

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS PERANTE AS NAÇÕES NUM MUNDO GLOBALIZADO. UM PARALELO ENTRE BRASIL E UNIÃO EUROPEIA

THE FUNCTION OF INTERNATIONAL LAW IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS TO THE NATIONS IN A GLOBALIZED WORLD. BALANCE BETWEEN BRAZIL AND EUROPEAN UNION

Camila Silva de Amorim¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Positivação dos Direitos Humanos; 1.1 Definição de Direitos Humanos; 1.2 Principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela União Europeia e pelo Brasil; 2. Direito Internacional e Direitos Humanos; 2.1 O Direito Internacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Comunidade Europeia numa análise das Constituições Nacionais; 2.1.1 A proteção dada aos tratados que envolvem direitos humanos no âmbito europeu pelas Cortes Constitucionais e Supranacionais; 2.2 Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro; 2.2.1 Análise da jurisprudência acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil; 3. A mudança regulatória no Direito Internacional; 3.1 Âmbito de discussão; 3.2 Viragem regulatória; Considerações Finais; Referências das fontes citadas

RESUMO: Esse trabalho visa estudar paralelamente os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em que são signatários os países da Europa e o Brasil. Sem a pretensão de definir um modelo próprio de incorporação das normas internacionais de Direitos Humanos aos Estados, pelo método de investigação dedutivo-lógico, chega-se à ilação que apesar das diferenças culturais e jurídicas de cada nação, num contexto atual da globalização, houve uma mudança regulatória do Direito Internacional, onde a ordem é a de abertura aos tratados como forma de inserção do país ao cenário internacional contemporâneo. Esse novo modelo se revela no bloco que compõe a União Europeia e se aplicado ao Brasil atenderia à tendência de universalização de direitos e garantias do homem no mundo globalizado.

¹ Advogada. Professora do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e pela Fundação de Ensino Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal. Doutoranda pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal. E-mail amorim.camila2012@gmail.com.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PALAVRAS-CHAVES: Constitucional; Internacional; Tratados; Globalização; Regulação.

ABSTRACT: This work aims to study at same time the International Covenants on Human Rights that are signatories the European countries and Brazil. Without attempting to define the only one model of incorporating international human rights standards to the states, with the deductive-logical research method, the expectation, despite cultural and legal differences of each nation, is that in the current context of globalization, there was a regulatory change in international law, where the order is the opening to the treaties as a means of the country entering to contemporary international scene. This new model is revealed in the block that makes up the European Union and applied to Brazil could be insert it the universalization of rights and guarantees tendency of man in the globalized world.

KEYWORDS: Constitutional; International; Treaties; Globalization; Regulation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa avaliar a atual posição do Direito Internacional, notadamente dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos numa sociedade globalizada. Parte-se do estudo sobre Direitos Humanos, principais tratados sobre tais direitos e a análise de como ocorre a incorporação destes tratados às nações aderentes e, ainda, as principais jurisprudências sobre o tema.

Desenvolver-se-á um estudo comparativo entre a comunidade europeia e o Brasil, com o escopo de traçar um paralelo entre o bloco europeu que de certa forma está inserido numa nova ordem do Direito Internacional e um país em desenvolvimento que a esta deveria se inserir.

O procedimento a ser utilizado é o da pesquisa dogmática-instrumental, envolvendo problemas teóricos e práticos, de forma que, racionalizando as técnicas e as normas jurídicas, se possa chegar a soluções práticas.

Será priorizado o método dedutivo-lógico, para adequar e solucionar o problema prático-jurídico – tratados internacionais e sua incorporação ao mundo jurídico –, tendo em vista, a necessidade de discussão exegética das contribuições doutrinárias, construídas em torno do tema da pesquisa.

Para além da análise do comportamento dos tribunais nacionais quando da resolução de questões que envolvam matérias de política internacional, busca-se

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

compreender a viragem das regras no âmbito internacional. Assim como o posicionamento doutrinário sobre as diversas teorias de classificação da norma do tratado internacional à legislação pátria e seus reflexos, se trata-se de lei interna, internacional, legal, constitucional ou até mesmo supranacional.

O desafio consiste em discutir a viabilidade de um modelo que ofereça o equilíbrio adequado entre a competência nacional em salvaguardar a Constituição e a efetiva inserção dos países no cenário internacional contemporâneo diante dessa mudança regulatória do Direito Internacional.

1. POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Esse primeiro tópico visa definir o que são os direitos humanos e seu enquadramento no mundo contemporâneo.

1.1 Definição de Direitos Humanos

Como decorrência da globalização, com econômico sem fronteiras, predomina na ordem mundial contemporânea uma tendência de constitucionalização pelos diferentes Estados nacionais de princípios e regras de Direito Internacional. A universalização de problemas diversos decorrentes do mundo globalizado está a exigir especial atenção à normatização internacional na formulação da ordem constitucional nos dias atuais.²

A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') ai esta a demonstrar que, se a 'constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural de uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas'

² HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(‘cidade mundo’, ‘Europa comunitária’, ‘casa europeia’, ‘unidade africana’).³

De acordo com o professor Francisco Rezek, os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento. Não há representação na formação das normas criadas pelos próprios destinatários, nem prevalece o princípio majoritário. E por isso não há hierarquia entre normas de Direito Internacional Público.⁴

Nesse contexto, há a proteção internacional dos direitos humanos como modelo de Direito Internacional Público voltado à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados.⁵

E o que são os Direitos Humanos?

Joaquín Herrera Flores defende um enfoque cultural dos Direitos Humanos, no sentido de que os Direitos Humanos só podem ser bem compreendidos se integrados aos seguintes elementos: 1º- a história; 2º- o contexto (social, econômico, político) em que eles estão incluídos; e 3º- a crítica.⁶

Sua historicidade se caracteriza pelo fato dos Direitos Humanos serem produtos culturais que surgem em um contexto histórico, social, econômico muito complexo. Aponta que o surgimento da prática de acumulação de capitais no século XVI necessitou de uma nova fundamentação filosófica e ideológica, e os direitos humanos “surgiram” paralelamente à consolidação dessa nova forma de produção.⁷

Segundo o doutrinador espanhol, não podemos entender os Direitos Humanos se não avaliarmos o seu contexto, cujo marco é a acumulação de capitais. O esforço

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 18.

⁴ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 1.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

⁶ FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. *Dikaiosyne*: **Revista de Filosofía Práctica**, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

⁷ FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. *Dikaiosyne*: **Revista de Filosofía Práctica**, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

de crítica, por definição, pretende fornecer o critério a uma situação de crise. E os direitos humanos são algo que estão em crise no mundo, principalmente depois de muitas guerras em seu nome. Então, precisam-se criar parâmetros para abordar essa tensão de um modo positivo, construtivo.⁸

Adota-se o conceito dos Direitos Humanos como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humana. Estas devem ser reconhecidas positivamente em todos os níveis, sendo que tais direitos guardam relação com os documentos de Direito Internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas endereçadas à pessoa humana como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Assim, os Direitos Humanos são válidos para todos os povos e tempos, de modo a demonstrar um inequívoco caráter cosmopolita.⁹

Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que propiciam a inclusão dos seres humanos no circuito de reprodução e de manutenção da vida (...). São processos dinâmicos que permitem a abertura e posterior consolidação e garantia de espaços de luta para a particular manifestação da dignidade humana.¹⁰

Segundo Mário Reis Marques, o princípio da dignidade, dada sua abrangência, indeterminação e potencial evolutivo, perfilia-se como a referência mais elevada de um sistema e seu princípio mais universal. Respondendo aos anseios de todos aqueles que veem violados seus direitos, e procurando assegurar as necessidades vitais das pessoas e preservar todas as facetas da vida humana da degradação, da instrumentalização e da submissão, impõe-se como um

⁸ FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. Dikaiosyne: **Revista de Filosofía Práctica**, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

⁹ BATISTA, Vanessa Oliveira Batista, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo e PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional de 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-44, abr./maio, 2008.

¹⁰ FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. Dikaiosyne: **Revista de Filosofía Práctica**, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

verdadeiro *prius* axiomático, como um pressuposto indestrutível, indefinível e até indizível do sistema jurídico.¹¹

1.2 Principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela União Europeia e pelo Brasil

Primeiramente, cabe a distinção entre acordos, convenções e tratados solenes. A distinção se dá pela forma de aprovação, vinculação e fiscalização.¹² Onde o *quórum* para aprovação, o caráter vinculativo e a fiscalização dos tratados são sempre mais qualificados, embora nas *praxes* sejam usados como sinônimos. Tratado designação genérica de acordos (assuntos técnicos) e convenções (conteúdo normativo).

No sistema global a formação do sistema de direitos humanos tem como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Seguida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – (1969) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), entre outros sistemas específicos de proteção aos menores, mulheres, portadores de deficiência etc.

No âmbito da União Europeia destaca-se a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Tratado de Maastrich ou Tratado da União Europeia, Tratado de Lisboa, Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, Tratado de Amsterdã, com questões atinentes a direitos humanos em termos gerais, e ainda, Tratado da Comunidade Econômica Europeia, Tratado de Paris e Tratado de Roma, relativos à economia, política externa e segurança comum, entre outros.¹³

Nesse diapasão, há de se salientar, pela sua abrangência, o Tribunal Penal Internacional, do Estatuto de Roma, no qual dos 120 países integrantes,

¹¹ MARQUES, Mário Reis. A dignidade humana como *prius* axiomático. In: **Estudos em homenagem ao prof. Doutor. Jorge de Figueiredo Dias**. Vol. IV, 2010. Coimbra editora, p. 566.

¹² GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 306.

¹³ Vide em http://europa.eu/legislation_summaries. Acesso em 26 de novembro de 2014.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

destaca-se na Europa: Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Noruega, Países Baixos, Portugal, Suíça e Reino Unido; e na América: Argentina, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela, entre outros países África, Ásia e Oceania.¹⁴

2. DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

Tópico que analisa como os direitos humanos são incorporados nas legislações internas.

2.1 O Direito Internacional e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Comunidade Europeia numa análise das Constituições Nacionais

A análise sobre os Tratados Internacionais e o direito nacional traz à baila a discussão sobre o valor dado a norma internacional, ou seja, o direito é um só e a vontade do Estado vale assim como nas leis internas, ou, tem-se um sistema distinto o Direito Internacional e o Interno, respectivamente, teorias monista de Hans Kelsen e dualista de Triepel e Anzilotti.¹⁵

Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e interna simplesmente porque não há interseção entre ambas. São esferas distintas que apenas se tangenciam. O monismo afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade e por isso imperativo a existência de normas que coordenem esses dois domínios.¹⁶

¹⁴ Vide http://pt.wikipedia.org/wiki/Corte_Penal_Internacional. Acesso em 26 de novembro de 2014.

¹⁵ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 4-10.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Em nome do Direito Internacional Público, a uma tendência a teoria monista, mas são diversos os posicionamentos dos países, ora adotam uma postura mais nacionalista e, portanto, dualista, ora atendem a teoria monista de forma moderada, como respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*.¹⁷

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, há dois modelos de incorporação dos tratados internacionais no direito interno, o modelo da transformação e o modelo da recepção. No primeiro, ocorre uma mudança de natureza das orientações onde o Direito Internacional transforma-se em interno, assenta-se nos postulados dualistas. No segundo, o Direito Internacional fará parte do direito interno conservando sua natureza original, este modelo repousa numa concepção monista.¹⁸

Nesse contexto, importa destacar o posicionamento de Jónatas Machado em que o Direito da União Europeia ao mesmo tempo em que procura estabelecer uma unidade e continuidade com os principais valores e princípios do Direito Internacional, em termos tipicamente monistas, não hesita salientar a sua autonomia ordenamental relativamente ao Direito Internacional quando isso decorre de valores fundamentais, resvalando para uma atitude mais próxima do dualismo.¹⁹

Na verdade a União Europeia propõe um neoconstitucionalismo, “caracterizado pela crescente integração pela ordem jurídica europeia e as ordens jurídicas nacionais, com a primazia daquela sobre estas, embora em termos não assimiláveis aos de uma estrutura federal.”²⁰

Todavia, “a morte do Estado soberano, insistente e repetidamente anunciado, servido em versões que oscilam entre a rejeição eurocética e o voluntarismo federalista, não passa, afinal, de um equívoco.” A Constituição Europeia

¹⁷ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

¹⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 353-355.

¹⁹ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

²⁰ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 58.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

continua-se a assentar sobre a lógica contratualista, e por isso, não pode dispensar os Estados-membros enquanto titulares de vontade e igual soberania.²¹

O processo de construção e aprofundamento da União Europeia tem necessariamente um impacto significativo nas constituições nacionais, nos poderes, funções e competências das instituições internas dos estados-membros e nos ordenamentos jurídicos nacionais em geral. Assim, as constituições nacionais e a Constituição da União apresentam uma interdependência crescente: a autoridade europeia não lograria impor-se sem a existência e o apoio das instituições e das ordens jurídicas nacionais.²² Conferem ao Direito da União Europeia um caráter supranacional.

Deste modo, a constituição da maior parte dos países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e Direito Internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro.²³

Todavia, como as constituições nacionais e os Tratados Internacionais após a segunda metade do século XX passaram a regular sobre domínios comuns, e este fato, aliado à multiplicação de acordos celebrados no âmbito internacional contemporâneo, suscita-se a questão de conflitos entre normas constitucionais e provisões de Tratados Internacionais incorporados pelos ordenamentos jurídicos nacionais e como resolvê-los.

El constitucionalismo como ideología debe proyectarse en las propuestas de construcción de zona integradas o en el mundo globalizado del futuro. En la medida em que el poder político cambia del escala temporal y espacialmente, los principios del Estado constitucional han de adaptarse a tal transformación em las medidas. Reduzir la aplicación del principio democrático e de los derechos fundamentales solo

²¹ DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros – elementos de um aparente paradoxo. Revista: **O Direito**, 137, IV-V, p. 837-863, 2005.

²² CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O princípio do mais elevado nível de proteção em matéria de direitos fundamentais**. Tese de dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. 2008, p. 59.

²³ Vide Constituição de Portugal de 1976, art. 8º, 4; Constituição da Alemanha de 1949, arts. 23 a 25; Constituição da Áustria de 1929, art. 9º. (1) As regras geralmente reconhecidas do direito internacional são consideradas como parte integrante do direito federal; Constituição da Itália de 1947, art. 10. O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

*al funcionamiento de una instancia de poder, que lo pierder a cada paso, equivaldría a crear áreas de potencial autoritarismo desde las cuales se tomarían decisiones políticas sin ajustarse a procedimientos democráticos y donde se podrían vulnerar, sin la sanción de los derechos fundamentales.*²⁴

Raul Usera destaca a dificuldade dos países da Comunidade Europeia em abdicar parte de sua soberania pela proteção supranacional de princípios de integração, a exemplo da Espanha, por envolver uma reestruturação do poder político. A doutrina deste país propõe a definição de limites claros à integração europeia para que não se perca princípios democráticos e direitos constitucionais.²⁵

A Constituição Espanhola em seu artigo 95 prevê que o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se acerca das normas de integração como forma de controle prévio de verificação de consonância da Constituição com o Tratado. Diferente a situação dos países nórdicos onde há um referendo acerca das normas de integração.²⁶

Em Portugal, há uma recepção automática de normas e princípios do Direito Internacional no nº 1 do artigo 8º e condicionada nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo com aprovação/ratificação do tratado e reconhecimento normas das organizações internacionais desde que estabelecidas nos tratados, respectivamente.

E no que se refere à incorporação destas normas de Direito Internacional ao direito interno português, ante a ausência de norma constitucional sobre o tema, há duas posições doutrinárias a que defende a superioridade do Direito Internacional e a da superioridade do direito interno.²⁷

²⁴ CANOSA USERA, Raúl. Integración supranacional y derecho constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

²⁵ CANOSA USERA, Raúl. Integración supranacional y derecho constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

²⁶ CANOSA USERA, Raúl. Integración supranacional y derecho constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006. Na Constituição da Suécia, por exemplo, há no caso de proteção de direitos e liberdades à transferência pelo parlamento à Comunidade Europeia do poder decisório acerca do tratado (artigo 5, capítulo X da Constituição da Suécia).

²⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 386.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Os conflitos entre a ordem interna e o Direito Internacional recebido são resolvidos pelas regras de integração, aonde a tese da primazia do Direito Internacional vem prevalecendo, pois as normas de internacionais constituem um limite ao poder constituinte e à constituição reforçam, portanto, o Estado Democrático de Direito. Todavia, a prevalência do Direito Internacional sobre o interno sempre será motivo de controvérsia, haja vista a ausência de norma constitucional explícita a confirmar tal entendimento.²⁸

A recepção como condicionada poderá haver fiscalização preventiva da constitucionalidade de um tratado internacional pelo Tribunal Constitucional Português.²⁹ Ou controle de constitucionalidade *a posteriori* seja de inconstitucionalidade orgânica ou formal o que, todavia, não impede a aplicação destes na ordem jurídica portuguesa, desde que não resultem na violação de uma norma fundamental, inteligência do artigo 277, n. 2.

Com vistas à compatibilização das normas constitucionais e as do Tratado da União Europeia editou-se em 2004 o nº 4 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa de 1976.³⁰ Uma espécie de recepção automática, onde tais normas vigoram como norma interna.³¹ De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira:

O relevo deste preceito é duplo: em primeiro lugar, localiza a regra de colisão entre o direito da União e o direito interno

²⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. 1, 4º. Edição Revista: Coimbra editora, 2007, p. 253-261.

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. CRP/1976. Art. 278. 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. 2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura. 3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

³⁰ CRP/1976. Art. 8º, 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. A parte *in fine* desse artigo, garante a chamada reserva constitucional que condiciona o primado do Direito da União previsto no artigo 10º, 1 da Constituição Europeia. Permite as chamadas cláusulas de salvaguarda e de necessidade.

³¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 376.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

no plano do direito constitucional português, podendo-se dizer que o primado da ordem jurídica da União resulta de uma 'decisão constituinte' do povo português, formalizada numa lei de revisão nos termos constitucionalmente previstos; em segundo lugar, ao inserir, por reenvio para o direito da União, o princípio do primado do direito da União, a Constituição evita alguns problemas jurídicos relacionados com a legitimação, através do referendo, do 'tratado-constituição', bem como o problema eventualmente suscitado pela fiscalização preventiva do mesmo tratado.³²

No caso da Alemanha, o tratado é ratificado como Lei Federal pelo Presidente, conforme explica Roland Bank:

*Si bien los tratados de derechos humanos no son de gran importancia para las relaciones políticas del Estado federal, la incorporación necesita de una ley federal porque estos tratados normalmente están relacionados con los sujetos de la legislación federal. Con la ley de incorporación el Parlamento expresa su consentimiento con el tratado. A partir de este consentimiento el presidente de La República está autorizado a ratificar el tratado y el texto de éste se publica entonces como una ley nacional. Aunque el texto de un tratado internacional llegue a convertirse en una ley federal, depende de otros factores la factibilidad de su aplicación inmediata. Además, hay otros conceptos de aplicación: la aplicación indirecta y su repetición en una ley especial.*³³

Assim, a aplicação imediata se dá com normas consideradas *self-executing*, como as garantias materiais da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A aplicação indireta exige um sistema de controle, verificação de conformidade e interpretação mais vantajosa e, por fim, a norma é repetida na legislação interna como forma de aceitação.³⁴ O que Jorge Bacelar Gouveia denominou de inserção do Direito Internacional Costumeiro e Direito Internacional Convencional, respectivamente.³⁵

³² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. vol. 1, 4º. Edição Revista: Coimbra editora, 2007, p. 265.

³³ BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. **Anuario de derecho constitucional latino americano**, v. 10, n. 2, p. 721-734, 2004.

³⁴ BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. **Anuario de derecho constitucional latino americano**, v. 10, n. 2, p. 721-734, 2004.

³⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 376.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Há na doutrina jurídica alemã a defesa da tese de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria assumir *status* constitucional, por trazer as mesmas garantias fundamentais da Lei Básica e por ser considerada norma de direito consuetudinário de acordo com artigo 25 da Constituição Alemã. No entanto, a Corte Constitucional Alemã não vem amplamente adotando essa tese.³⁶

No Direito Constitucional Francês, o artigo 55 da Constituição consagra a superioridade dos Tratados Internacionais em relação às normas infraconstitucionais, necessitando de ratificação, publicação e reciprocidade. Em caso de incompatibilidade com o texto constitucional o tratado só entra em vigor após a modificação da Constituição (artigo 54 da Constituição Francesa).³⁷

O Conselho Constitucional Francês faz um controle preventivo da constitucionalidade do Tratado Comunitário e no caso de incompatibilidade procede-se a uma revisão constitucional ou não ratificação do tratado.³⁸

No tocante à posição que o Direito Internacional assume dentro dos ordenamentos jurídicos estaduais é possível, então, perceber que há países que adotam a posição supranacional, como Espanha e França; e posição legal como a Constituição da Alemanha³⁹ e, segundo parte da doutrina a Constituição de Portugal tende à posição supranacional.

O que se percebe é que existe um diálogo e complementaridade entre as normas Constitucionais Europeias e as Constituições dos estados membros, um diálogo de integração e soberania, onde Direito Internacional e interno são dominados

³⁶ BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. **Anuario de derecho constitucional latino americano**, v. 10, n. 2, p. 721-734, 2004.

³⁷ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa**. Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

³⁸ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa**. Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

³⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013, p. 358.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

pelo princípio da harmonia ou conformidade da Constituição com o Direito Internacional.⁴⁰ Notadamente, quanto aos direitos humanos.

2.1.1 A proteção dada aos tratados que envolvem direitos humanos no âmbito europeu pelas Cortes Constitucionais e Supranacionais

A princípio deve-se destacar que os Direitos da União Europeia podem ser limitados pelos interesses nacionais, no que diz respeito aos princípios fundamentais relacionados à identidade nacional e à estadualidade, entendida esta última como reserva da soberania estatal, com cláusulas de salvaguarda ou de necessidade (art. 114 TFUE).⁴¹

Um exemplo interessante para entender a dificuldade de integração das Constituições Nacionais aos Tratados Internacionais está na adesão do Tratado de Maastricht pela Espanha.

*Com motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht, el Consejo del Estado Español entendió que no era menester reformar la Constitución para aceptar el sufragio pasivo de ciudadanos de los Estados de la Unión en las elecciones municipales españolas tal y como requería el Tratado de Maastricht, puesto que, ex art. 93 CE, se podía incorporar a nuestro ordenamiento la previsión del Tratado (...). El órgano consultivo ofrecía la interpretación más favorable a integración considerando innecesaria la reforma cuya necesidad sólo aprecia si los tratados contradijeran alguno del los preceptos constitucionales protegidos por la rigidez prevista en el art. 168 CE.*⁴²

Já no ordenamento jurídico constitucional português há uma interdependência entre a Constituição Nacional e a Constituição da União. As revisões constitucionais de 1922 e 1997 adaptaram o texto constitucional as normas dos Tratados de Maastricht e Amsterdã, em respectivo.

Na jurisprudência alemã destacam-se os casos Solange I e Solange II, onde se identificou a existência de limites constitucionais à integração europeia

⁴⁰ QUADROS, Fausto de. Constituição europeia e Constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu. Revista: **O Direito**, 137, IV-V, p. 687-698, 2005.

⁴¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 76.

⁴² CANOSA USERA, Raúl. Integración supranacional y derecho constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

notadamente a respeito de direitos fundamentais e que deve haver uma relação de cooperação e complementaridade entre o Tribunal Constitucional Alemão e Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, consistente no debate dos interesses conflitantes, para que o povo alemão possa justificar suas escolhas.⁴³ E quanto ao Tratado de Maastrich, caso Solange III, reafirmou a intenção de examinar atos da União Europeia que violem princípios fundamentais de identidade constitucional alemã, como forma de assegurar o monopólio da última palavra ao direito nacional.⁴⁴

Com relação à jurisprudência do Conselho Constitucional Francês este foi requerido a se pronunciar sobre a incompatibilidade entre o artigo 4 da lei relativa à interrupção voluntária da gestação e o artigo 2 da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que garante a todos o direito à vida, salvo na hipótese de execução de uma sentença capital proferida por um tribunal.⁴⁵

O Conselho nesta oportunidade manifestou sua recusa de controlar a conformidade das leis com os Acordos Internacionais subscritos pela França. No caso em pauta, ele se recusou a verificar a compatibilidade da lei com o texto da CEDH. Por meio desta decisão, o Conselho se negou, portanto, a incorporar a CEDH ao bloco de Constitucionalidade.⁴⁶

Por outro lado, em decisões recentes, constata-se a influência da CEDH como também da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a atividade do Órgão Constitucional francês. Neste sentido, o Conselho consagrou

⁴³ CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O princípio do mais elevado nível de proteção em matéria de direitos fundamentais**. Tese de dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. 2008, p. 85-87.

⁴⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 71.

⁴⁵ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa**. Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

⁴⁶ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa**. Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

o valor constitucional do direito a um recurso efetivo particular ("*droit au juge*") previsto no art. 6 da CEDH.⁴⁷

Ao contrário da Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição francesa não possuía desde a fase inicial do processo de integração europeu uma cláusula explícita sobre a participação da França como membro de uma organização internacional. Somente com a decisão "Maastricht I" do Conselho Constitucional que uma referência deste tipo foi incluída no texto constitucional francês. Este caso se refere à constitucionalidade do Tratado de Maastricht, ocasião na qual o Presidente da República solicitou ao Conselho verificar a compatibilidade do referido tratado com a Constituição. Em sua decisão o Conselho declarou que várias provisões do tratado não poderiam ser ratificadas sem uma emenda à Constituição.⁴⁸

Ainda na França, um controle semelhante foi exercido com relação ao Tratado de Amsterdã de 1997, cuja constitucionalidade foi questionada pelo Presidente da República e pelo Primeiro Ministro perante o Conselho Constitucional. Neste julgamento, o Conselho declarou duas provisões do tratado incompatíveis com o princípio constitucional da soberania nacional. Somente após a adoção de uma emenda constitucional apropriada, o procedimento de ratificação pôde ser concluído.⁴⁹

Sob a perspectiva da adoção do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, o Conselho Francês entendeu da mesma forma, qual seja, ser necessária uma revisão prévia da Constituição para fins de ratificação do referido tratado. Ao final, tal revisão constitucional perdeu seu objeto em virtude da rejeição do Tratado Constitucional pelo referendo de maio de 2005. E, por último, mais

⁴⁷ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa.** Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

⁴⁸ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa.** Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

⁴⁹ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa.** Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

recentemente, o Conselho Constitucional declarou que a autorização para ratificar o Tratado de Lisboa dependeria de prévia revisão da Constituição.⁵⁰

Essa breve análise permite reconhecer que a adaptação da constituição nacional às normas internacionais não é simples, tão pouco pacífica em termos doutrinários, mas a regra da compatibilização prevalece de um modo geral, no sentido denominado de "*governance by network*", fruto da globalização e partilha das respectivas soberanias que compõem a União Europeia.⁵¹ Seguindo a nova tendência do Direito Internacional a seguir melhor examinada.

2.2 Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 (CF) seguiu a tendência de caminhar em direção a um sistema de cooperação com outros povos e harmonização de seus textos com os princípios e regras de Direito Internacional, incorporando normas transnacionais, como se vê do artigo 4º, IX e parágrafo único, bem como do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF.⁵²

Assumindo uma postura monista com a primazia das normas internacionais.⁵³

A parte final do parágrafo 2º da Constituição Federal procedeu à incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que o país seja parte ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º, o que significa dizer que esses direitos tem a mesma hierarquia de norma

⁵⁰ CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa.** Disponível em <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia.** 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 73.

⁵² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CF/88. Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscara a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações. Art. 5º, § 2º. *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵³ Por exemplo: CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

constitucional, e, portanto, a proteção de cláusula pétrea⁵⁴ (artigo 60, § 4º, IV da CF).⁵⁵

Na verdade, a discussão sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se dá pelo fato da norma constitucional ser de natureza aberta e não se identificar quais seriam esses direitos e garantias fundamentais.

Porém, é certo que a unanimidade dos constitucionalistas reconhece a existência de três grupos de direitos individuais albergados pela Constituição: (a) direitos individuais expressos, elencados nos diferentes incisos do art. 5º; (b) direitos individuais implícitos, que são aqueles subentendidos por decorrerem do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e (c) direitos individuais que derivam de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.⁵⁶

Logo, tal caráter aberto, presente no último grupo não muda sua natureza de garantia constitucional protegida por cláusula pétrea. Os tratados que o Brasil celebrar sobre direitos e garantias fundamentais vão se incorporar ao rol do artigo 5º como se aí transcritos estivessem.

Todavia, não é esse o posicionamento majoritário da doutrina. E até bem pouco tempo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo país eram considerados como lei ordinária, com base no artigo 102, III, "b" da CF⁵⁷, e com isso, possuem *status* hierárquico abaixo da Constituição.⁵⁸

De acordo com a doutrinadora Flávia Piovesan, esse dispositivo gerou, "*uma tendência da doutrina brasileira que passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam mesma hierarquia*

⁵⁴ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

⁵⁵ CF/88. Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁶ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

⁵⁷ CF/88. 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.

⁵⁸ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

jurídica, sendo, portanto aplicável o princípio 'lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível'."⁵⁹

Esse entendimento comporta um duplo equívoco, primeiro porque o julgamento de constitucionalidade de leis e tratados decorre do dever de zelar pelo cumprimento da Constituição ao qual o Supremo Tribunal Federal está incumbido, e, em segundo lugar, tratados como atos de governo não se submetem as leis intertemporais.⁶⁰

Cabe ao Congresso Nacional resolver sobre tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, inteligência do artigo 49, I, CF,⁶¹ ou seja, a vontade do Estado é complementada pela manifestação do poder legislativo dentro do sistema de freios e contrapesos para harmonia e independência dos poderes.

No entanto, vigora a posição manifestada pelos doutrinadores Agustín Gordillo e os Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Ferreira Mendes na defesa de que as normas de tratados internacionais sobre direitos humanos são consideradas normas supralegais.⁶² A exceção do disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

A questão dos Tratados Internacionais e sua incorporação ao direito pátrio brasileiro tornou-se polêmica com a reforma do poder judiciário, a emenda constitucional (EC) nº. 45 de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, abaixo transcrito:

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

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 91.

⁶⁰ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

⁶¹ CF/88. 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.

⁶² ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.

A discussão se instaurou, afinal, somente os tratados sobre direitos humanos aprovados nos moldes de emenda constitucional serão considerados com o mesmo *status* de norma constitucional? E quanto aos tratados anteriores sobre direitos humanos?

O § 3º do art. 5º, acrescentado pela EC 45/04, permite várias leituras dentre as quais:

- a) os tratados doravante deverão ser aprovados em dois turnos e por três quintos de votos nas duas Casas Legislativas;
- b) somente os tratados, que versam sobre direitos humanos, submetem-se ao "processo legislativo" previsto na letra "a";
- c) somente os tratados que versam sobre direitos humanos equivalem às emendas constitucionais;
- d) demais tratados, mesmo que aprovados com observância do "processo legislativo" previsto na letra "a" teriam a hierarquia de lei ordinária geral, como vinha sendo proclamada pela jurisprudência e parte da doutrina;
- e) os tratados e convenções internacionais aprovados pela forma prevista na Constituição Federal têm a mesma hierarquia de norma constitucional.⁶³

A reforma criou dificuldades para o aperfeiçoamento do sistema de tutela dos direitos humanos no âmbito da sociedade brasileira. Visto que a aprovação de Tratados de Direitos Humanos passa a requerer em cada casa do Congresso Nacional, votação em dois turnos por maioria de três quintos dos respectivos membros, ao invés da maioria simples do Poder Legislativo Federal.⁶⁴

Defende-se a tendência dos Estados nacionais de incorporar às Constituições os Direitos Humanos firmados em Tratados Internacionais, o que não significa dizer que a Constituição não perdeu sua soberania, apenas fez concessões recíprocas a exemplo, dos países que compõem a União Europeia, que estruturaram o Direito

⁶³ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

⁶⁴ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Comunitário, onde as constituições dos países-membros funcionam como legislação interna em consonância com as normas da comunidade europeia.

Assim sendo, o parágrafo 3º sobre comento, de fato, ao contrário do que muitos pensam, configura uma exceção à regra normal de aprovação de Tratados e Convenções Internacionais ao exigir o inusitado "processo legislativo", para merecer o *status* de emenda constitucional. Portanto, não têm a mesma hierarquia de norma constitucional originária protegida por cláusula pétrea. Uma coisa é a *mens legislatores*, outra coisa diversa é a *mens legis*, que se extrai do exame do ordenamento jurídico global e de conformidade com as modernas teorias do Direito Internacional Público.⁶⁵

Por oportuno, esclareça-se que não há que se cogitar de aplicação do novo "processo legislativo" para tratados que não versem sobre direitos humanos e nem há como negar aos tratados celebrados anteriormente à EC nº 45/04 possuem a mesma hierarquia de norma constitucional, pois, isto está expresso no § 2º do art. 5º da CF. A EC nº 45/04, se bem analisada, representa um verdadeiro "tiro no pé".

O que leva a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 5º, § 3º da CF, pois, o artigo sugere que o procedimento de emenda constitucional é opcional e, se já havia disposto no parágrafo antecedente que as normas sobre direitos humanos constantes em Tratados Internacionais já são constitucionais, não haveria razão de sua existência.

Questionam-se, ainda, como esses tratados seriam incorporados no texto da Constituição, e quanto à iniciativa, esta caberia sempre ao Presidente da República?⁶⁶ Criou-se uma nova modalidade de reforma constitucional não prevista originariamente pelo legislador constituinte.

Por tais razões, adota-se o posicionamento (numa interpretação a luz do parágrafo 2º do artigo 5º) de que os Tratados Internacionais de Direitos

⁶⁵ HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Humanos sempre equivaleram às normas constitucionais, resolvendo o problema da emenda e superando a tese da supralegalidade, como defendido por Flávia Piovesan, Antônio Calçado Trindade⁶⁷, Valério Mazzuoli, Luís Flávio Gomes, Ada Pellegrini Grinover e o Ministro Celso de Mello.⁶⁸ Ademais, essa posição é mais compatível com o direito internacional atual.

De qualquer forma, indiscutível que os Tratados sobre Direitos Humanos definitivamente passaram a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam como parâmetro no controle de constitucionalidade.⁶⁹

No entanto, a forma adotada pelo reformador constitucional traz grande problemática na incorporação e na força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o estudo sobre o tema é desafiador na medida em que visa evitar que o país seja cristalizado na miséria econômica, social e jurídica.⁷⁰

2.2.1 Análise da jurisprudência acerca dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil

A discussão sobre a recepção dos tratados no universo jurídico brasileiro é bastante conturbada, tomemos como exemplo a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção Americana dos direitos do homem (Pacto de San Jose da Costa Rica) que demonstram a dificuldade de adequar à ordem jurídica interna a um padrão já aceito pela comunidade internacional.

⁶⁷ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. In: **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 29.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O caso da Convenção 158 OIT, trata da aprovação legislativa seguida por posterior suspensão pelo Supremo Tribunal Federal e ulterior denúncia do Chefe do Poder Executivo da Convenção 158 da OIT.⁷¹ Tal dispositivo vinha simplesmente a regulamentar o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, suprimindo-se assim uma vergonhosa omissão parlamentar de dezesseis anos desde a promulgação da Constituição sobre o despedimento abusivo.⁷²

Em casos como este se percebe a força política de determinado segmento da sociedade (o patronato) na sociedade brasileira ao inibir a atuação do executivo e judiciário de acordo com a tutela dos direitos humanos exigida pela Comunidade Internacional.⁷³

A importância do tema é tão grande que a OIT adotou, em 1963, a Recomendação 119, sobre o término da relação de trabalho. Em 1982, esta recomendação foi convertida na Convenção 158, sobre a mesma matéria, que passou a ter vigência internacional em novembro de 1985, após ser ratificada pelos dois primeiros países membros, como é de *praxe*. Hoje são 34 os países signatários, entre os quais estão incluídos França, Portugal, Espanha, Suécia, Austrália, Finlândia, Turquia, Marrocos e Venezuela.⁷⁴

Quanto ao segundo caso, vale mencionar que o Brasil é signatário da Convenção de Viena de 1969, assim como muitos países da Europa, que em seu artigo 27 veda a alegação de normas de direito interno como forma de não cumprimento dos tratados, o que põe em xeque a credibilidade do governo brasileiro no âmbito internacional, sobretudo em matéria de direitos humanos.⁷⁵

⁷¹ A Convenção n. 158 da OIT de 1985 recebeu ratificação pelo governo brasileiro em 1995 pelo Decreto legislativo nº. 68 em vigor desde 1996 e promulgada pelo Decreto nº 1.855/96.

⁷² ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

⁷³ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006. Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI 1480-DF. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 26/06/2001.

⁷⁴ Disponível em www.fup.org.br/2012/images/dieese/dieese9.pdf. Acesso em 26 de novembro de 2014.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, p. 72.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para a grande parte da doutrina e da jurisprudência equiparava-se, como vimos, os tratados à lei ordinária genérica, vale citar o Recurso Extraordinário 206.482, onde restou proclamada a prevalência do diploma legal específico (o Decreto Lei nº 911/69 sobre o Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão por dívidas) haja vista que a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, LXVII, admite a prisão do depositário infiel.

Mais recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ao se pronunciar sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel no caso dos contratos de alienação fiduciária em garantia (onde se equipara o devedor-fiduciante ao depositário) em observância ao artigo 7º, n. 7 do Pacto de San José da Costa Rica, entendeu que somente no descumprimento de prestação alimentícia poderia subsistir a prisão.⁷⁶

O Decreto nº. 678 de 1992 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a referida Convenção, e o Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento como base em duas teses manifestadas no voto do Habeas Corpus nº. 87.585/TO, a da suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a da constitucionalidade destes. Revelando a preeminência hierárquica destes tratados.

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da "suprallegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro Gilmar Mendes com ampla receptividade pela doutrina como mencionado, que, cuidando-se de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.⁷⁷

Para a tese da constitucionalidade das normas constantes em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme demonstrado anteriormente, defende-se o posicionamento interpretando o parágrafo 2º do artigo 5º da Lei

⁷⁶ Vide STF. Recurso Extraordinário 466.343/SP, Recurso Extraordinário 349.703, Habeas Corpus 90.172/SP e Habeas Corpus 87.585/TO. O que resultou na edição da Súmula Vinculante 25 "É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

⁷⁷ STF. Voto Ministro Gilmar Mendes no Habeas Corpus 87.585/TO.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Maior de que tais normas sempre foram consideradas constitucionais, mesmo antes da reforma de 2004. Veja-se:

A diferença entre o § 2º, 'in fine', e o § 3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os 'tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte' são, a 'contrario sensu', incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o 'status' de norma constitucional' e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais ('bloco de constitucionalidade'); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo 'quorum' qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais'. Material e formalmente constitucionais. Aquilo que já era materialmente constitucional agora será formalmente constitucional se aprovado conforme art. 5º, §3º da Constituição Federal.⁷⁸

A cláusula aberta do parágrafo 2.º do art. 5.º da Carta de 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.⁷⁹

Ademais a solução não está propriamente no princípio da hierarquia, mas sim no que é mais favorável ao ser humano, *pro homine*. Dada a irrelevância desse tipo de coerção ao devedor, justifica-se a prisão para bens jurídicos mais relevantes do que a dívida. Aplicação do princípio da razoabilidade (adequação e proporcionalidade).⁸⁰

Esse entendimento doutrinário acabou não sendo aceito, mas o Ministro Gilmar Mendes, ao menos avançou um passo nessa matéria, admitindo em relação aos Tratados de Direitos Humanos *status* supralegal, mas não chegou a concebê-los como normas constitucionais. De qualquer maneira, é certo que todo direito interno que conflita com o Direito Humano Internacional não possui validade.

⁷⁸ STF. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO.

⁷⁹ STF. Voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Nas palavras de Jorge Miranda, a relação do Direito Internacional com o Direito Interno tende a ser uniforme e constante; e o primado do primeiro – mormente, do *jus cogens* – traduz, afinal, o primado do bem comum universal. Em contrapartida, a relação do Direito Internacional convencional e do Direito das Organizações Internacionais com o Direito interno tem se revelado bastante diversificada por causa dos conteúdos e dos objetivos das próprias normas internacionais e, também, por causa das legítimas opções constitucionais dos vários Estados.⁸¹

Com base nos ensinamentos de Jorge Miranda, vislumbra-se a necessidade do pluralismo das ordens jurídicas, o seu reconhecimento recíproco, a sua comunicação e o reconhecimento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos nas sociedades com força de norma maior e essencial em consonância com o Direito Internacional Contemporâneo.

3. A MUDANÇA REGULATÓRIA NO DIREITO INTERNACIONAL APÓS ANÁLISE DOUTRINÁRIA CHEGA-SE AO PONTO MÁXIMO DESTE BREVE ESTUDO QUE EXPLICITA A MUDANÇA REGULATÓRIA SOBRE O TEMA ONDE ESTADOS E INSTITUIÇÕES OCUPAM UM PAPEL DETERMINANTE NA EXECUÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.

3.1 Âmbito de discussão

A discussão traçada nesse trabalho consiste em discutir a primazia do Direito Internacional sobre o direito interno dos Estados que se contém num Tratado Internacional de direitos humanos, que leva a discussões políticas e jurídico-dogmáticas profundas.

No que tange aos direitos fundamentais, no âmbito internacional se observa a primazia do direito nacional em detrimento da proteção internacional vista como subsidiária; no âmbito comunitário, ao contrário, a subsidiariedade consiste em

⁸¹ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Principia publicações universitárias e científicas. 2 ed. 2004, p. 142.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

nascer uma competência comunitária em razão de não haver uma competência nacional correspondente.⁸²

E em matéria de Direitos Humanos, o Estado só dispõe de jurisdição para melhorar o produto da fonte internacional que incorporou no seu direito interno e que funciona como grau de proteção mínimo.⁸³

O que faz com que o Estado fique obrigado a aplicar normas mais favoráveis que surjam de outros tratados ou acordos de Direito Internacional, ou mesmo normas de direito interno se estas forem mais favoráveis no quadro de proteção internacional no sistema de direitos. E como isso se instaura um novo debate constitucional, no qual o constitucionalismo se desvincula dos Estados Nação.

Dentro desse contexto, coloca-se a mudança regulatória no Direito Internacional que consiste em considerar um Sistema Internacional que articula direitos e deveres individuais, assim como prevê a aplicação internacional destes reduzindo cada vez mais a discricionariedade dos Estados. Estados que junto à lei internacional promovem direitos. As conseqüências são substanciais: a reorganização dos governos, a reformulação de decisões, e o reforço da autoridade governamental.⁸⁴

Após a segunda guerra mundial, mudou-se a forma de pensar os Direitos Humanos reconhecidos nas Cartas Internacionais que tinham a finalidade de garantir direitos fundamentais mínimos, hoje a exequibilidade dos Direitos Humanos e segurança internacional previstos nestas cartas exigem apoio e cooperação internacional, sem restrição da autoridade reguladora dos Estados, a exemplo do Estatuto de Roma, na tutela do Direito Penal Internacional.⁸⁵

⁸² QUEIROZ, Cristina M. M. As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos Estados: comunicação. **Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora. Ano 3 (2006), p. 189-201.

⁸³ QUEIROZ, Cristina M. M. As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos Estados: comunicação. **Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora. Ano 3 (2006), p. 189-201.

⁸⁴ COGAN, Jacob Katz. The regulatory turn in international law. **Harvard International Law Journal**. Summer 2011. N 2. Vol. 52. Disponível em ssrn.com/abstract=1840647. Acesso em 26 de novembro de 2014.

⁸⁵ STEPHEN MACEDO ed., 2004. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**, in *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* 21. Disponível:

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Estabelecendo-se, assim, uma mistura do internacional com o nacional que faz repensar as nossas expectativas de instituições e redes de *governance*.

Assim, a norma do direito interno e a norma do Direito Internacional não dispõem de uma hierarquização e sim de harmonização ou compatibilidade, o que modifica a natureza das relações no sistema normativo tomado como um todo. Diferentemente da subordinação hierárquica da pirâmide de Kelsen, adepto do sistema monista no plano internacional e do sistema escalonado fechado, trata-se da internacionalização do direito nacional, ou rede supranacional, "*multi-level constitutionalism*".⁸⁶

Tal entendimento, conforme se pode constatar, destoa do que vem sendo discutido na Corte Suprema brasileira, um motivo pelo qual entende-se que os blocos internacionais da América Latina não atingiram um maior grau de integração.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira, no caso da integração regional não está ocorrendo uma internacionalização do Direito Constitucional, mas também uma constitucionalização do sistema regional sem, no entanto, a mesma força e intensidade, uma vez que o fortalecimento deste último não vem acompanhado da sua conformação aos princípios constitucionais. A construção da União Europeia embasou-se num déficit democrático, que transposto para experiência latino-americana (o MERCOSUL, em particular) – de caráter eminentemente econômico – se agudiza diante do trágico histórico autoritário próprio da região.⁸⁷

As estruturas supranacionais levam o Direito Constitucional para uma nova direção, o supraconstitucionalismo (ou viragem regulatória do direito internacional) que está alicerçado em bases comunitárias e na capacidade regulatória superposta aos Estados.

http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihrli/downloads/Princeton%20Principles.pdf. Acesso em 26 de novembro de 2014.

⁸⁶ QUEIROZ, Cristina M. M. As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos Estados: comunicação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora. Ano 3 (2006), p. 189-201.

⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: **Direito Global**. São Paulo: School Of Global Law; M. Limonad, 1999, p. 15-48.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

E no choque entre legislações (supranacional e nacional) de duas uma: ou a Constituição reconhece expressamente a supremacia da União sobre a Constituição, como faz de certa forma a constituição dos países baixos; ou a autoridade com competência para reconhecer limites de sua própria competência não reconhece legitimidade aos órgãos da União como fez o Tribunal Constitucional Alemão no caso Maastrich.⁸⁸

Os limites desse reconhecimento estão em que os atos da União devem respeitar competências internas e os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sob pena de serem considerados “ultra-vires” ou incompatíveis com o direito interno.⁸⁹

Segundo a posição pluralista do Direito Internacional o Estado e a validade interna do Direito Comunitário, consiste em o primeiro fazer uma revisão do texto constitucional e subconstitucional na medida e na extensão necessária para o funcionamento do sistema comunitário, marcada pelo efeito direto e aplicabilidade imediata de suas decisões.⁹⁰

Posição mais interativa do que hierárquica que determina a interação entre os Estados membros da comunidade europeia, assim como em demais blocos, bem como nas relações entre os Estados e a União.

3.2 Viragem regulatória

A virada de regulamentação consiste exatamente nesse novo sistema de governança híbrida. Como movimento paralelo contemporâneo que visa garantir a conformidade do Estado com o Direito Internacional com o cumprimento de

⁸⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos Estados: comunicação. **Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora. Ano 3 (2006), p. 189-201.

⁸⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. As relações entre o direito da União e o direito constitucional interno dos Estados: comunicação. **Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Coimbra editora. Ano 3 (2006), p. 189-201.

⁹⁰ MACCORMICK, D. Neil. Questioning soveringnty. *In: Law, State and Nation in the European Commowalth*. Oxford. Oxford University Press. 1999, p. 102.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

decisões no âmbito da comunidade internacional e legitimando o desejo fundamental comum do povo de manutenção da ordem pública.⁹¹

Essa transformação regulatória tem íntima relação com a globalização porque ela implica numa radical mudança do perfil do Estado e sua soberania, e conseqüentemente no âmbito do Direito Constitucional. Tem-se uma soberania compulsoriamente compartilhada, pois do contrário, corre-se o risco do Estado ficar a margem da economia globalizada.⁹²

A Lei Internacional passa a ser considerada multinível dado que as decisões são tomadas num nível internacional, nacional e supranacional. Com a reestruturação da distribuição de poder entre os países e Instituições Internacionais há: o reenquadramento dos problemas internacionais e soluções; a realocação de recursos para apoiar as organizações de aplicação da lei e programas; e uma nova forma de demandas processuais em processos internacionais como se pode observar da análise da jurisprudência europeia.

Isso porque além da lei internacional fruto de Tratados, há regras internacionais que se impõem diretamente sobre os Estados⁹³ e foros multilaterais como na União Europeia.

⁹¹ COGAN, Jacob Katz. The regulatory turn in international law. **Harvard International Law Journal**. Summer 2011. N 2. Vol. 52. Disponível em ssrn.com/abstract=1840647. Acesso em 26 de novembro de 2014.

⁹² MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou babárie: perspectivas constitucionais. In: **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 11-24.

⁹³ Vide CARTA DA ONU. *Artigo 33* 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias. *Artigo 36* 1. O conselho de Segurança poderá, em qualquer fase de uma controvérsia da natureza a que se refere o Artigo 33, ou de uma situação de natureza semelhante, recomendar procedimentos ou métodos de solução apropriados. 2. O Conselho de Segurança deverá tomar em consideração quaisquer procedimentos para a solução de uma controvérsia que já tenham sido adotados pelas partes. 3. Ao fazer recomendações, de acordo com este Artigo, o Conselho de Segurança deverá tomar em consideração que as controvérsias de caráter jurídico devem, em regra geral, ser submetidas pelas partes à Corte Internacional de Justiça, de acordo com os dispositivos do Estatuto da Corte. *Artigo 37* 1. No caso em que as partes em controvérsia da natureza a que se refere o Artigo 33 não conseguirem resolve-la pelos meios indicados no mesmo Artigo, deverão submete-la ao Conselho de Segurança. 2. O Conselho de Segurança, caso julgue que a continuação dessa controvérsia poderá realmente constituir uma ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais, decidirá sobre a conveniência de agir de acordo com o Artigo 36 ou recomendar as condições que lhe parecerem apropriadas à sua solução.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Além dos Tratados Internacionais há também Organizações Internacionais que desenvolvem papel importante no Direito Internacional na concretização de Direitos Humanos, na aplicação das leis e regras internacionais a exemplo da atuação da OIT frente à justiça brasileira.

De acordo com Jacob K. Cogan:

This is why a normative evaluation of the regulatory turn, as a phenomenon, is far from simple, and indeed why the turn's staying power is taken for granted. There are very good reasons to use regulatory measures to solve contemporary transnational problems, which is why so many different constituencies have recently sought to do so (and why they have had some considerable success). And there are also substantial risks and downsides inherent in, among other things, the endorsement and use of governmental power and the transfer of decision-making to distant, non-democratic. But once one agrees that certain problems that stem from individual acts can be--and must be--tackled at the international level because states cannot or will not solve them acting alone, then much of the debate, as we have seen, tends to-- and has to--move from the forest to the trees, from indicting the regulatory turn categorically to attempting to perfect it (or, at least, to meliorate its imperfections). For our time, it seems, if the regulatory turn is a danger, then it's a necessary one.⁹⁴

Essa viragem regulatória do Direito Internacional marca uma "nova era" ao Direito Internacional Público onde não há supremacia ou superioridade de um sistema sobre o outro, mas sim ordens jurídicas distintas e parcialmente independentes, sobrepostas, que interagem reciprocamente. Marcadas por relações de coordenação e não hierarquia, o que tem levado os Estados a reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar a jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos tutelam questões atinentes à dignidade da pessoa humana e à soberania dos Estados e por isso geram a

⁹⁴ COGAN, Jacob Katz. The regulatory turn in international law. **Harvard International Law Journal**. Summer 2011. N 2. Vol. 52. Disponível em ssrn.com/abstract=1840647. Acesso em 26 de novembro de 2014.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

discussão de que forma devem ser inseridos e compatibilizados com a lei interna de cada país.

Há matérias que são recepcionadas automaticamente como propõe o artigo 8º, 4, da Constituição Portuguesa, assim como na Constituição Alemã quanto às garantias materiais da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Já na França o controle prévio poderá levar a uma revisão constitucional ou não ratificação do tratado. E na Espanha vigora um caráter de supralegalidade das normas internacionais de Direitos Humanos.

No entanto, percebe-se que o diálogo e a complementaridade entre as normas Constitucionais Europeias e as Constituições dos estados membros marcam a harmonia da Constituição com o Direito Internacional dentro do que podemos chamar de uma "nova era" do Direito Internacional. Mesmo assim, a primazia do Direito Comunitário sobre o direito nacional e o enquadramento das normas comunitárias não é um assunto pacífico no âmbito europeu, conforme pode se extrair do exame da jurisprudência sobre o tema. Todavia, os tribunais constitucionais no controle de constitucionalidade dos tratados buscam conciliar a defesa da soberania nacional e a evolução da ordem jurídica comunitária, sobretudo quanto aos direitos humanos.

Ao contrário, da jurisprudência brasileira que apenas recentemente reconheceu a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, e que ainda, encontra entraves à aplicação das normas dos Tratados Internacionais seja pelo rigor da supremacia do direito interno, seja pela omissão legislativa, como nos casos: da revogação da prisão do depositário infiel e da recomendação 158 da OIT, respectivamente.

A proposta deste texto é uma reflexão necessária sobre os tratados de direitos humanos no Brasil, sua recepção pela nação e sua real condição numa sociedade globalizada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional nº 45-2004. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 95, n. 846, p. 97-116, abr. 2006.

BANK, Roland. Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. **Anuario de derecho constitucional latino americano**, v. 10, n. 2, p. 721-734, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Vanessa Oliveira Batista, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo e PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional de 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-44, abr./maio, 2008.

CANOSA USERA, Raúl. Integración supranacional y derecho constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O princípio do mais elevado nível de proteção em matéria de direitos fundamentais**. Tese de dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. 2008.

CEIA, Eleonora Mesquita. **Tratados Internacionais e Constituições Nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa**. Disponível em: <http://jus.academia.edu/emceia/Papers>, acesso em 19 de novembro de 2014.

COGAN, Jacob Katz. **The regulatory turn in international law**. *Harvard International Law Journal*. Summer 2011. N 2. Vol. 52. Disponível em ssrn.com/abstract=1840647. Acesso em 26 de novembro de 2014.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros – elementos de um aparente paradoxo. Revista: **O Direito**, 137, IV-V, p. 837-863, 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência. Dikaiosyne: **Revista de Filosofía Práctica**, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

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

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. 1, 4º. Edição Revista: Coimbra editora, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2013.

HARADA, Kiyoshi. Tratados que versam sobre direitos humanos. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 9, n. 101, p. 13-17, maio 2008.

MACCORMICK, D. Neil. Questioning soveringnty. *In: Law, State and Nation in the European Commowearth*. Oxford. Oxford University Press. 1999.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010.

MARQUES, Mário Reis. A dignidade humana como *prius* axiomático. *In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor. Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV, 2010. Coimbra editora, p. 541-566.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AMORIM, Camila Silva de. O papel do Direito Internacional na tutela dos direitos humanos perante as nações num mundo globalizado. Um paralelo entre Brasil e União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Principia publicações universitárias e científicas. 2 ed. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou babárie: perspectivas constitucionais. *In: A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

QUADROS, Fausto de. Constituição europeia e Constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu. Revista: **O Direito**, 137, IV-V, p. 687-698, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10 A, p. 593-619, 2006.

STEPHEN MACEDO ed., 2004. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**, *in* Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law 21. Disponível em: http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihri/downloads/Princeton%20Principles.pdf. Acesso em 26 de novembro de 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. **In: Direito Global**. São Paulo: School Of Global Law; M. Limonad, 1999.

Submetido em: Agosto/2014

Aprovado em: Setembro/2014