigo 27.º, 1¹⁰.

No seu art. 1º a Convenção define a discriminação contra a mulher:

Art. 1.º: Para os fins da presente Convenção, a expressão «discriminação contra as mulheres» significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objetivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres,

¹⁰ Art. 27, 1 - A presente Convenção entra em vigor no 30.º dia a seguir à data do depósito junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas do 20.º instrumento de ratificação ou de adesão.

dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio.

Esta Convenção possui a dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade.

Obrigações legais da Convenção:

- consagrar o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;
- "adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher";
- estabelecer a proteção jurídica efetiva dos direitos da mulher por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas;
- "abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher";
- "tornar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa"; e "derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher".
- "modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres... que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres" (art.5(a));
- "garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos"(art. 5(b));
- tomar todas as medidas apropriadas para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher (art. 6º), para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública (arts. 7º e 8º 66), nas esferas da educação (art. 10), emprego (art. 11) e cuidados médicos (art. 12); nas esferas da vida econômica e social (art. 13); bem como contra a mulher nas zonas rurais (art. 14(2)). (INTERNACIONAL, 2013).

A presente Convenção prevê a possibilidade de adotar “ações afirmativas”, como medida essencial para agilizar a obtenção da igualdade.

Segundo Flávia Piovesan, “as ações afirmativas cessarão quando alcançados os seus objetivo. São, assim, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório” (PIOVESAN, 2007, p.195).

Sendo assim, tem como objetivo não apenas eliminar a discriminação contra a mulher, mas também criar condições e políticas que estimulem a igualdade entre homens e mulheres. Impondo aos Estados que ratificarem a Convenção, a responsabilidade na criação de medidas que garantam as mulheres o pleno gozo de seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

3.7 Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial

Adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Organização das Nações Unidas, de 21 de Dezembro de 1965.

Entrada em vigor em 4 de Janeiro de 1969, em conformidade com o artigo 19¹¹, assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada nem diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”.

A Convenção em seu art. 1º define a discriminação racial:

Art. 1.º: 1 - Na presente Convenção, a expressão «discriminação racial» visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Sobre o tema Flávia Piovesan:

Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo a discriminação significa sempre desigualdade. (PIOVESAN, 2009, p. 189).

O combate a discriminação racial, garante o exercício pleno de direitos básicos do indivíduo, ou seja, direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Obrigações legais da Convenção:

- abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e zelar para que as autoridades

¹¹ Art. 19,1 - A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia imediato à data do depósito junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas do vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou de adesão.

2 - Para os Estados que ratifiquem a presente Convenção após o depósito do vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou de adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data do depósito por esses Estados dos seus instrumentos de ratificação ou de adesão.

públicas nacionais ou locais, atuem em conformidade com esta obrigação” - art. 2(1)(a);

- não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer” - art. 2(l)(b);

- “tomar as medidas eficazes, a fim de rever” as políticas governamentais nacionais e locais e alterar a legislação que tenha como “objetivo criar a discriminação ou perpetuá-la onde existir” - art. 2(l)(c);

- “tomar todas as medidas apropriadas... para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por quaisquer pessoas, grupos ou organizações” - art. 2(l)(d);

- “favorecer, quando for o caso, as organizações e movimentos multirraciais, bem como outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças e a encorajar o que tenda a favorecer a divisão” - art. 2(l)(e).

Os Estados partes, ainda “assegurarão a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos” contra atos que violam os direitos humanos individuais, contrariamente à Convenção, bem como o direito de pedir aos tribunais nacionais “uma satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima, em decorrência de tal discriminação” (art. 6º).

Por fim, comprometem-se, em particular, “a tomar medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial...” (art. 7º). (INTERNACIONAL, 2013).

O Estado, ao ratificar esta Convenção, se compromete internacionalmente a progressivamente, eliminar a discriminação racial e efetivar a igualdade.

Contudo, não basta apenas proibir a discriminação, para assegurar a igualdade, faz-se necessário medidas que promovam a inserção dos grupos socialmente vulneráveis na sociedade.

3.8 Convenção sobre os Direitos da Criança

Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1989.

Entrada em vigor em 2 de Setembro de 1990, em conformidade com o artigo 49¹².

¹² Art. 49: 1 - A presente Convenção entrará em vigor no 30.º dia após a data do depósito junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas do 20.º instrumento de ratificação ou de adesão.

2 - Para cada um dos Estados que ratificarem a presente Convenção ou a ela aderirem após o depósito do 20.º instrumento de ratificação ou de adesão, a Convenção entrará em vigor no 30.º dia após a data do depósito, por parte desse Estado, do seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Em seu art. 1º, a Convenção define criança: “Art. 1º: Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

A criança pela Convenção é reconhecida como sujeito de direito, que exige proteção especial e absoluta prioridade.

Direitos previstos na Convenção:

- o direito da criança à vida, à máxima sobrevivência e ao desenvolvimento - art. 6º;
- o direito da criança ao registro após seu nascimento, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, “de conhecer seus pais e ser cuidada por eles” - art. 7º;
- o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares - art. 8º;
- o direito da criança de não ser separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando “tal separação é necessária ao interesse maior da criança” - art. 9(1);
- o dever dos Estados de facilitar a reunificação familiar permitindo que viajem para os seus territórios ou para fora dos mesmos - art. 10º;
- dever de combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior - art. 11;
- dever de respeitar os pontos de vista da criança e o direito da criança “de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito” - art. 12;
- o direito da criança à liberdade de expressão - art. 13;
- o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença - art. 14;
- o direito da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica - art. 15;
- o direito da criança à proteção da lei contra interferência arbitrária e ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência e o direito de não estar sujeita a “atentados ilícitos” à sua honra e reputação - art. 16;
- o direito da criança de “acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental” - art. 17;
- reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns e primordiais na educação e desenvolvimento da criança e de que “os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica” - art. 18(1);
- o direito da criança de proteção contra todas as formas de violência e abuso - art. 19;
- o direito da criança de proteção especial e assistência quando privada da sua família - art. 20;
- sempre que a adoção for reconhecida ou permitida, os Estados partes “atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança” - art. 21;
- direitos das crianças refugiadas - art. 22;
- direitos da criança portadora de deficiências físicas ou mentais - art. 23;
- direito da criança de gozar do “melhor padrão possível de saúde” e serviços médicos - art. 24;
- o direito da criança internada a “exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação” - art. 25;
- o direito da criança de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social - art. 26;
- o direito da criança a um nível de vida adequado - art. 27;

- o direito da criança à educação (art. 28) e aos objetivos da referida educação (art. 29);⁴⁸
- o direito das crianças pertencentes às minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, bem como o direito das crianças de origem indígena, de ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e utilizar seu próprio idioma - art. 30;
- o direito da criança ao descanso e ao lazer - art. 31;
- o direito da criança à proteção contra a exploração econômica e o trabalho perigoso - art. 32;
- o direito da criança à proteção contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas - art. 33;
- o direito da criança à proteção “contra todas as formas de exploração e abuso sexual” - art. 34;
- a prevenção de seqüestro, venda ou tráfico de crianças - art. 35;
- o direito da criança à proteção contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais a qualquer aspecto do seu bem-estar - art. 36;
- o direito de proteção contra imposição de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, inclusive pena de morte - art. 37(a);
- o direito da criança de não ser privada da sua liberdade de forma arbitrária ou ilegal - art. 37(b);
- o direito da criança a ser tratada com humanidade quando privada da sua liberdade - art 37(c);
- o direito da criança às proteções legais relativas à privação da sua liberdade - art.37(d);
- o direito da criança, em casos de conflito armado, de que sejam respeitadas as normas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis - art 38(1);
- o direito da criança a medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social no caso de qualquer forma de abandono, exploração e abuso - art. 39;
- princípios da justiça juvenil - art. 40. (INTERNACIONAL, 2013).

O Estado, ao ratificar a Convenção, se compromete a proteger a criança contra todas as formas de discriminação e assegurar-lhe assistência apropriada.

4 DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 contém vários artigos que tratam dos Direitos Humanos, com destaque para os seguintes:

- a) Art. 1º, inciso III¹³, que determina como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana;
- b) Art. 4º, inciso II a X¹⁴, que estabelece os princípios que devem reger as relações internacionais, e no inciso II, a prevalência dos direitos humanos, que foi de suma importância para a ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil;
- c) Art. 5º, caput¹⁵, que fala sobre a igualdade de todos perante a lei, elencando vários incisos;
- d) Art. 5º, inciso III¹⁶, que afirma: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano e degradante”, reproduzindo o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, art. 7º do Pacto Internacional de

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

¹⁴ A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹⁵ 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: [...]

¹⁶ Art. 5º, [...] III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

¹⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos – Art. V: Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante

Direitos Civis e Políticos¹⁸ e art. 5º, § 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹;

e) Art. 5º, § 1º²⁰, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

f) Art. 5º, § 2º²¹ que inclui entre os direitos protegidos pela Constituição Federal de 1988, os direitos determinados nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil;

Na opinião de Flavia Piovesan, (PIOVESAN, 2013, p. 57). “a dignidade da pessoa humana é o núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”

Como se pode constatar a Constituição de 1988, incluiu os direitos consagrados nos tratados internacionais que o Brasil é signatário no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, atribuindo aos mesmos natureza de norma constitucional (art. 5º, §§ 1º e 2º). Contudo, com um tratamento diferenciado para os tratados de direitos humanos.

No esclarecimento de Flávia Piovesan (2013, p.153):

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais tem força hierárquica infra-constitucional, nos termos do art. 102, II, b²² da CF/1988 (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado se justifica na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos nos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre

¹⁸ Art. 7.º Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, inhumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.

¹⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos: art.5º, § 2º Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

²⁰ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²¹ Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humanos e não das prerrogativas dos Estados. Este caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

A eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos está diretamente ligada à definição do nível hierárquico desses instrumentos, que estabelece sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa discussão com relação à hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos tornou-se mais forte após a Emenda Constitucional nº45 de 2004, que inseriu o parágrafo 3º ao art. 5º em que se lê: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A mesma votação para que seja aprovada uma emenda constitucional, como prevê o art. 60, § 2º²³, da CR/88, não importando se o tratado ou convenção é anterior ou posterior a EC nº 45/2004.

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe a "reforma do judiciário" para a Constituição Federal vigente.

Dentre as alterações relevantes, está a inserção do § 3º ao artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual: "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."

Conforme verificado alhures, os tratados internacionais sobre direitos fundamentais não vêm ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico interno após a interpretação dada pelo Supremo ao § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, num esforço de dar a esses tratados a importância correspondente ao conteúdo de seus dispositivos e na tentativa de elevá-los a uma

²³ Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

posição de destaque no direito brasileiro (não apenas como lei ordinária), a EC 45/2004 trouxe um procedimento especial para a incorporação das convenções internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento pátrio com equivalência de emenda constitucional.

Vale ressaltar que o retro dispositivo decorre de uma preocupação não apenas brasileira, mas de vários países da América Latina (Guatemala, Peru e Argentina, p. ex), que modificaram suas Constituições no final do século XX para proteger, com maior efetividade, os direitos humanos.

A inexistência de um *quorum* de aprovação para integração dos tratados de direitos fundamentais antes da Emenda 45/2004 foi justamente um dos fatores que levou o Ministro Nelson Jobim a concluir pela impossibilidade de dar a esses tratados *status* de norma constitucional. Segundo ele, os outros instrumentos que consagram direitos fundamentais não são equivalentes à Constituição, pois *"a nossa Constituição não teve a preocupação do texto da Constituição Argentina e de outras que exigiam, nessas hipóteses, aprovação ou rejeição de dois terços."*²⁴

4.1 Processo de formação dos Tratados Internacionais

Antes de analisarmos o objeto específico desse capítulo, qual seja a verificação da hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos assumem no ordenamento jurídico brasileiro, faremos uma breve explanação sobre o significado dos tratados internacionais *lato sensu* e o seu processo de formação.

Os tratados internacionais são definidos pela doutrina como acordos internacionais firmados entre sujeitos de Direito Internacional, gerando obrigação entre as partes e vinculação ao objeto definido no acordo. Segundo Piovesan (2007, p. 43), "foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel então reservado ao costume internacional".

Louis Henkin (apud PIOVESAN, 2007, p.46), contribui também para a definição do termo:

²⁴ BRASIL, op. Cit., p. 382.

“O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)”.

No ano 1969 foi finalizada a elaboração da Convenção de Viena, designada a Lei dos Tratados, a qual disciplina e regula o processo de formação dos tratados internacionais. Conforme Rebecca M.M. Wallace (apud PIOVESAN, 2007, p. 44) “para os fins da Convenção, o termo ‘tratado’ significa um acordo internacional concluídos entre Estados, na forma escrita e regulada pelo Direito Internacional”. Portanto, na definição de tratado da Convenção de Viena somente os Estados podem expressar o consentimento na adoção de um tratado internacional.

Outro ponto importante para o estudo aqui desenvolvido é o preceituado no art. 27 da referida Convenção: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado” (apud, PIOVESAN, 2007, p. 45). Essa regra consagra o princípio da boa-fé, uma vez que o Estado-parte, agindo livremente, contrai obrigações na ordem internacional e por isso deve respeitar o que foi acordado no tratado.

Sob essa ótica, não pode deixar de cumprir a obrigação a qual se sujeitou alegando dispositivo de seu ordenamento interno, pois não foi forçado a aceitar o conteúdo do tratado e por isso tem que respeitar o tratado. Inclusive, conforme dispõe o art. 52 da Convenção de Viena, é nulo o tratado quando sua aprovação se der mediante emprego de ameaça ou uso de força.

Sendo assim, torna-se inaceitável e incompreensível que alguns Estados desrespeitam os tratados internacionais por eles próprios acordados de livre vontade. O primeiro instituto consiste em uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acessão, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certos dispositivos do tratado, quando da sua aplicação no respectivo Estado. No que concerne ao segundo, trata-se de um ato unilateral pelo qual um Estado manifesta a sua vontade de deixar de ser parte no tratado.

O processo de formação do tratado internacional varia de Estado para Estado, porém geralmente tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado pelo poder executivo. Essa fase que culmina com a assinatura

representa apenas, “um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se de mera aquiescência do estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do contrato, via de regra, indica, tão somente, que o tratado é autêntico e definitivo” (PIOVESAN, 2007, p. 47).

Logo em seguida o poder legislativo aprecia o conteúdo do tratado e sendo este aprovando, segue para a ratificação do executivo.

Na definição de Piovesan (2007, p. 47):

A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.

De tal modo, com o condicionamento da efetividade do tratado à aprovação pelo executivo e posterior aprovação do legislativo, consagra-se o sistema do “checks and balances”, ou seja, a conjugação de vontade entre executivo e legislativo. A respeito desse sistema, observa Louis Henkin:

“Com efeito, o poder de celebrar tratados [...] é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘checks and balances’. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de ‘checks and balances’ talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência européia” (apud, PIOVESAN, p. 50).

A derradeira fase do processo de formação do tratado é o depósito do instrumento de ratificação no órgão que assumiu a responsabilidade pela guarda dos referidos documentos.

No Brasil, conforme o art. 84, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988 (BRASIL, 1998), celebrar tratados, convenções e atos internacionais é competência privativa do Presidente da República. Contudo, a ratificação depende do referendo do Congresso Nacional que, conforme o art. 49, I da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988), tem a competência exclusiva de resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. Desta feita, a CRFB de 1988 consagra a sistemática do ‘check and balances’: “Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do presidente da República que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo” (PIOVESAN, 2007, p. 48).

É relevante transcrever a crítica feita por Piovesan a ausência de prazos não estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio para a conclusão das etapas do processo de formação dos tratados:

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de apreciação parlamentar (PIOVESAN, 2007, p. 50).

4.2 Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição de 1988

Questionamento importante quando tratamos do grau de eficácia que os direitos humanos alcançam nos ordenamentos jurídico dos Estados, é saber qual a hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos assumem quando internalizados ao ordenamento jurídico interno. A questão da hierarquia assumida pelos direitos humanos quando internalizados é de suma relevância para o sucesso do processo de universalização e internacionalização de tais direitos internacionais.

“A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários; essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. [...] A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno” (LEARY apud PIOVESAN, 2007, p. 51).

Na Constituição brasileira de 1988 o processo de internalização e a definição de hierarquia normativa tem guarida, respectivamente, nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º:

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.

§ 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 (BRASIL, 1998).

Assim podemos constatar que a Constituição brasileira abre o seu catálogo de direitos fundamentais para a recepção de novos direitos e nesse sentido reconhece que não detém a pretensão de completude. Por não reconhecer a completude do seu catálogo de direitos fundamentais é que a Constituição brasileira se abre para a recepção de novos direitos. Nesse sentido, conforme Konrad Hesse, a Constituição passa a ser definida como “ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade” (apud, PIOVESAN, 2007, p. 56).

Decorrente da análise do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, que conclui pela abertura do catálogo, podemos extrair a seguinte classificação dos direitos e garantias previstos na Constituição:

- a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição) (PIOVESAN, 2007, p. 58).

Então, pode-se asseverar a partir dessa classificação que entre os direitos fundamentais expressos se encontram não só os listados no catálogo do art. 5º, mas também os expressos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Aqui encontramos regra constitucional que positiva os direitos humanos oriundos de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tornando-os direitos fundamentais porque positivados.

Dessa roupagem de fundamentalidade atribuída pela interpretação do art. 5º, §2º, podemos inferir que os direitos humanos arrolados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil são protegidos pela “cláusula pétrea” do art. 60, §4º, IV da Constituição brasileira e dotados de aplicabilidade imediata, conforme exarado no art. 5º, §1º da mesma Constituição: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

E no que concerne a norma expressa no art. 5º, § 3º, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, em relação a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, há uma evidente atribuição de hierarquia de norma constitucional a tais direitos, desde que seus instrumentos sejam aprovados por *quorum* qualificado de três quintos dos membros do Congresso Nacional em dois turnos.

Desse modo passam esses direitos humanos recepcionados pelo Brasil a ser considerados material e formalmente constitucionais, tendo em vista que agora são aprovados pelo mesmo *quorum* exigido às emendas constitucionais (PIOVESAN, 2007).

Tal inovação constitucional que veio com o intuito de sanar as dúvidas referentes à hierarquia desses direitos internacionais trouxe ainda mais confusão e divergências doutrinárias.

A celeuma é criada em volta dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 45, os quais foram aprovados pelo mesmo *quorum* exigidos às leis ordinárias. Para alguns estudiosos do tema eles teriam a hierarquia de norma infraconstitucional em paridade com a lei ordinária sendo apenas materialmente constitucional, porém para outros se trataria mesmo de normas constitucionais.

Na defesa desse último posicionamento citamos entendimento de Piovesan (2007, p. 73):

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica da racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacornismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

Segundo Piovesan (2007), a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45, especialmente no que diz respeito ao *quorum* qualificado para tornar um direito humano formalmente constitucional, só vale para os tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados depois da vigência da novel emenda. Os tratados já ratificados, por outro lado, são material e formalmente constitucionais,

não necessitando passar por nova votação no Congresso Nacional para ser aprovado por *quorum* qualificado em dois turnos para adquirir o atributo de normal formalmente constitucional.

No mesmo sentido está à decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC nº 18799:

[...] o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescida pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar que ‘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’. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode ignorar que o § 1º supra determina, categoricamente, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela disposição do § 3º do art. 5º, o qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção [...] não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos” (apud, PIOVESAN, 2007, p. 74).

E contra a paridade entra os tratados internacionais de direitos humanos e a lei ordinária, mas a favor da suprallegalidade, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, o ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, quando de seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 466.343, em 22 de novembro de 2006:

[...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE [...] Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional (apud, PIOVESAN, 2007, p. 75).

Portanto, após a introdução do § 3º pela Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ser divididos em duas categorias: a) os materialmente constitucionais (aqueles não aprovados por *quorum*

qualificados); e b) os material e formalmente constitucionais (aprovados por *quorum* qualificados).

Além dessa classificação, existe ainda a diferença entre tratados internacionais em geral e os tratados internacionais sobre direitos humanos. Como o § 3º do art. 5º só se refere a este último, cabe concluir que os primeiros aderem à teoria da paridade com a lei ordinária, tendo em vista a interpretação feita a partir da norma constitucional expressa no art. 105, III, a:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]
 III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
 a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (BRASIL, 1988).

Em relação à hierarquia atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos, referido no início desse subtítulo, cabe agora tratar das quatro teses a respeito: a) supraconstitucional; b) constitucional; c) supralegal; d) lei ordinária.

Segundo os que defendem a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, esses direitos alcançam um grau de superioridade acima da própria Constituição. Esse era um antigo entendimento do STF até 1970.

“A supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser então uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperativa. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluímos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito” (GORDILLO apud PIOVESAN, 2007, p. 68).

Na defesa dessa mesma tese, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros (apud, PIOVESAN, 2007, p. 68-69):

No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados

[...] ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.

No mesmo sentido também as lições de Marotta Rangel (apud PIOVESAN, 2007, p. 70):

A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*”.

As vozes contrárias a esse primeiro entendimento costumam alegar que essa hierarquia ofenderia a soberania estatal. Porém esse argumento para Lopes (2005, p. 72). não pode prosperar, pois:

Os direitos fundamentais nasceram e até hoje representam uma limitação ao poder soberano, a par de também terem eficácia no meio privado. Todo o direito positivo, em si, é uma limitação, seja à liberdade individual, seja ao poder estatal. A questão da hierarquia das fontes normativas não interfere na soberania, até porque soberano é o povo e foi em nome deste que foi posta a Carta Fundamental, com base na qual é desenvolvida a controvérsia ora em apreciação.

Conforme à segunda posição, a de norma de hierarquia constitucional, a defesa é a de que essa orientação se extrai da própria natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme Piovesan (2007, p. 54 - 58):

O reconhecimento se faz explícita na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão [...]

A constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Tal interpretação é consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais [...].

Em seguida continua Piovesan (2007, p. 64) da defesa desse entendimento:

[...] conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia.

Nesse caso, o tratado de direito internacional ao adentrar ao ordenamento jurídico pátrio, seria recebido como norma constitucional, ou seja, se transformaria em um direito fundamental (direito humano positivado na Constituição) e em consequência dessa transformação, em consonância com o disposto no art. 5, § 1º e art. 60, parágrafo 4º, IV, gozariam de aplicabilidade imediata e proteção contra proposta de alterações pelo poder constituinte derivado (cláusula pétrea). E caso entrasse em conflito com outro direito fundamental (direito interno), tal disputa seria resolvida pelo princípio da norma mais favorável à vítima (PIOVESAN, 2007).

Na verdade, antes mesmo do advento do § 3º do art. 5º, era clara a hierarquia de norma constitucional atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos, porém não era essa a interpretação dominante, ou seja, “o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão que poderia efetivamente promover o reconhecimento formal a partir do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, absteve-se de fazê-lo” (BATISTA, et. al., 2008).

Foi com o propósito de sanar a controvérsia a respeito que a Emenda Constitucional n. 45 foi promulgada, no entanto criou mais dúvidas, pois o § 3º ao exigir *quorum* qualificado dificultou ainda mais o processo de internalização de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade (catálogo) e gerou dúvidas quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da entrada em vigor da referida emenda.

Corroborando com esse entendimento o princípio da máxima efetividade, segundo o qual deve se dar à norma constitucional a interpretação que maior eficácia lhe couber:

“A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais” (PIOVESAN, 2007, p. 59).

Em tom de crítica Lopes (2005, p. 39) defende a tese de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45 no que tange ao texto do § 3º do art. 5º:

Sem embargo disso, para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto, em conflitos com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, IV, CR, sendo, pois, inválida.

Como sugestão para sanar a controvérsia em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 foi sugerido o seguinte:

“Como alternativa a esse problema, buscamos no Direito Comparado experiências de países que alteraram o *status* dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional. A contribuição que nos pareceu mais adequada foi a da Constituição Argentina que, antes de estabelecer o procedimento de constitucionalização desses tratados, elenca quais dentre os já ratificados deveriam ter o mesmo tratamento” (BATISTA, et. al., 2008).

O terceiro entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, porém supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Esse é o entendimento que atualmente mais tem possibilidade de reverter a jurisprudência do STF que desde 1977 adota a tese de paridade. Nesse sentido estão os votos proferidos pelos ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Ferreira Mendes, respectivamente, no RHC nº 79.785-RJ de maio de 200 e no RE nº 466.343 de 22 de novembro de 2006 (apud PIOVESAN, 2007).

Porém o entendimento dominante, inclusive acolhido pelo STF a partir de 1977, é o da paridade entre tratado internacional e lei federal. Para Celso Duvivier Albuquerque de Melo (apud PIOVESAN, 2007, p. 62):

A tendência é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

Adotando esse entendimento, estando em conflito lei ordinária com tratado internacional de direitos humanos, a solução é a aplicação das máximas: a) lei posterior revoga lei anterior; e b) lei específica revoga lei genérica.

Tal tese entra em conflito com o princípio internacional da boa-fé no relacionamento entre Estados e contra o disposto no art. 27 da referida Convenção de Viena, o qual dispõe que “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado” (apud PIOVESAN, 2007, p. 62).

Preceitua Piovesan que tal não deveria ser o tratamento adequado dispensado aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que esses se distinguem dos tratados internacionais em geral na medida em que

estabelecem a obrigação aos Estados de salvaguardar prerrogativas (direitos humanos) de seus indivíduos e não prerrogativas dos Estados (PIOVESAN, 2007).

Também apontando para a mesma corrente de pensamento de Piovesan, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 2 de setembro de 1982 afirma o seguinte:

“Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação aos outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição” (PIOVESAN, 2007, p. 65).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos sofreu alterações ao longo do tempo.

Até 2008, havia a discussão da posição hierárquica dos tratados de forma geral, não os diferenciando dos tratados de direitos humanos.

Esse novo entendimento tem como base o art. 4º da CR/88, que afirma a primazia dos direitos humanos como um dos regentes do país no desenvolvimento das relações internacionais.

No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que detém a última palavra em matéria de interpretação do texto constitucional, pois não existe na Constituição de 1988 dispositivo que, expressamente, defina a hierarquia desses instrumentos internacionais de proteção.

O STF tem a função de definir a hierarquia desses tratados por meio da interpretação dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição, que irá determinar como o direito internacional de proteção aos direitos humanos terá a eficácia esperada no país.

Como demonstra Erivaldo da Silva Oliveira, são duas a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos:

- a) Suplalegais: os tratados internacionais de direitos humanos são considerados normas supraleais, pois estão acima das leis comuns, mas abaixo da Constituição Federal de 1988. Desse modo, os tratados de direitos humanos já existentes e os novos, se não forem aprovados nos termos do § 3º do art. 5º da CF/88, terão *status* de norma supraleal. Pode-se afirmar, por exemplo, que a Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico atual tem a natureza jurídica de norma supraleal.
- b) Emenda Constitucional: os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados com o quórum qualificado de três quintos dos votos em dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional serão equivalentes à emendas constitucionais (§ 3º do art. 5º da CF/88). (OLIVEIRA, 2013, p. 61)

A partir do julgamento do RE nº 466.343-1 SP e do HC nº 87.585 TO, de 2008, o STF admitiu que devesse ser dada hierarquia diferenciada aos tratados de direitos humanos, prevalecendo assim à tese da supralegalidade.

No voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 349.703, sobre prisão civil do depositário infiel: “O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna”.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466.343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

Trata-se de Recurso extraordinário interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negou provimento ao recurso de apelação nº 791031-0/7, entendendo ser inconstitucional a prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXVII, da CR/88.

EMENTA: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (HC 87.585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237).

O caso em tela versava sobre decreto de prisão fundamentado no art. 5º, LXVII da Constituição por descumprimento de contrato de depósito.

5 APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO STF

O Supremo Tribunal Federal há muito se manifesta sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos no direito interno.

Foi na decisão do RE 80004, proferida em 1977, que se iniciou a discussão sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais no direito interno. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal afirmou que os tratados internacionais não se sobrepõem às leis internas.

Já na vigência da Constituição de 1988, a análise do HC 72131 também contribuiu para a evolução jurisprudencial do tema, pois se afirmou que a Convenção de San José da Costa Rica, que proíbe a prisão decorrente de contrato civil, não afasta a aplicação do art. 5^o, LXVII, da Constituição Federal, ou seja, concluiu-se pela supremacia da Constituição sobre um tratado que protege direito fundamental.

Entretanto, ao analisarmos os julgamentos das medidas cautelares em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam, 1480-3 - DF e 1675-1 - DF, que se verificou o atual posicionamento do Supremo sobre o tema. Nos dois julgados analisam-se direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais do trabalho), pactuados na Organização Internacional do Trabalho (a Convenção 158 e a Convenção 106, respectivamente) e já positivados ao ordenamento jurídico interno.

No julgamento da primeira ADIn, a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos fundamentais se apresentou, fundamentalmente, nas exposições do relator, Ministro Celso de Mello, do Ministro Carlos Velloso e, por fim, do Ministro Nelson Jobim.

O primeiro, partindo do pressuposto de que o ordenamento brasileiro “prestigia, de maneira incondicional, a absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público” (BRASIL, 2001, p. 234), analisou o tema sob a óptica da dualidade monista/dualista, observando as normas constitucionais que definem os procedimentos para a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno e apontando as conseqüências dessa incorporação. Para o Ministro Celso de Mello, independentemente da matéria disposta no tratado,

a executoriedade do ato internacional somente ocorre após a realização dos procedimentos apresentados na Constituição.

Em seguida, analisa o Ministro a constitucionalidade formal dos tratados internacionais. Para ele, esses tratados, após a conclusão do processo de incorporação, têm valor apenas de lei ordinária, nunca de lei complementar ou de norma constitucional. Assim, uma eventual primazia de qualquer norma internacional sobre lei ordinária somente se daria pela cronologia ou pela especialidade (como qualquer conflito entre duas leis internas de mesma hierarquia).

Já o Ministro Carlos Velloso apresentou entendimento diverso. Defendeu, em seu voto, que um tratado internacional pode ser internalizado como lei complementar se a matéria tratada for definida na Constituição como tal.

Para ele, as leis complementares seriam apenas uma das espécies do gênero "lei", pois não possuem qualquer hierarquia sobre as leis ordinárias e estas não encontram seu fundamento de validade naquelas. A única diferença entre essas duas espécies seria o *quorum* de aprovação no Congresso Nacional.

Na análise do artigo 5^o, § 2^o, da CF/88, o Ministro Carlos Velloso defende a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais pactuados pelo Brasil, expondo que a tese dualista restou superada pela sistemática do referido dispositivo constitucional²⁵. Esses tratados, para Velloso, dispensam a edição de ato legislativo para sua exigibilidade no plano interno. Concluindo a análise do citado dispositivo constitucional, o Ministro afirma que não há inconstitucionalidade material de tratado que verse sobre direito fundamental, tendo em vista que esses tratados incorporam-se à "*ordem jurídica brasileira de forma autônoma*" e devem ser integrados aos demais direitos fundamentais existentes de forma harmônica. Este posicionamento,

²⁵ Para fundamentar tal afirmação, o Ministro Carlos Velloso citou o seguinte trecho a obra de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins "Comentários à Constituição do Brasil", São Paulo: Saraiva, 1989, II/396: "não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais."

embora consagrado pela melhor doutrina, não foi o adotado pela maioria dos Ministros²⁶.

Contrário à tese de Carlos Velloso e acompanhando o relator, o Ministro Nelson Jobim apresentou seu voto. Para ele, o *quorum* especial de votação das leis complementares (maioria absoluta) não foi um simples capricho do poder constituinte originário de 1987/1988, mas uma estratégia para provocar uma maior discussão das questões controvertidas no Congresso Nacional. Esse *quorum* (maioria absoluta) não pode ser burlado pela realização de um pacto internacional, que exige apenas maioria simples para a aprovação de um tratado pelo Congresso.

Quanto à análise do art. 5º, § 2º, o Ministro Nelson Jobim, confirmando o voto do Ministro Moreira Alves na mesma ADIn, aponta para o entendimento de que apenas os tratados de direitos fundamentais celebrados e internalizados antes do promulgação da Constituição de 1988 devem ter *status* de norma constitucional.

Assim, por maioria, o Supremo Tribunal Federal afastou a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos fundamentais internalizados após a Constituição Federal de 1988 e sedimentou o entendimento de que esses tratados têm *status* de lei ordinária, não podendo, sequer, serem introduzidos no ordenamento pátrio como lei complementar.

A partir da análise do julgamento da medida cautelar na ADIn 1480-3, verifica-se que o conteúdo do art. 5º, § 2º, foi drasticamente esvaziado. É, portanto, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1675-1, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, que se elucida ainda mais a real extensão desse dispositivo para o STF.

Nesta ADIn, a despeito de ter sido voto vencido no julgamento da cautelar na ADIn 1480-3, Pertence apresenta a questão da interpretação do art. 5º, § 2º, demonstrando que a doutrina contemporânea tende a atribuir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos fundamentais. Lembra o relator, entretanto, que o Supremo adotou entendimento contrário a essa tendência no julgamento da medida cautelar na ADIn 1480-3²⁷, aqui apresentada.

²⁶ Na ADIn 1480-3 foram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

²⁷ Ressaltou também o Ministro Sepúlveda Pertence o julgamento do HC 72131, referido acima.

Assim, reafirma o Ministro o entendimento de que apenas os tratados incorporados ao direito pátrio antes da Constituição vigente têm *status* de norma constitucional e aponta, numa clara tendência humanista, que os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que não constitucionalizados, devem ter valor de "poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade"²⁸, isto porque, segundo o relator, esses tratados decorrem da mesma preocupação de proteção dos direitos fundamentais que rege a Constituição vigente²⁹.

Apresentando-se mais uma vez para a discussão, o Ministro Nelson Jobim afirmou a impossibilidade de se dar aos tratados de direitos fundamentais *status* de norma constitucional. Entende o Ministro que, se fosse conferido a esses tratados tal *status*, não se teria apenas uma norma constitucional, mas uma cláusula pétrea, que não poderia ser modificada, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

Para Jobim, o § 2º do art. 5º diz, simplesmente, que o rol dos direitos e garantias individuais da Constituição poderá ser ampliado por outros instrumentos, contudo, esses instrumentos não terão característica de norma constitucional.

Verifica-se nos julgamentos apresentados que o Supremo Tribunal Federal: a) adota a supremacia da Constituição como valor absoluto³⁰; b) não se filia à doutrina defensora da auto-aplicabilidade das normas internacionais; c) confere *status* de norma constitucional apenas aos tratados de direitos fundamentais internalizados antes da promulgação da Constituição de 1988; d) renega esse *status* aos tratados internalizados após a Constituição vigente, conferindo-lhes apenas valor de lei ordinária e de reforço para a interpretação dos direitos existentes na Constituição.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1675-1. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão 24.09.1997. DJ 19.09.2003. Requerente: CNTC. Requerido: Presidente da República. P. 377.

²⁹ Sobre a interpretação das normas conforme os direitos fundamentais apresenta Antonio Enrique Pérez Luño, na obra *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, p. 310: "nosso Tribunal Constitucional tem reconhecido, de forma expressa, que os direitos fundamentais constituem o parâmetro em conformidade com o qual devem ser interpretadas todas as normas jurídicas que compõem o nosso ordenamento".

³⁰ É na lição de Canotilho que se observa que o valor soberania deve ser visto com ressalvas no contexto globalizado atual, *in verbis*: "O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno."(CANOTILHO, op. Cit., p. 18)

Vejam a seguir algumas jurisprudências, em que o STF, utiliza os tratados internacionais de direitos humanos nas suas decisões.

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que,

na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).
6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012).

No caso em tela a Defensoria Pública da União pediu a “compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão”. Alegando que a confissão espontânea é indicativa de traço da personalidade do agente e, por isso, é de ser considerada circunstância preponderante, nos termos do art. 67 do Código Penal. Com o pedido ao Juízo Processante, a redução da pena imposta ao paciente pelo delito de roubo circunstanciado.

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade

interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183)

Trata-se de pedido de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão proferido pelo STJ, que denegou a ordem no processo em que o paciente, foi nomeado depositário dos bens móveis penhorados da Execução Fiscal 114/93, da 1ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba/SP, contra a empresa Bachega Carazzato e Santos SC Ltda.

A 1ª Vara Cível da Comarca de Pindamonhangaba/SP decretou a prisão do paciente, por considerá-lo depositário infiel, apesar dos bens terem se deteriorado naturalmente em decorrência de fatores naturais, tais como, ferrugem, corrosão e amolecimento de madeira.

Alega o paciente que fez o depósito em juízo dos referidos bens e solicitou a nomeação de outro depositário, mas não foi atendido pelo Juízo de 1º Grau.

Então impetrou *habeas corpus* perante o TRF 3ª Região, que foi denegado, e recurso ordinário em *habeas corpus* no STJ, que negou provimento. Assim requereu perante o STF, liminarmente a expedição de salvo-conduto e a revogação do mandado de prisão.

EMENTA: EXTRADIÇÃO. GOVERNO DE ISRAEL. CRIMES DE "VIOLÊNCIA A MENOR OU PESSOA INCAPAZ", "ABUSO A MENOR OU PESSOA INCAPAZ", "INCITAMENTO A VIOLÊNCIA A MENOR OU PESSOA INCAPAZ", "INCITAMENTO A ABUSO A MENOR OU PESSOA INCAPAZ" E "CONSPIRAÇÃO PARA COMETER UM CRIME". PROMESSA DE RECIPROCIDADE. DUPLA TIPICIDADE.

INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. COMPETÊNCIA DO ESTADO ISRAELENSE PARA O AJUIZAMENTO DA EXTRADIÇÃO. CRIME OCORRIDO EM TERRITÓRIO REIVINDICADO PELA AUTORIDADE NACIONAL PALESTINA ("BEITAR ILLIT"), PORÉM OCUPADO POR ISRAEL. PRINCÍPIO DA EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL. PRESENÇA PARCIAL DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO EXTRADITANDO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PREJUDICADO. 1. A figura típico-autônoma do crime de "Incitamento" (Seção 30 da Lei Penal israelense) equivale, no Brasil, à agravante do inciso I do artigo 62 do Código Penal brasileiro. Falta de atendimento ao requisito da dupla tipicidade penal, nos termos do inciso II do artigo 77 da Lei nº 6.815/80. 2. No tocante aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz" e "Abuso a menor ou pessoa incapaz", o pedido de extradição preenche o requisito da dupla tipicidade criminal (inciso II do art. 77 da Lei nº 6.815/80). Isto porque os referidos delitos são passíveis de enquadramento no crime de tortura, descrito no inciso II do artigo 1º da Lei nº 9.455/97 ("tortura-castigo"). Já o delito de "Conspiração" corresponde, em tese, ao crime de quadrilha (artigo 288 do CP), dado que ao extraditando é imputada a associação com mais de três pessoas, com a finalidade de cometer crimes. 3. Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tanto pelos textos legais apresentados pelo Estado requerente quanto pela legislação penal brasileira (art. 109 do CP). Crimes supostamente ocorridos nos meses de fevereiro e março de 2008. 4. Competência do Estado requerente para o ajuizamento do pleito extradicional, seja porque o extraditando cometeu, em solo exclusivamente israelense, os mesmos crimes descritos no pedido inicial, seja porque o extraditando é de nacionalidade israelense. Além do que são de nacionalidade israelense as vítimas arroladas no pedido inicial. Incidência da regra estabelecida no artigo 5º, combinado com o artigo 8º, ambos da "Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes". Documento ratificado assim pela República Federativa do Brasil (Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991) como pelo Estado de Israel, sem nenhuma ressalva que impeça o deferimento deste pedido de Extradição. 5. A própria natureza do crime de tortura autoriza a adoção do princípio da extraterritorialidade da lei incriminadora. Extraterritorialidade que também é autorizada tanto pelo artigo 14 do Direito Penal israelense quanto pelo artigo 7º do Código Penal brasileiro. Tudo combinado com a parte final do inciso I do artigo 78 do Estatuto do Estrangeiro, ao estabelecer, como condição para o deferimento da extradição, "serem aplicáveis ao extraditando as leis penais" do Estado requerente. 6. As informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores e pelo Ministério Público Federal, assim como pelo Estado de Israel, apenas reforçaram a conclusão do voto inicialmente proferido. Diligências que foram deferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (Sessão de 18/12/2008) e cujo conteúdo converge para a conclusão de que "o Poder Judiciário de Israel possui competência para julgar fatos ocorridos na área "C" do Acordo Provisório, que inclui a área onde Beitar Illit está localizada, haja vista se tratar de uma área na qual Israel possui jurisdição exclusiva em questões legais, administrativas e relativas à segurança". 7. Pedido deferido quanto aos crimes de "Violência a menor ou pessoa incapaz", "Abuso a menor ou pessoa incapaz" e "Conspiração para cometer um crime". Indeferido, portanto, o pedido no tocante aos delitos de "Incitamento a violência a menor ou pessoa incapaz" e de "Incitamento a abuso a menor ou pessoa incapaz", por ausência de tipicidade. (Ext 1122, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-01 PP-00045 RTJ VOL-00217- PP-00064)

O julgado acima trata do pedido de extradição instrutória, com promessa de reciprocidade, feito pelo governo de Israel, para entregar o cidadão israelense, Elior Noam Hen, acusado pelo crime de incitamento a violência contra menor, conspiração para cometer crime e incitamento a abuso de menor, que não são penalmente tipificados no Brasil.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do

estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

No caso em tela, o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, com "sursis", pelo prazo de quatro anos, por ter editado, distribuído e vendido obras anti-semitas de sua autoria e de autoria de outros autores, que abordavam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, incitando a discriminação racial.

6 EXEMPLO DE EFETIVIDADE DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

A lei nº. 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, surgiu através de tratados internacionais, firmados pelo Brasil, com o fito de não apenas proteger à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, como também prevenir contra futuras agressões e punir os respectivos agressores.

A supramencionada lei nasceu por duas convenções firmadas pelo Brasil: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra à mulher (CEDAW), conhecida como a Lei internacional dos Direitos da mulher e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra à mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”. Assim, explica Cunha:

“O primeiro movimento adotado pela União Federal com o intuito de combater a violência contra à mulher foi a ratificação de CEDAW, feita pelo Congresso Nacional em 1º de fevereiro de 1984. Como nesta data ainda não havia sido promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual prevê igualdade entre homens e mulheres, houve algumas reservas; contudo, com o reflexo da nova Constituição, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando plenamente toda a Convenção através do Decreto Legislativo nº26/1994, que foi promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº4.377/2002.[...] O segundo movimento realizado no Brasil neste sentido foi a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, punir e erradicar a Violência contra à mulher – conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, realizada em Belém do Pará e adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA em 6 de junho de 1994, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 através do Decreto Legislativo nº107/1995 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº1.973/1996” (CUNHA, 2009, p 121).

Conforme preceitua CUNHA (2009), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra à mulher (CEDAW) se preocupava com os direitos gerais da mulher, e não, especificadamente, com a violência. Já a Convenção de Belém do Pará possuía um objetivo mais específico, que era combater a violência contra a mulher.

Nas palavras de Portela (2010, p. 659), claro fica o objetivo da CEDAW:

“A Convenção visa a contribuir para conferir maior peso político e jurídico à proteção da dignidade da mulher, cuja situação na maioria das sociedades do mundo, no decorrer da história e na atualidade, nem sempre tem sido marcada pelo gozo de direitos em patamar de igualdade com os homens. Além disso, a Convenção visa a tutelar certas peculiaridades da condição da mulher, como a maternidade.”

Desta feita, a finalidade da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher era erradicar a discriminação contra a mulher e assegurar a igualdade, embora tivesse consciência de que discriminação também é uma forma de violência.

Assim ressalta Piovesan (2008, p.197): “Importa observar que a Convenção não enfrenta a temática da violência contra a mulher de forma explícita, embora essa violência constitua grave discriminação”.

Com relação à Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, foram abordados diversos assuntos, dentre eles a definição de violência contra as mulheres.

“A Convenção entende que a violência contra a mulher constitui grave afronta aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, proclamados e defendidos na modernidade; afirma, ainda, que a violência não se limita à agressão física, sexual e psíquica, como também restringe o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (CUNHA, 2009, p 123).

Sendo assim, a convenção de Belém do Pará foi o primeiro tratado internacional a definir a violência contra a mulher e a reconhecer este tipo de violência como sendo uma afronta aos direitos humanos, principalmente a dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito ao conceito de violência contra a mulher, Mameluque (2010, p.01) expõe que o Conselho Social e Econômico das Nações Unidas a conceitua como sendo:

“[...] qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais, psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação de liberdade seja na vida pública ou privada”

Conforme preleciona Maria Berenice Dias: “Foi à conferência das Nações Unidas sobre Direitos humanos, realizada em Viena, no ano de 1993, que definiu

formalmente a violência contra a mulher como violação aos direitos humanos” (DIAS, 2010, p.35).

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual trata dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é oriunda do compromisso firmado pelo Estado brasileiro no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A elaboração da lei em comento foi recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que em 20 de agosto de 1998 recebeu denúncia apresentada pela Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, por meio do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), relativa à violência doméstica da qual fora vítima na década de 80 e até aquela data (1998) não resolvida satisfatoriamente pela Justiça brasileira.

Na denúncia alegou-se a tolerância do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros, em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial.

Entendeu a Comissão Interamericana ter havido violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) por parte do Estado brasileiro em face da omissão deste (de mais de 17 anos) em prestar justiça e punir o responsável pela violência doméstica praticada contra a Sra. Maria da Penha, que foi vítima de tentativa de homicídio por parte do marido por duas oportunidades em 1983. Na primeira vez, em virtude de um tiro de arma de fogo disparada por ele, ficou paraplégica; na segunda, tentou o mesmo marido eletrocutá-la. A investigação começou em junho do mesmo ano, mas a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual (do Estado do Ceará) em setembro de 1984. Oito anos depois, o Sr. Heredia foi condenado a oito anos de prisão, mas amparado por recursos jurídicos conseguiu protelar o cumprimento da pena.

Neste diapasão, a Comissão Interamericana, de forma inédita, acatou uma denúncia de violência doméstica contra um Estado-parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No entendimento da Comissão, a demora do Estado do Ceará na persecução penal contra o criminoso deveria ser atribuída ao Estado brasileiro, por ter permitido (com a sua inércia) a instalação de um ambiente propício à violência doméstica, uma vez que não houve evidência socialmente percebida da

vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, em punir esses atos³¹.

Por fim, a Comissão recomendou ao Brasil, dentre outras medidas, prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país, particularmente o seguinte: a) medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e e) incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará de 1994³², bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares³³.

O Brasil, diante de tais recomendações, acabou por editar a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, chamada (em homenagem àquela postulante) de Lei Maria da Penha, de natureza predominantemente preventiva³⁴.

Em 2007, o Comitê CEDAW prescreveu o dever de a República Federativa do Brasil estruturar os Juizados Especializados no Combate à violência contra a

³¹ V. Relatório 54/01, relativo ao Caso 12.051, de 16 de abril de 2001, parágrafo 56.

³² Este é o nome pelo qual é popularmente conhecida a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

³³ Relatório 54/01, relativo ao Caso 12.051, de 16 de abril de 2001, item nº 4 das recomendações.

³⁴ O Brasil é o 18º país da América Latina a ter uma lei dessa natureza. (Enfrentamento da violência contra a Mulher. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/violencia_2007.pdf>. Acesso em: 24.12.08, p. 19).

Mulher, preconizados na Lei Maria da Penha, em todos os Estados da Federação, já que, até então, somente cerca de 40 deles haviam sido criados³⁵.

Em 2008 a situação melhorou, ou seja, chegou-se a 139 Juizados³⁶.

Apesar do significativo aumento ocorrido de um ano para o outro, o número permaneceu muito acanhado, denotando que tal atendimento especial encontra-se disponível para um percentual reduzido de mulheres brasileiras.

³⁵ Cf. *Enfrentamento da violência contra a Mulher*, cit., p. 51.

³⁶ VI Relatório Nacional Brasileiro — Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres — CEDAW/Organizações das Nações Unidas. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. 98 p. — (Série Documentos).

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos perceber a grande discussão que o nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais deflagrou no STF ao longo dos anos, em especial nos anos após a promulgação da Constituição de 1988. Pela atual composição do Tribunal, pela tendência mundial em dar primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana e pela relevância que os tratados de direitos humanos detêm no sistema internacional de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

Cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal o desafio de reafirmar sua vocação de guardião da Constituição, rompendo em definitivo com a jurisprudência anterior acerca da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e, a partir de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional destes tratados, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da Constituição - os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (USP)
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1480-3. Relator Celso de Mello. Acórdão 04.09.1997. DJ 18.05.2001. Requerentes: CNT e CNI. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. P.234.

_____. **Diário do Senado Federal**, 21 de out./1998, p. 14361 – 14364.

DJI – Índice Fundamental do Direito <<http://www.dji.com.br>>

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARCÍLIO, Maria Luiza - PUSSOLI, LAFAIETE (Coords). **Cultura dos Direitos Humanos**. São Paulo, LTr, 1998

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos artigos 1º e 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos no Brasil**. Washington, D.C., 1997 (OEA/Serv. L/V/II.97, Doc. 29, rev. 1).

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos humanos**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração sobre o Direito e Dever dos Indivíduos, Grupos e Instituições que promovem e protegem os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos**. Genebra: 1998 (E/CN.4/1998/98).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Senado Federal <<http://www.senado.gov.br>>

TELLES, Vera da Silva. **Direitos Sociais: afinal do que se trata?** São Paulo: Revista USP (Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI). 1998.

TRINDADE, A. A. Cançado. **Direitos Humanos e Meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: SAFE, 1993.