

Data de aprovação: 10/12/2024.

O ASPECTO MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL: A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Costa, Pedro Eduardo Bandeira Leão de Medeiros¹

Silva, Marcelo Maurício da²

RESUMO

O aspecto materialmente constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos é defendido na própria Carta da República, por isso esse trabalho visa como objetivo maior analisar como se pode dar maior efetivação a esses tratados, colocando como diretriz a possibilidade de aplicação material dos mesmos. Também teve como diretriz entender as teorias de aplicação das normas internacionais em compatibilidade com o direito nacional e entender o rito pelo qual passa esse diploma legal. Para tanto, utilizou uma pesquisa qualitativa com entendimentos de vários autores. O presente trabalho resultou no entendimento que a aplicabilidade dando maior efetividade ao princípio da norma mais favorável é possível, chegando a conclusão que falta somente a implementação do mesmo, sendo crucial para o posicionamento do país no arranjo internacional.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Materialmente Constitucional. Efetivação.

THE MATERIALLY CONSTITUTIONAL ASPECT: THE MATERIAL IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL TREATIES

ABSTRACT

The materially constitutional aspect of the international treaties is defended in the constitution itself, therefore this work aims to analyze how it can be more effective, putting as a guideline the possibility of their material application. Also had as a order

¹Discente em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte -UNI-RN. Email: pedro.leaoc@hotmail.com

²Docente do curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte -UNI-RN. Email: marcelomauricio@unirn.edu.br

or guideline to understand the theories of application of the international standards in compatibility with national law and understand the rite through which this legal law passes. To this, a qualitative research with understandings from several authors was used. This work resulted in the understanding that applicability, giving greater effectiveness to the principle of the most favorable standard, is possible, concluding that the only thing missing is implementation in practice, being crucial for the country's arrangement abroad.

Keywords: Human Rights. Materially Constitutional. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho fará um estudo no ordenamento pátrio e internacional no tocante à incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro, com foco no direito internacional, valendo-se também de normas constitucionais sobre o tema, além de autores brasileiros e do estrangeiro. Nesse prisma de abordagem, visa-se dar maior efetivação material desses tratados, irradiando pelo sistema jurídico do Brasil, dando também maior prestígio aos temas que versem sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, positivados na constituição ou não.

A não positivação desses tratados na constituição não impediria o funcionamento dessas normas com aspecto material, vez em que fariam parte do arcabouço de proteção dos direitos humanos no país e impediriam a responsabilização do Brasil no plano internacional pelo não cumprimento desses acordos.

Nessa linha de raciocínio, o trabalho faz um apanhado dos status dos tratados exemplificando quais seriam as possibilidades desses tratados estarem elencados no arcabouço jurídico brasileiro, também trás as teorias que dissertam sobre a incorporação das normas internacionais nos ordenamentos pátrios, o princípio que talvez seja o mais importante quando se fala em Direitos Humanos, o princípio pro homine, o rito de incorporação desses diplomas, como deve ser feito, para onde deve ir

diplomas para serem aceitos como normas no país e por fim a aplicação material desses tratados no direito brasileiro.

A questão problema levantada nessa pesquisa é se existe ou não a possibilidade de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas materialmente constitucionais, sendo de acordo com a melhor doutrina e julgados do Supremo Tribunal Federal, totalmente plausível, inclusive segue-se nesse ponto o entendimento das cortes internacionais.

Nesse diapasão, o Brasil não pode ter uma regressão nos Direitos Humanos em decorrência de normas internas. A aplicação material no ordenamento jurídico dos tratados não incorporados no rito do terceiro parágrafo do artigo 5º da Constituição visa dar maior prestígio à pessoa humana.

A utilização desses diplomas como sendo norma materialmente constituição é de suma importância pensando na defesa do ser humano, sendo o beneficiário desse entendimento. Nisso, o arcabouço jurídico que protege o ser humano aumentaria, assim como diminuiria o poder estatal sobre essa pessoa.

Ainda nisso, para atingir todos esses pontos, esse trabalho usa uma pesquisa qualitativa, analisando uma biografia de diversos autores, além da análise da legislação pátria pertinente referente ao tema. Também foi utilizado alguns diplomas internacionais, como o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, contudo, todo o foco do trabalho está no corpo constitucional brasileiro, local de onde se irradia a aplicação dessas normas no Brasil. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também foi utilizada, tendo em vista ser a corte máxima do país e com decisões vinculantes no direito.

Tudo isso foi feito com o objetivo de se discutir a aplicação material das convenções internacionais de direitos humanos, discutir o seu rito de introdução ao ordenamento jurídico do país, as teorias que versam sobre isso, como o Supremo Tribunal aceita isso, além de saber a possibilidade de aplicação.

Tudo isso entende como o resultado a possibilidade de aplicação dos diplomas supralegais como materialmente constitucionais, o arcabouço jurídico pátrio e internacional leva a isso. Por isso, embora existam algumas possibilidades de crítica quanto ao não uso do Art. 5º, parágrafo terceiro da Constituição Federal, não se aplica em decorrência do próprio parágrafo segundo do mesmo dispositivo que elenca a

possibilidade de aplicação das convenções internacionais em caso de prestigiar o ser humano.

O tema em si foi escolhido em função da necessidade em relação ao sistema internacional de prestigiar os Direitos Humanos, tema relevante e bastante controverso nos fóruns mundiais. Em suma, os Direitos Humanos por se tratar de algo que beneficia o indivíduo não pode ser algo fácil de não se aplicar nos Estados Democráticos de Direito, ainda mais quando devem ser aplicados sem demora em situações reais de risco, por isso os tratados internacionais de direitos humanos, embora incorporados no rito de lei ordinária e com aspecto supralegal, devem ser aplicados como se a constituição fosse.

Portanto, o objetivo principal é verificar a possibilidade da aplicação material dos diplomas internacionais, quando não forem equiparados com a constituição formalmente.

Os objetivos específicos são analisar esses diplomas, verificando os seus status no ordenamento pátrio, o rito em si para incorporá-los e as teorias e doutrinas sobre o assunto.

2 STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

De acordo com a doutrina mais recente e com os julgados do Supremo Tribunal Federal, além da evolução constitucional, os tratados internacionais podem ser incorporados ao ordenamento jurídico de três formas diferentes, entre eles, com o aspecto formalmente constitucional, caso forem de Direitos Humanos e forem incorporados no rito do Art. 5º, parágrafo terceiro.

Nessa linha de raciocínio, podem ser supralegais caso sejam também de direitos humanos, mas tenham sido incorporados no rito da lei ordinária. Podendo ser igualmente com o nível de lei ordinária, caso não versem sobre direitos humanos e sejam incorporados no rito de lei ordinária.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é clara quando cita o rito de incorporação para um tratamento diferenciado dos tratados internacionais, com o voto em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, para poder elevar aquilo que

foi acordado no plano internacional ao nível de emenda constituição, com status máximo no ordenamento jurídico brasileiro.¹

Partindo disso, esse poder constitucional quanto aos tratados internacionais de direitos humanos não adveio diretamente da promulgação da constituição e sim com a Emenda Constitucional 45 de 2004 que incorporou o tema ao corpo da carta constitucional, verdadeiro Poder Constituinte derivado.

Com a emenda constitucional 45/2004, o parágrafo terceiro do Art. 5º foi inserido no texto constitucional, exercendo o nível mais alto na hierarquia legal do país, quando seguido o rito elencado ali, com poder paralisante frente aos demais dispositivos ordinários e supra ordinários.

Nesse sentido:

A Emenda Constitucional 45 introduziu o § 3º no artigo 5º, que fixou regras específicas para os tratados de direitos humanos, os quais poderão galgar status de emenda constitucional caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação por três quintos dos votos dos respectivos membros (Portela, 2022, pág. 140).

Ainda nisso, os tratados internacionais além de formalmente poderem ter status constitucional, também podem ter nível supralegal, caso forem incorporados no rito de lei ordinária e versarem sobre direitos humanos, isso ilustra como a questão de Direitos Humanos em nível internacional tem prestígio no ordenamento pátrio, embora ainda não suficientemente. O pensamento supracitado sobre o aspecto supralegal dos referidos diplomas é majoritário no Egrégio Supremo Tribunal Federal:

O primeiro, por ora majoritário, é o da supralegalidade desses tratados, defendida, por exemplo, pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 90.172/SP. O segundo, atualmente minoritário, é o da constitucionalidade material das normas internacionais de direitos humanos, defendido pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no julgamento do HC 87.585/TO e, posteriormente, do HC 96.772/SP (Portela, 2022, pág. 149).

Por isso, muito embora se tenha a aplicação material dos tratados internacionais de direitos humanos, é preciso apontar que é de uma corrente minoritária no tribunal.

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º § 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.

Nisso, o posicionamento majoritário do Tribunal em questão é na posição da supralegalidade em regra quando tiverem sido incorporados no rito de lei ordinária, ou seja, sem ser no rito do Art. 5º, § 3º, ou formalmente constitucionais quando seguirem esse rito.

É, porém, de se estranhar o entendimento da Suprema Corte, tendo em vista que a própria Carta Magna dê margem para a aplicação material desses tratados, seguindo o Art. 5º, § 2º do texto, ao qual lembra que os direitos e garantias que estão na constituição de forma expressa, não excluem outros que sejam decorrentes do regime adotado pela Carta da República ou dos tratados e convenções em que a República brasileira seja parte.²

Então, a própria Constituição prevê que embora exista um rol bem concreto de direitos e garantias que estão previstos na mesma, não se exclui ou impossibilita a aplicação de demais direitos que tenham relação com o regime democrático ou com tratados internacionais, inclusive ela expressamente prevê os tratados que a República Federativa seja parte como fonte da aplicação, ou seja, a possibilidade de aplicação material dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Também se faz necessário entender se os tratados internacionais, em especial os de direitos humanos, seriam compatíveis com a Constituição Federal, para poderem ser aplicados de forma material, tendo em vista que essa aplicação prestigiaria a proteção internacional ao indivíduo, seria fundamental para eventual atuação internacional do Brasil e se poderia ser cogente no ordenamento pátrio.

Por isso, a própria Constituição prevê no seu Art. 4º um rol de princípios que a República Federativa do Brasil deve seguir quando estiver atuando nas relações internacionais.

Esse rol de princípios inclusive deve ter força vinculante, não podendo o Brasil assinar ou ratificar tratados que versem sobre temas que o lesaram, sendo um dos princípios principais a prevalência dos Direitos Humanos, apontando claramente que a própria carta constitucional dá um aspecto diferenciado para a atuação no país no exterior. Devendo, então, os negociadores tratarem sobre esse tema com máxima vênua, inclusive, não assinando tratados que possam desprestigiar esse ponto.³

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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 seja parte.

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

Portanto, o tema de Direitos Humanos deve sim ter interpretação ampliativa, inclusive levando em conta o binômio do Art. 5º, § 2º e o Art. 4º, II. Enquanto o primeiro dá margem à aplicação material dos tratados, o segundo fala que no momento que os tratados forem feitos, deve ser feito justamente pensando nos direitos humanos ali implícitos. Assim como, numa interpretação cumulada, pode-se entender que a norma pode sim ser aplicada de forma material, prestigiando os Direitos Humanos e a proteção à pessoa humana, inclusive extraíndo disso, o espírito do legislador no momento da confecção da Carta Magna.

Nessa linha de raciocínio, além desses dois dispositivos do texto constitucional, ainda tem no mesmo o próprio artigo primeiro, que elenca os fundamentos basilares da república.

O primeiro artigo do texto constitucional estrutura a ordem jurídica que vem a ser dissertado no restante do texto, formando a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-os em Estado Democrático de Direito e prevendo como fundamento desse Estado constituído nessa ordem, a dignidade da pessoa humana.⁴

A dignidade da pessoa humana deve ser o fundamento mais prestigiado de todo o ordenamento pátrio, tendo em vista os demais serem derivados da própria atenção básica que deve ser dirigida ao cidadão que terá sua pessoa resguardada.

Ainda em última visão sobre os status, pode-se afirmar (Portela, 2022, pág. 146), que os tratados internacionais quando não versarem sobre direitos humanos, possuem o status de lei ordinária.

Nesse diapasão, tem-se formalmente três aspectos para os tratados e convenções internacionais, o aspecto constitucional em relação aos tratados de Direitos Humanos que sigam o rito do Art. 5º, § 3º, o supralegal, quando os tratados que versem sobre Direitos Humanos sejam incorporados com o rito de lei ordinária e o de lei ordinária quando for o caso do tratado internacional não ter o tema de Direitos Humanos e for incorporado com o rito da lei ordinária.

Além disso, o quarto aspecto, o materialmente constitucional, quando os tratados de Direitos Humanos que o Brasil assinar forem incorporados com o rito de lei

II - prevalência dos direitos humanos;

⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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:

III - a dignidade da pessoa humana.

ordinária, ou seja, não seguindo o rito especial do Art. 5º da Constituição e pela sua importância no sentido de proteção ao indivíduo, sejam elevados a essa categoria.

3 TEORIAS SOBRE A INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS AO PLANO NACIONAL

O Direito Internacional pode exercer grande influência no Direito Interno dos países. Nesse prisma de abordagem, é preciso que os países tenham normas para facilitar o exercício da internalização, ou que se tenha um cuidado com a negociação dos tratados, respeitando princípios e fundamentos já vistos no tópico anterior, para que essa internalização seja feita de forma correta, sem perigos para o direito nacional.

Ainda nisso, cada país possui uma forma de pensar sobre o jeito que a norma internacional deve ser aplicada ao Brasil, uns defendendo que tem eficácia imediata e outros defendendo que é necessário, depois da adesão em nível internacional, uma nova forma nacional para que se tenha eficácia no país.

Alguns juristas foram expressões nessa pesquisa, entre eles o jurista alemão Heinrich Triepel, sendo grande expoente do dualismo e Hans Kelsen, também jurista e com inúmeras contribuições ao direito, sendo grande defensor do monismo. As duas correntes de pensamento geram embates entre si sobre quem deve prevalecer.

Contudo, a discussão entre monismo e dualismo deve ser feita à base da Carta da República e no entendimento do Supremo Tribunal Federal e não como forma utópica.

Nesse diapasão:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza Monistas e Dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI-MC 1.480/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997, DJ de 18.05.2001, p. 429).

Portanto, quando se pensa em um embate entre os pensamentos de juristas como Kelsen e Triepel e entre as correntes de pensamento monista e dualista, o mesmo deve ser feito à luz da Carta da República, tendo em vista que essa mera discussão

dogmática pode esvaziar um eventual resultado prático sobre o assunto. Desse modo, o embate entre o monismo e o dualismo pode revelar somente uma questão ideológica sem fim objetivo.

3.1 Dualismo

O dualismo é uma corrente teórica do Direito internacional, foi pensada bem antes da própria existência do nome dualismo como conceito de separação entre a ordem nacional e internacional.

A ordem interna do país e a ordem externa seriam casos diferentes, não poderiam entrar em choque, tendo em vista cada uma pertencer a um campo diferente de atuação.

Para o dualismo, o direito internacional é a forma como as nações vão interagir entre si, essas normas feitas a partir da interação entre as nações servem para dirimir a convivência entre os Estados, não podendo elas afetar o âmbito interno dos países.

Então, quando um Estado adere a um tratado internacional, esse tratado tem eficácia, validade e existência no âmbito internacional, mas, não tem qualquer relação com o âmbito nacional. Essas normas não podem ser aplicadas internamente no país em questão, pois seriam de outra esfera.

Então, a ordem interna não seria afetada por esses compromissos firmados em âmbito internacional, para os dualistas o direito interno é como os nacionais de um Estado vão interagir com esse Estado em questão. Por isso, não teria como misturar o que é feito em âmbito internacional, que seria a interação entre os países com o que foi feito dentro do próprio país.

Para que se possa ter qualquer tipo de aplicação dessas normas, o Estado em questão poderia prever um rito específico para que essas normas de direito externo fossem incorporadas ao direito interno ou que fosse feita uma lei interna semelhante ao tratado para que o conteúdo ali tivesse efeito.

Nessa linha de raciocínio, o dualismo moderado, uma subcorrente do dualismo, defende que não seria preciso que o Estado edite uma lei específica para que o conteúdo do tratado tivesse validade no país e sim que o Estado nacional em questão tenha um rito para validar o tratado em âmbito nacional.

O Brasil no pensamento de (Portela, 2022, pág. 59), teria aparentemente herdado características do dualismo moderado, já que o Estado brasileiro incorporou ao sistema de leis do país, por meio de decreto presidencial, tratados já em vigor na ordem internacional e que já tinham sido ratificados pelo Brasil. Então, quando o país já ratifica no plano internacional, e ainda por cima tem que fazer um novo decreto, isso ilustra a necessidade de da dupla checagem, entre todo o rito no aspecto internacional e nacional, com negociações, assinatura, passagem pelo congresso, ratificação da assinatura e ainda por cima a necessidade do decreto do presidente, bem típico do dualismo, tendo em vista a norma jurídica ter tido a parte no plano internacional - que não teria gerado um aspecto vinculante interno - e a necessidade da incorporação desse tratado com um rito nacional, para que pudesse gerar efeitos no país.

O dualismo é uma das correntes filosóficas e jurídicas de maior destaque, sendo um de seus expoentes o jurista alemão Heinrich Triepel, que foi um dos primeiros a se fazer uma correlação entre o direito interno e o externo e tentar fazer uma separação entre esses dois. Nesse diapasão, a separação entre esses dois planos é o plano basilar do dualismo.

Na visão de (Triepel, 1899, pág. 26), as ordens jurídicas não somente podem, como devem, caso ambas existem no caso concreto, possuir domínios próprios. Então, cada um deve ter o seu campo de atuação.

Nesse sentido, o campo de atuação de cada norma é bem delimitado, corroborando com o pensamento que eventualmente, uma norma acordada no âmbito internacional, não poderia entrar em choque com normas do âmbito nacional. Esse pensamento decorrente de que, a norma acordada no âmbito externo pertence àquele domínio e este não poderia ter normas que entrassem automaticamente em vigor no país. Essas normas valem somente para para o campo internacional, quando um país for interagir com outro.

Embora Triepel tenha estruturado conceitualmente o dualismo, quem deu o nome de batismo foi Alfred Verdross, em 1924. Inclusive, Triepel demorou para aceitar esse nome para seus estudos.

A existência do direito interno de um país, em um pensamento dualista, depende da vontade do Estado, de somente um Estado, o Estado em si se estrutura, com o foco único de dirimir as controvérsias entre os habitantes e o Estado ou entre habitantes somente, já a existência do direito internacional, depende de um ato de

vontade de vários Estados, esse ato de vontade desses Estados vai gerar uma norma que servirá para dirimir controvérsias entre os mesmos, então, essas normas não tem como servir para o âmbito interno, sem passarem por um processo mais adequado.

Então, não gera obrigações de forma vinculante, só servindo para resolver questões entre o Estado que assina e os seus habitantes ou entre controvérsias que aconteçam entre os nacionais, quando o país em questão desejar, aceitar e fizer um uma internalização, só assim essa norma poderá ser cogente internamente.

Outro grande estudioso do direito internacional e dualista foi Oppenheim, este autor estudou as obras de Triepel e em sua visão (Oppenheim, 1905, pág. 25), a diferença entre o direito interno e o direito internacional é muito grande.

Nessa perspectiva, a análise entre as diferenças pode começar pelas fontes em que ambos os direitos se inspiram, o direito internacional por si tem como fontes as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, caso o Estado em questão tenha se obrigado; o costume internacional que se resume na prática aceita pelo direito em geral; os princípios gerais do direito que são reconhecidos pelas nações civilizadas; as decisões judiciais dos tribunais internacionais em especial e as doutrinas dos publicitários de maior competência, com maior reconhecimento.⁵ Essas fontes do direito internacional depende em suma da aceitação do Estado, fazendo um breve comentário sobre cada uma: as convenções internacionais dependem da ratificação do Estado; o costume internacional depende do que é feito pelo país em casos análogos; os princípios dependem do que é aceito pelo país, caso seja uma nação democrática por exemplo, não pode ter um princípio que seja contrário à democracia; as decisões judiciais dependem do país ter aderido aos tribunais em questão e as doutrinas também dependem da aceitação do país ao que esses doutrinadores estão afirmando, um país não vai colocar em prática doutrinas absurdas. Portanto, todas as fontes do direito internacional dependem do Estado aceitá-las.

Já o direito interno tem por fonte em especial as leis que surgem dentro do próprio Estado e os costumes que são aceitas pelo mesmo, a lei interna surge para o

⁵ Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Art. 38.

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que seja submetidas, deverá aplicar;
2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;

4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

Estado diferente dos tratados e convenções internacionais, enquanto na primeira é um processo interno que parte de dentro pra fora e nasce de forma obrigatória, o segundo depende sempre da anuência do mesmo. Um Estado quando promulga suas normas não pode ir contra as mesmas, pois é algo estruturante, já no âmbito internacional, não existe essa força cogente para os dualistas de forma interna.

Então, o direito internacional pode servir com força vinculante quando um país for interagir com o outro, mas, não de forma interna para os dualistas. Por isso, é preciso que se internalize esses diplomas de uma forma diferenciada da negociação que os gerou.

3.2 Monismo

Outra corrente jurídica e filosófica é o monismo.

Para os monistas a ordem interna e externa seriam apenas uma, não existiria diferença entre as duas, por isso, quando uma norma de direito externo é editada, ela deve ser diretamente analisada com o ordenamento jurídico interno. Caso tenha validade, ela poderia ter os efeitos para os nacionais do país.

Para o monismo não é preciso que se faça novo diploma interno para incorporar ou tratado, ou mesmo um rito para que o tratado possa entrar em vigor, bastaria que a norma seja celebrada no âmbito internacional.

Nisso, a definição da norma preponderante no monismo, depende de uma investigação no caso concreto, pois, é possível que se tenha problemas com a entrada automática desses diplomas.

Assim como no dualismo, também existem subteorias para explicar se a norma de direito interno teria preponderância ou se seria a norma de direito internacional quando for fazer a análise.

Para o monismo internacionalista, caso a norma de direito interno e direito internacional entre em choque, a norma de direito internacional deve valer.

Nessa teoria, existe uma primazia do Direito internacional, tendo em vista a legislação pátria depender da legislação internacional estar em consonância com a mesma para não ser.

Além disso, ainda existe uma outra corrente do monismo internacional, o monismo internacional radical, para essa corrente, quando uma norma de direito

interno entra em choque com uma de direito internacional, a de direito internacional deve ser considerada inválida.

Também existe o monismo internacionalista moderado, que defende a possibilidade de aplicação simultânea das normas de direito interno e internacional, sem que uma invalide a outra.

Sendo uma terceira via o monismo nacionalista, defendendo, que prevê a prevalência do direito interno do país, quando este colidir diretamente com as normas acordadas no âmbito exterior.

Com tudo isso, para o Direito Internacional, o monismo internacionalista é o adotado, pois, para o Direito Internacional, uma parte não poderia jamais invocar disposições de direito interno para justificar o não cumprimento de um tratado, portanto, quando um Estado se obriga no âmbito internacional, ele deve aplicar esse diploma no âmbito interno, inclusive sob pena de responsabilização.⁶

Entre os internacionalistas que defenderam o monismo, Hans Kelsen foi um dos maiores expoentes.

Na visão de (Kelsen, 2009, pág. 346) o Estado já é de direito, por isso, não tem a possibilidade de desistir o Estado sem o direito, inviabilizando a expressão tão utilizada “Estado de Direito”, se constituindo em mero pleonasma. Mesmo assim, Kelsen utiliza essa expressão para explicar que quando um Estado se diz “de direito” tem por objetivo defender a segurança jurídica e a democracia em suas fronteiras. O autor pensa que existe uma relativa harmonização entre jurisdição e administração com vinculação às leis.

Por isso, (Souza, 2017, pág. 37-38) que estudou Kelsen refletia sobre os estudos do autor que o tema Estado e direito estão um para o outro, da mesma forma que estaria o direito internacional para o direito nacional. Isso é perceptível no sentido em que, quando uma norma passa a vigorar no plano internacional, ela já valeria para o âmbito interno, estando nesse ponto, explicitado o monismo. Nesse ínterim, o país também poderia ser responsabilizado pela não aplicação do direito internacional ao qual se submeteu. Desse modo, o mesmo critica duramente o dualismo, pois entende que existe uma reverberação de uma posição de pouco respeito do Estado às normas internacionais

⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969

Art. 27 Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

que foram constituídas. Dessa forma, o monismo de Kelsen é contraponto ao dualismo, pois defende a aplicação direta das normas de direito internacional ao país.

3.3 A primazia da norma mais favorável

Entre as correntes de aplicação das normas internacionais e nacionais existe uma terceira opção, tendo em vista que a discussão entre monismo e dualismo pode tornar inócua a aplicabilidade desses dispositivos.

A primazia da norma mais favorável é um princípio de direito que prestigia o ser humano, quando duas normas colidirem, terá prevalência a que melhor beneficiar o indivíduo no caso concreto.

É uma diretriz de Direitos Humanos esse princípio.

A primazia da norma mais favorável beneficia quem mais deve ser defendido pelas normas constituídas, tanto de direito nacional quanto internacional, o ser humano. Nesse diapasão, normas que sejam desfavoráveis aos Direitos Humanos não devem ser aplicadas quando existir uma que valora maior prestígio ao indivíduo.

Por isso, quando tiver uma norma de direito interno, quando de direito externo e as duas colidirem, deve ser analisada qual é a melhor para aquela pessoa que precisará dela.

Sob o olhar de (Portela, 2022, pág. 61), pelo valor que a norma tem, o Direito internacional dos Direitos Humanos elenca o princípio da primazia da norma mais favorável para que deva prevalecer sempre o dispositivo que melhor atenda à dignidade humana, mesmo quando houver um conflito entre normas de direito nacional e internacional.

Esse entendimento do professor está em consonância com o disposto na Carta Magna brasileira de 1988, quando elenca logo em seu primeiro artigo a dignidade humana como fundamento basilar do Estado que ali está estruturado.⁷

Com isso exposto, é entendível que o próprio constituinte teve o cuidado máximo com esse princípio, elencando-o como fundamento do país, dando sempre maior prestígio a normas que venham a defender o indivíduo.

⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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: III- a dignidade da pessoa humana;

4 RITO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Consoante (Trindade e Augusto, 2012, pág. 21) deve-se acima de tudo ser assegurado a proteção do ser humano, isso inclui os planos nacional e internacional, também não deve haver distinção de momento ou fato, em qualquer situação. Por isso, um dos grandes vetores de toda e qualquer diplomacia deve ser a promoção desses direitos.

Então, toda vez que a diplomacia brasileira se engajar na assinatura de um tratado, deve-se sempre procurar tratados que favoreçam o sistema internacional de proteção ao indivíduo.

Por isso, o tratado começa a ser pensado já no âmbito das negociações. Essa filtragem prévia serve para analisar o conteúdo da norma disposta, com o objetivo de evitar que se incorpore um tratado que seja maléfico aos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Essa situação fez o Brasil assinar tratados favoráveis aos Direitos Humanos, como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de outros que não são Estatutos de tribunais, como o Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção Interamericana Contra o Racismo.

Todos esses tratados foram assinados pensando em um sistema internacional de proteção do ser humano.

Mas, para que pudessem valer no Brasil, por ser um país que tem heranças dualistas moderadas, precisou passar por um rito de incorporação que é igual para quase todos, exceto para quando forem equivalentes a Emendas Constitucionais, pois, estas devem seguir o disposto no quinto artigo da Constituição Federal de 1988, terceiro parágrafo.

Os tratados de Direitos Humanos que não sejam equivalentes a emendas constitucionais e os demais tratados, que não versem sobre Direitos Humanos, possuem respectivamente nível supralegal e legal, esse nível legal sendo o status de lei ordinária e o nível supralegal sendo superior à lei ordinária e inferior à constituição.

Contudo, esses são os status desses dispositivos quando incorporados ao ordenamento pátrio e não o rito em si.

O rito começa com a competência prevista no Art. 84, VIII da Constituição Federal, vez em que afirma que compete privativamente ao Presidente da República

celebrar todo e qualquer tratado, convenção e ato internacional, sempre sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. Essa competência deve ser exclusiva do Presidente, não dependendo dela a permissão do congresso.⁸

Mas, o presidente, deve submetê-los ao referendo do Congresso Nacional, sendo um ato complexo, tendo o presidente parte na celebração e o congresso posteriormente.

Por isso, o congresso deve exclusivamente resolver de forma definitiva sobre esses tratados e atos internacionais em geral quando puderem gerar ônus ao patrimônio nacional. Essa parte também não pode ser delegada pelo Congresso ao Presidente, devendo ele próprio fazê-lo, assim como também não pode o presidente passar a competência de celebração ao Congresso.⁹

Em suma, depois de celebrado o tratado, deve ser enviado ao Congresso que definitivamente dirá se concorda ou não com o mesmo. O presidente não pode assinar o tratado de forma definitiva sem essa concordância expressa do legislativo brasileiro.

Nesse sentido:

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional, também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto (STF. Tribunal Pleno. ADI 1.480/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997)

Então, é importante perceber que o ato de incorporação pressupõe no Brasil uma complexidade com certas fases, possuindo participação do Presidente e do Congresso e cada um com suas atribuições exclusivas.

Por isso, primeiramente existe uma assinatura do tratado, depois aprovação do congresso nacional, como forma de referendo e ainda uma terceira fase, nessa terceira fase o Presidente da República deve ratificar o tratado.

⁸BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Depois de todas essas fases, o Brasil já pode ser cobrado no âmbito internacional.

Contudo, para valer no âmbito interno, o Presidente da República deve ainda fazer um decreto, incorporando de fato o tratado como texto de lei.

Quando o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre o dispositivo convencional, ele o faz por meio de decreto legislativo. Esse decreto legislativo não tem força para fazer valer o tratado em âmbito interno.

Esse é também o entendimento do país, nos pensamentos de (Portela, 2022, pág. 1282), nenhum tratado deve entrar em vigor no Brasil sem aprovação do Estado, é preciso que os órgãos internos resolvam essa situação do tratado de acordo com a legislação nacional, mesmo que tenha sido esse acordo celebrado entre os foros de maior relevância internacional, como a ONU e a OEA.

Assim, deve ser feito todo o trâmite para que o tratado possa vigorar no sistema brasileiro.

O Art. 47 da Carta da República prevê o trâmite do rito dentro do Congresso Nacional, uma vez que delibera sobre como deve ser a forma de tramitação da lei dentro das Casas Legislativas, sendo que deve ser feitas as deliberações das casas e das comissões por maioria absoluta dos votos. Esse além do trâmite de um tratado, é também o trâmite de uma lei.¹⁰

Inclusive, antes da Emenda Constitucional 45/2004, todos os tratados seguiam o rito do Art. 47.

Porém, a Emenda Constitucional proporcionou severa mudança, permitindo no Art. 5º, Parágrafo 3º, o status formalmente constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, quando aprovados no rito de Emenda.

Então, a partir de 2004, quando aprovados os tratados de Direitos Humanos em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional e por três quintos dos votos dos respectivos membros, esses tratados ingressam no corpo do texto Constitucional.¹¹

¹⁰ Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

¹¹ 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:

§ 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.

Esse novo status, elevou ao nível constitucional os tratados e convenções internacionais, dando maior prestígio a esses diplomas.

Essa alteração constitucional também demonstra o cuidado do legislador em defender os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, elevando os status dos Direitos Humanos no país e dando maior prestígio ao âmbito internacional.

Nessa perspectiva, também consagra o princípio pro homine - primazia da norma mais favorável - permitindo que as normas que defendam a dignidade da pessoa humana tenham poder constitucional formalmente, contudo, ainda dependem de um processo mais árduo para terem esse status, precisando passar por dois turnos de votação, em cada casa do Congresso Nacional, com três quintos dos votos dos respectivos membros.

No Brasil, até então, somente quatro diplomas foram incorporados nesse rito, sendo eles: Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Protocolo Facultativo da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Públicas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso e a Convenção Interamericana contra o Racismo.

Todos esses Tratados e Convenções seguiram o rito de Emenda Constitucional, como prevê o Art. 5, § 3º da Constituição Federal.

5 APLICABILIDADE DO STATUS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A aplicabilidade do aspecto materialmente constitucional no Brasil é algo defeso na própria constituição em seu Art. 5º, parágrafo segundo, prevendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, não pode existir distinção entre os cidadãos, garantindo aos brasileiros e àqueles que se encontram no país, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e ainda prevendo no segundo parágrafo que além dos direitos expressos na Constituição, outros que fazem parte do regime que a constituição adotou, ou seja, um regime Democrático, não devem ser excluídos, assim como também os princípios democráticos, entre eles o princípio da primazia da norma mais favorável. Então, nesse pensamento, as regras previstas nos

tratados internacionais que o Brasil faz parte, também podem e devem ser aplicadas como se fosse a Carta Magna da República de 1988.¹²

Isso serve como verdadeira cláusula pétrea na medida em que oferece tratamento diferenciado e mais privilegiado ao ser humano, ampliando o leque de possibilidades de aplicação de normas com nível de Constituição.

Nesse sentido, caso um cidadão brasileiro precise da aplicação de um tratado ou convenção de Direitos Humanos ao qual o País assinou, mesmo sem status de emenda constitucional formalmente, esse dispositivo legal poderia ter aplicado materialmente constitucional.

Nesse sentido, (Mazzuoli, 2011, pág. 52) pensava que quando um tratado internacional de Direitos Humanos passa a vigorar no Brasil, esse tratado já possui a eficácia material constitucional, tendo em vista o Art. 5º, Parágrafo segundo da Constituição. Para esse autor, o aspecto formal vem com a aprovação no rito do terceiro parágrafo do mesmo artigo, mas, a eficácia material vem sem essa aprovação qualificada ou não. Mesmo assim, ele faz diferenças, afirmando que o tratado formalmente constitucional é mais amplo que o material, podendo quando formalmente na Carta da República, servir para controle de constitucionalidade e parâmetro para a reforma Constitucional. O tratado, então, mesmo sem a aprovação qualificada, já é aplicada desse modo. Ora, para o autor, se a Constituição não exclui, é pelo motivo de esses direitos estarem incluídos nela.

Entretanto, mesmo sendo uma norma que beneficie o indivíduo e seja uma verdadeira garantia aos nacionais do Brasil ou aos estrangeiros que estejam residindo aqui, a jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal vai no sentido da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos que não forem incorporados no rito de Emenda Constitucional, isso vai contra a própria constituição e coloca em perigo os direitos que a própria Constituição defende.

Inclusive, interessante analisar votos de ministros do STF no sentido do alargamento do bloco de constitucionalidade:

¹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. 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.

É desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro, porquanto a cláusula constitucional de abertura, art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, incorpora no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil (STF. Informativo 894. Brasília, DF. HC 141.949/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13.03.2018. Desacato praticado por civil contra militar e constitucionalidade).

Dessa forma, se faz mister entender que a aplicabilidade desses tratados como normas materialmente constitucionais devem ser a realidade.

Na Egrégia Corte, o Min. Celso de Mello pode ter sido o maior defensor dessa tese:

Revela-se altamente desejável, no entanto, de jure constituendo, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado, o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos “que não possuiriam estatura constitucional” (STF. Informativo 477. Brasília, DF, 20 a 31 de agosto de 2007).

Com base nesse pensamento do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal aplicou em pelo menos duas situações o entendimento do aspecto materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil faz parte, vide HC 81.319/GO e no HC 87.585/TO.

Portanto, é totalmente possível a aplicação desse entendimento, já que é ponto defendido por Ministros da Egrégia Corte e já foi aplicado.

6 CONCLUSÃO

É possível entender com o trabalho apresentado que o Estado brasileiro não adota a teoria do aspecto materialmente constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos, contudo, que essa é uma posição que encontra mais respaldo tanto no texto constitucional, quanto no Direito Internacional, em especial neste último.

Para se chegar a essa conclusão neste artigo científico foi preciso fazer uma análise sobre os status dos tratados internacionais no ordenamento pátrio, chegando a três posições do Supremo Tribunal Federal e a quarta posição doutrinária ligada ao Direito Internacional, sendo a posição de legalidade dos tratados, suprallegalidade dos tratados de Direitos Humanos incorporados na forma de lei ordinária, no aspecto

formalmente constitucional, seguindo a Emenda Constitucional 45 de 2004 e o nível materialmente constitucional.

Analisando do ponto de vista das doutrinas, tanto o dualismo, quanto o monismo, quanto a terceira via que foi apresentada nesse trabalho, a primazia da norma mais favorável, dão margem para a aplicação desses tratados internacionais com o aspecto materialmente constitucional. Nisso, é perceptível que essa doutrina tende a prestigiar sempre os direitos fundamentais de forma diferenciada.

Quanto ao rito, os ritos previstos para a incorporação de tratados fazem jus à tradição dualista moderada que o Brasil aparenta herdar, sendo um bom ponto de análise para futuras pesquisas. Nessa perspectiva, o procedimento também é compatível com a incorporação material desses tratados, tendo em vista que o tratado de Direitos Humanos com aspecto sobrelegal poderia sim ser aplicado de forma materialmente constitucional.

Um segundo vetor de possibilidade de pesquisa é sobre a jurisprudência pátria, os julgamentos pontuais que tiveram a aplicação desse mecanismo com essa efetividade, assim como a responsabilização com a não aplicação das normas mais favoráveis ao ser humano sem demora em casos concretos.

Como resultado e conclusão do trabalho, fica evidente o problema que se gera internacionalmente quando não se aplica efetivamente os institutos pro homine ou quando se acorda com algo em nível externo e não se cumpre.

O status materialmente constitucional é defendido na Carta Magna, fazendo uma interpretação do Art. 5º, § 2º e § 3º.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: Uma dicotomia afinal irrelevante. 2000. 16 folhas. Direito Internacional - Revista da EMERJ, v. 3, n. 9, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93.280 Santa Catarina. Habeas Corpus - PREVENTIVO – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIA JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ARTIGO 7º, N. 7) – Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos – PEDIDO DEFERIDO. Rel. Min. Celso de Mello. 23/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo. Prisão Civil. Depósito. Depositário Infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, á 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. Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. 03/12/2008.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Organização dos Estados Americanos, 1969.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.

Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. 2014. 22 folhas. Direito Constitucional e Internacional - Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2014.

Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Lafer, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. 1º ed. Manole, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. 2005. 22 folhas. Direito Constitucional - Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 42. n. 167 jul./set., 2005.

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 18º ed. Saraiva: São Paulo, 2023.

MOITA, Cristiano de Aguiar Portela. Relações entre direito internacional e direito interno: das teorias clássicas dualista e monista ao transconstitucionalismo. 2013. 56 folhas. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence. International law: a treatise. Nova York, Green and Co. 1905.

Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 20

Portela, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 14ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Souza, Rubin Assis da Silveira. INQUIETUDE, Goiânia, Vol. 08, N° 02, JUL/DEZ 2017.

Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º da CF. 2013. 31 folhas. Direito Constitucional e Internacional – Escola Superior do Ministério Público da União, Boletim Científico n. 41 – Julho/Dezembro 2013.

Triepel, Heinrich. Völkerrecht und Landesrecht, 1899. Leipzig, C.L: Hirschfeld.