

ISSN 2675-5920

REJURISTJ

Revista de Estudos Jurídicos
do Superior Tribunal de Justiça

Superior
Tribunal
de Justiça

REJURISTJ, BRASÍLIA, ANO. 2, N. 2, P. 1-486, DEZ. 2021.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO*

LEGAL HERMENEUTICS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATES WITHIN BRAZILIAN LAW

HERMÉNEUTICA LEGAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Andrei Ferreira Fredes

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA. 2 QUESTÕES PRELIMINARES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO. 3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Apesar de passados praticamente 15 anos desde a entrada em vigor da emenda constitucional número 45, que, dentre outras mudanças, incluiu o §3º do Art. 5º, da Constituição Federal, ainda não foram resolvidas diversas questões acerca da disciplina dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito interno brasileiro, com especial destaque para a questão da hierarquia destes tratados. A proposta do presente artigo é buscar apresentar as principais posições que a doutrina e a jurisprudência destes últimos 15 anos, ou até mesmo antes, veio defendendo sobre o assunto, e expor de que forma esses entendimentos conseguem se sustentar a partir de uma visão sistemática do direito.

Palavras-chave: Tratados internacionais; direitos humanos; hierarquia; hermenêutica.

*ARTIGO RECEBIDO EM 22.10.2020 E APROVADO EM 19.11.2021.

ABSTRACT

Despite the fact that there has been 15 years since the implementation of the constitutional amendment number 45, which, between other changes, included the §3 of Art. 5. in the Federal Constitution, there hasn't been yet a solution to many questions regarding the discipline of international human rights treaties in its relation to brazilian internal law, with special mention to the question concerning the hierachy of such treaties. The proposition on this article is to show the main positions that the doctrine and jurisprudence on these last 15 years, or even before, has put forward on this topic, and expose in which ways these understandings are capable of sustenting themselves when confronted with a sistematic interpretation of law.

Keywords: *International treaties; human rights; hierarchy; legal hermeneutics.*

RESUMEN

A pesar de pasado virtualmente 15 anos ya que la entrada en vigor de la enmienda constitucional numero 45, que, entre otros cambios, incluído el §3° del Art. 5° de la Constituição Federal, todavia no fueran resuolvidas muchas questiones acerca de la disciplina de los tratados internacionales de derechos humanos e sus relaciones com el derecho interno brasileño, con especial destaque ala question de la jerarquia de estos tratados. La propuesta del presente artículo es de buscar presentar las principales posiciones que la doutrina e la jurisprudência de los últimos 15 años, o incluso antes, defendera sobre el tópico, y buscar demostrar de que forma estos entendimentos puedem sostener desde una vision sistemática del derecho.

Palabras clave: *Tratados internacionales; derechos humanos; jerarquia; hermenêutica.*

1 INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA.

A interpretação sistemática do direito, conforme deduz Canaris (2002, p. 22), “é a pressuposição de todo Direito e de todo pensamento jurídico”. Neste sentido interpretar o direito necessariamente significa observar as características de ordenação e de unidade do sistema jurídico

expostas pelo autor, e tais características decorrem naturalmente da própria consideração do Direito como Ciência, ou seja, entender o direito como uma soma de princípios racionais, acessíveis ao pensamento, que busquem reconduzir a interpretação ao conjunto da justiça (CANARIS, 2002, p. 14).

Conforme explica Freitas (2005, p. 318), a interpretação sistemática da Constituição representa a “determinação unitária e aberta do alcance das regras orientadas pelos nada inócuos princípios, cuja eficácia apresenta-se direta, sem exceção em nosso sistema”. Ou seja, o Direito passa a ser visto como um todo, unitário e hierarquizado, e em sua perspectiva tópico-sistemática esta rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais tem como finalidade “dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição” (FREITAS, 2010, p. 272).

Retornando a explicação de Canaris (2002, p. 20), a compreensão do Direito como sistema não é mera escolha ou opção do intérprete, é a própria realização da tendência generalizadora da justiça, que impede que o Direito se disperse em uma multiplicidade de valores singulares desconexos, deixando-se reconduzir sempre aos princípios, que são critérios gerais geralmente pouco numerosos. Além disso, segundo Canaris (2002, p. 22), a interpretação sistemática visa atender às necessidades da segurança jurídica, outro valor supremo, segundo o autor, pois os postulados da determinabilidade, estabilidade, previsibilidade e continuidade do Direito pressionam para a formação de um sistema ordenado por poucos e alcançáveis princípios.

A fim de concluir a introdução sobre o significado e necessidade da interpretação sistemática, apresenta-se a lição de Barroso (2003, p. 136 – 137) sobre o tema:

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento

jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares. No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. [...] A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente.

Desta forma, ao se passar à análise das questões atinentes ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, estar-se-á sempre buscando uma interpretação sistemática constitucional, a exegese da regra contida no parágrafo em questão, frente aos princípios constitucionais e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2014). Contudo, antes se faz necessário estabelecer a fundamentação ou a essência desse sistema e quais são esses princípios e valores pelos quais se deve guiar a interpretação.

Bobbio (1999, p. 71) expõe que o conceito de sistema jurídico a partir da leitura de Kelsen pode ser entendido de duas maneiras, como um sistema estático e outro, dinâmico. Apresentando a dicotomia entre ambos os conceitos, Bobbio explica que o sistema estático é composto por normas que estão relacionadas umas às outras como preposições de um sistema dedutivo, a partir de normas originárias de caráter com função de postulados ou axiomas em um sistema científico, ou seja, as normas são sistematizadas e ordenadas unicamente em função de seu conteúdo (BOBBIO, 1999, p. 72).

Por sua vez, em um sistema dinâmico, as normas derivam umas das outras por sucessivas delegações de poder, ou seja, por meio da autoridade que as colocou, sendo assim, neste tipo de sistema, a relação entre as normas não se baseia no seu conteúdo material, e sim em sua qualificação formal. Explica Bobbio que, para Kelsen, os sistemas jurídicos correspondem a esta última conceituação, uma vez que os sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais (BOBBIO, 1999, p. 73)

Conforme podemos perceber, na interpretação sistemática atual a dicotomia não se sustenta, uma interpretação sistemática levará sempre em consideração o conteúdo das normas, os princípios e os valores que informam o sistema jurídico se colocarão em posição hierárquica superior exatamente devido a seu sentido material (FREITAS, 2010), mas isto não significa podermos seguir em direção a uma discricionariedade ativista e decisionista realizada por intérpretes que “traduzam a vontade da sociedade por debaixo da letra da lei”, assim podemos compreender a partir da leitura de Lenio Streck (2014, p. 49).

Ou seja, a questão que remanesce diz respeito a como proceder, entre uma exegese literal e uma discricionariedade interpretativa baseada em princípios e cláusulas gerais. Conforme explica Streck (2014, p. 50), ambas são formas de positivismo, de um lado o positivismo exegético que, ao separar direito e moral, confundia texto e norma e lei e direito, e a partir daí declarava a proibição de interpretar, sobrava o juiz boca da lei. O autor aponta que, do outro lado, outra forma de positivismo é aquela que afirma que texto e norma estão descolados, uma vez que trabalhar com princípios é uma atitude sem dúvida positivista, ao ser utilizada para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais e, em último caso, é completamente antidemocrático (STRECK, 2014, p. 51).

O primeiro passo para evitar ambos os extremos, segundo Streck, consiste em superar o dualismo entre texto e norma, entendendo que “o objeto da interpretação não é o texto em si”, uma vez que este “só exsurge já interpretado em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a norma” (STRECK, 2014, p. 395). Conforme Gadamer em 1960 já colocava em verdade e método que “interpretar não é um ato posterior e oportunamente complementar a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 459), mas que compreender é sempre interpretar, e por sua vez o compreender procede de um dado histórico prévio, e que desta forma o saber-se como ser histórico oferece suporte a toda opinião e comportamento subjetivo, e assim prefigura e delimita toda possibilidade de interpretação em sua alteridade histórica (GADAMER, 1997, p. 451).

Sendo assim, observa-se a seguinte passagem de Streck para consolidar a questão:

A Constituição – no seu sentido de “força normativa – somente se concretizará na medida em que – perdoem a minha insistência neste tema – consigamos superar dualismos metafísicos (texto e norma etc.). *Se alguém pensa que pode primeiro interpretar a Constituição para depois aplicá-la, é porque ainda está preso às amarras da hermenêutica clássica.* É cediço que não interpretamos por partes ou em fatias. Gadamer já de muito deixou isto bem claro: interpretar é aplicar, é concretizar, e isto se dá no interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado (dependemos, pois, de nossa pré-compreensão, de nossos pré-juízos). (STRECK, 2014, p. 395) (grifo do autor)

Streck explica que a importância que isto revela é que a compreensão de Gadamer significa a superação da subjetividade e da discricionariedade, ou seja, resulta-se não ser mais possível um “livre atribuir de sentidos” ou “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2014, p. 437), o que passa a haver é um controle hermenêutico da decisão, decisão esta que deve “levar o texto constitucional a sério” como condição de possibilidade de alcançar a melhor interpretação adequada à Constituição (STRECK, 2014, p. 433).

Dessa forma, a hermenêutica jurídica defendida por Streck a partir da obra de Hans-Georg Gadamer deita raízes no pensamento filosófico de Martin Heidegger. A fenomenologia proposta pelo autor foi responsável por colocar o pensamento em sua facticidade e historicidade ao definir que “Ser é sempre ser de um ente” (HEIDEGGER, 2018, p. 44), ou seja, o sentido do ser deve ser adquirido a partir do ser do ente; tratando-se do Direito, temos que o ente é então linguagem, neste caso, a tradição jurídica passa a ser condição de possibilidade da interpretação do ser deste ente denominado Direito.

Surge então outra problematização: a possibilidade de existir ou não uma única resposta correta. No entendimento de Freitas, não é possível que haja esta única resposta correta. Explica o autor que, em função da abertura do sistema jurídico, a impossibilidade de aplicação do postulado do tudo-ou-nada, mesmo em se tratando de regras, já serviria

para explicitar a impossibilidade de se alcançar em qualquer caso uma única resposta correta (FREITAS, 2005, p. 322). A seguir, também é colocado o argumento que, uma vez sendo responsabilidade do intérprete proceder à hierarquização de princípios e valores, não há falar em solução única, também se levando em consideração a vocação pluralística de toda constituição democrática que impede a promoção unilateral de algum determinado valor jurídico. Por fim, também é apresentado como argumento contra a única interpretação correta a inexistência de direitos absolutos, havendo apenas direitos relativos mutáveis; historicamente, não é possível se falar em uma resposta definitiva e exclusiva (FREITAS, 2005, p. 322).

Freitas conclui que somente se poderia falar em uma melhor interpretação constitucional, a qual seria regida por diversos postulados, dentre eles a formação da base do sistema pelos princípios fundamentais da Constituição, a busca pela máxima preservação dos direitos fundamentais e pela excelência do discurso normativo constitucional, a pretensão de coerência e abertura da interpretação, a articulação da escolha fundamentada, objetiva e imparcial da hierarquização das premissas, dentre outros critérios (FREITAS, 2005, p. 326 – 352).

Por sua vez, Streck coloca a questão da única resposta de outra forma, a partir do mencionado anteriormente quanto a “levar o texto a sério”. Segundo o autor, o resultado é um menor espaço para a liberdade legislativa que deve sempre seguir as regras do jogo democrático, argumentando ainda que a Constituição é fruto de uma repactuação, e por isso são colocadas cláusulas pétreas e especiais formas de elaborar emendas, sendo assim, “a própria Constituição estabelece impedimento para qualquer alteração em desacordo com o que o constituinte originário estabeleceu” (STRECK, 2014, p. 399).

Nesse sentido, Streck defende que a vontade geral ou poder democrático que antigamente era exercido apenas através do legislativo, neste novo Estado Democrático de Direito, deve passar a exercer o controle sobre o produto final da interpretação do direito, ou seja, sobre a atuação dos juízes e tribunais (STRECK, 2014, p. 410). Ou seja, não é uma questão

de negar que cada sujeito possua preferências, intuições, valores, e sim de criar possibilidades para que haja “condições de verificação sobre a correção ou veracidade de cada decisão que esse sujeito tomar (especialmente se se tratar de um juiz)” (STRECK, 2014, p. 429).

A resposta oferecida pelo autor para este problema significa a obrigação de uma ‘fundamentação da fundamentação’ pelo intérprete, ou seja, ao passar por uma teoria da decisão, o intérprete não deixa de interpretar, mas deve ser responsabilizado pela interpretação que alcançar, e suas decisões devem ser controladas democraticamente. Para tanto, não basta o juiz expor o fundamento de sua decisão, e sim ir mais a fundo e alcançar os motivos de sua compreensão, oferecendo a justificação de sua interpretação. Neste caso, o intérprete irá desnudar o caminho que percorreu, a fim de justificar porque a interpretação oferecida por ele é a melhor naquele caso, a mais adequada à Constituição, ou a única correta (STRECK, 2014, p. 433). Conclui o autor que em qualquer dos casos o que indicará se a resposta foi correta, adequada ou melhor é a possibilidade de ser confirmada na própria Constituição, nisto consiste a interpretação democraticamente legítima (STRECK, 2014, p. 433).

Outros autores também trabalham a possibilidade de uma resposta inerentemente correta, dentre eles o escocês Neil MacCormick que, mesmo advindo de uma tradição diferente da brasileira, no caso, da *common law*, argumenta que negar a existência de uma resposta correta significa negar o próprio Estado de Direito (MACCORMICK, 2008). Segundo MacCormick, entender que se possa chegar a qualquer decisão (ou que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa como na crítica de Streck) apenas em função da legitimação do intérprete é admitir que o Direito não é nada além do que o intérprete diz que é. Neste caso, o Judiciário seria infalível, porém “se o Estado de Direito significa um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem as decisões jurídicas” (MACCORMICK, 2008, p. 357).

Portanto MacCormick conclui que deve haver critérios para aferir se as decisões são corretas ou não, obviamente, por estar inserido em uma tradição sem uma Constituição escrita, o autor não pode chegar à mesma conclusão exposta por Streck, porém o sentido do argumento é semelhante, não há falar em democracia quando aos intérpretes é legado atuarem por meio de discricionariedade e decisionismo (MACCORMICK, 2008, p. 351).

A partir destes postulados apresentados, a seguir, serão trabalhadas questões acerca da incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sempre como paradigma a unidade sistemática do ordenamento jurídico (CANARIS, 2002, p. 22), hierarquizado axiologicamente por seus princípios (FREITAS, 2010), e capaz de oferecer respostas confirmáveis na própria Constituição, maior fruto do pacto democrático (STRECK, 2014).

2 QUESTÕES PRELIMINARES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

Frente às considerações sobre a hermenêutica jurídica e a interpretação sistemática do direito, cabe agora passar à análise de algumas questões pertinentes aos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito interno, especialmente após a inclusão do §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, pela EC 45/2004, que determinou que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Na ocasião, novos debates surgiram sobre as mais variadas questões, dentre elas a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes e depois da emenda em questão, também a problemática sobre a obrigatoriedade ou não de seguir o rito estabelecido pelo §3º em questão, a reflexão sobre a possibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos e, por fim, a questão da possibilidade de inserção do conteúdo do tratado na Constituição, mesmo sem a entrada em vigência do tratado em questão.

Inicia-se esta análise sobre as questões acerca dos tratados internacionais de direitos humanos frente ao direito interno, com a problemática acerca da obrigatoriedade ou não de obediência do rito previsto pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, o qual determina, como já exposto, a observância do procedimento de emenda para a aprovação dos tratados em questão.

Com efeito, uma rápida leitura do dispositivo em questão e a utilização de um método de interpretação que preze pela literalidade pode levar à compreensão de que a utilização ou não do rito de emenda para os tratados é facultativa – como se observa da leitura do parágrafo em questão, o legislador utilizou a expressão “que forem [...] serão”, o que poderia indicar que “aqueles que não forem [...] não serão”, ou seja, poderia haver tratados não incorporados pelo rito de emenda mesmo após a inclusão do §3º, do Art. 5º, que não estariam acobertados pela mesma força normativa que as emendas constitucionais.

Entretanto, conforme exposto na primeira parte deste trabalho, texto e norma, apesar de não existirem em separado, também não se confundem, ou seja, não significa que não seja a literalidade do texto capaz de expor o sentido da norma, e sim que esta literalidade não existe separadamente da interpretação da norma (STRECK, 2014). E sendo a norma o conjunto, a unidade axiologicamente hierarquizada, não há como se proceder a uma suposta interpretação literal em isolado, há que se enxergar a Constituição como um todo.

Neste sentido, abalizada doutrina já se manifestou sobre a questão, apontando pela obrigatoriedade da obediência ao estabelecido pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, após sua aprovação. Vejamos a importante lição de André Ramos Tavares:

De acordo com o novo dispositivo, a submissão, em cada Casa do Congresso Nacional, aos três quintos dos votos dos respectivos membros, não está condicionada a um ato volitivo dos parlamentares. Não será o Congresso nacional que realizará a opção de o tratado ou convenção (assumindo, aqui, sempre o pressuposto material mencionado: versar sobre direitos humanos) submeter-se a este procedimento recém-criado ou pelo

vetusto. É dizer, não cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá, se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária. A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. (TAVARES, 2005, p. 43)

Da mesma forma, se posiciona Rezek, ao mencionar não ser possível imaginar que o Congresso possa querer bifurcar a metodologia de aprovação de tratados, a única dúvida possível segundo o autor reside em afirmar se o tratado a ser aprovado realmente se trata de um documento acerca de direitos humanos; havendo este entendimento, o Congresso Nacional deverá seguramente adotar o rito previsto no parágrafo 3º (REZEK, 2011, p. 132 – 133).

Também neste sentido se posiciona Sarlet, ao expor que uma interpretação sistemática leva à compreensão do caráter cogente do procedimento reforçado exposto pelo parágrafo em questão. O autor elabora seu argumento a partir da compreensão de que a inovação em questão teve como objetivo resolver as questões atinentes à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos frente ao direito interno, as quais serão trabalhadas a seguir, de modo que a intenção da EC 45/04 seria de resolver a questão consagrando a hierarquia constitucional a todos os tratados que viessem a ser aprovados pelo procedimento equivalente ao das emendas constitucionais, neste sentido haveria de ser sempre observado o procedimento proposto pelo §3º, do Art. 5º, da Constituição Federal (SARLET, 2013, p. 95).

Outro argumento de extrema relevância apontado por Sarlet é que a observância do rito do §3º vem a oferecer uma maior legitimidade democrática aos tratados internacionais de direito humanos, que passam a ser tanto material quanto formalmente constitucionais, o que significa uma maior força normativa pela sua pretensão de eficácia e efetividade restarem reforçadas (SARLET, 2010, p. 81). Considera-se tal ponto fundamental, tendo em vista o exposto acerca dos objetivos da hermenêutica jurídica, o que inclui a busca de um fortalecimento da democracia e da promoção de direitos, sendo assim a aprovação de um tratado internacional pelo

quórum qualificado previsto para emendas constitucionais deve soar aos ouvidos dos tribunais superiores como uma declaração inequívoca de prestígio destes direitos, o que significa buscar sempre sua máxima eficácia.

Um último argumento a favor da vinculação do Congresso Nacional ao procedimento estabelecido pelo §3º, do Art 5º pode ser extraído do exposto por Mazzuoli, uma vez que o autor aponta que a aprovação pelo rito introduzido pelo referido parágrafo continua se dando em momento posterior à ratificação, sendo assim, deixar à escolha sobre aprovar mediante o quórum necessário para emendas, ou não, levaria a mais uma situação de insegurança jurídica em que o Poder Legislativo poderia tratar de maneira diferente instrumentos de igual conteúdo principiológico (MAZZUOLI, 2005, p. 316 – 319). Isso vai contra os objetivos da interpretação sistemática expostos anteriormente, a partir do pensamento de Canaris, ou seja, a determinabilidade, previsibilidade e estabilidade do direito, pleiteando assim uma cogente observação do previsto no §3º, do Art 5º, da Constituição Federal, desde sua aprovação, mas não resolve o problema quando envolver aqueles tratados já aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, que será trabalhado a seguir.

O próximo ponto a ser trabalhado diz respeito à possibilidade de denúncia por parte do Estado brasileiro de tratados internacionais de direitos humanos. Conforme explica Mazzuoli, a denúncia é o ato unilateral pelo qual o Estado se desliga de qualquer obrigação perante o tratado ao qual antes se via vinculado, ou seja, não é um modo de extinção de tratados, e sim de retirada ou de extinção frente apenas ao denunciante (MAZZUOLI, 2008, p. 274). Este é o conceito de denúncia para os tratados em geral.

Entretanto esta definição não pode ser simplesmente transportada dos tratados em geral para aqueles que especificamente tratem de direitos humanos, é o que podemos perceber através de uma significativa doutrina, que sem dúvida procede à hierarquização axiológica dos princípios e valores constitucionais que se expôs ao se trabalhar o funcionamento da interpretação sistemática. Não há dúvida de que os direitos fundamentais

ou humanos (para a distinção entre direitos fundamentais – aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional – e direitos humanos – os reconhecidos em documentos de direito internacional – ver SARLET, 2010, p. 27 – 35) encontram-se em um grau mais elevado no sistema jurídico, basta perceber sua concepção como cláusulas pétreas, sendo assim o instituto da denúncia precisa ser pensado por uma lógica diferente quando se tratar de tratados internacionais de direitos humanos.

A questão oferece diversos posicionamentos, uma vez que frequentemente guarda coerência com a problemática sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, ou seja, o entendimento por uma hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos pode levar a um entendimento enquanto a compreensão de direitos humanos materialmente constitucionais (aprovados antes da entrada em vigor da EC 45/2004) e outros material e formalmente constitucionais (aprovados mediante o rito do §3º, do Art. 5º, da CF/88) leva a resultados distintos quando da possibilidade de denúncia dos tratados em questão.

No Supremo Tribunal Federal, onde a tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos é a atualmente vigente, tendo em vista a última decisão acerca do depositário infiel no Recurso Extraordinário n. 466.343, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (2008), a questão sobre a possibilidade de denúncia e quais seus requisitos não se encontra resolvida. A ADI 1625 questiona a denúncia unilateral realizada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso sobre a convenção 158 da OIT; na ADI em questão, apenas o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa já foi publicado, o qual entendeu que somente com a anuência do Congresso Nacional poderia o Estado se eximir de suas responsabilidades frente ao tratado internacional que assinou. Apontou o Ministro que existe uma “tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados” (2009, p. 20), sendo assim entendeu como procedente a ação para declarar inconstitucional a denúncia realizada sem anuência do Congresso Nacional, porém a decisão definitiva sobre a questão ainda não foi proferida.

Em sentido semelhante, encontra-se a compreensão de Piovesan (2010, p. 79 – 81), que aponta que com o advento do §3º, do Art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Para ela, apenas os primeiros seriam denunciáveis, enquanto aqueles que seguissem o rito do §3º não poderiam ser denunciados. Na opinião da autora é uma das peculiaridades do regime de direito internacional público que o Estado possa se subtrair dos direitos internacionais que incorporou, salvo no caso de ingressarem a Constituição formal, em que não há mais a possibilidade de denúncia. Aduz a autora que, mesmo onde é possível proceder à extinção unilateral da obrigação, o Estado só poderia fazê-lo mediante a anuência do Congresso Nacional, e não apenas por simples decreto do Executivo.

Entretanto, esse entendimento exposto baseia-se na compreensão de que os tratados são sim denunciáveis, contudo abalizada doutrina entende que a denúncia é ineficaz ou impossível, a depender da qualidade de apenas materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais os tratados que se pretenda denunciar, esta é a compreensão de Mazzuoli (2005, p. 325):

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é tecnicamente possível (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República neste caso), mas totalmente ineficaz sob o aspecto prático, uma vez que os efeitos do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum do §3 do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria possível mas ineficaz, pois agora ela será impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.

Sendo assim, pode-se fazer uma indagação, se se considerar, conforme preconiza Mazzuoli, que não há qualquer maneira possível de afastar seu compromisso assumido através do rito do §3º, do art. 5º, quer no plano interno, quer no plano internacional, significando dizer que os tribunais internacionais aos quais se encontra submetido o Brasil, ou o acesso a esses tribunais, passariam a integrar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ou seja, se nem com a anuência do Congresso Nacional mediante quórum qualificado de emenda constitucional pode o Estado desengajar-se de seu compromisso no plano internacional, então esse engajamento deve de alguma forma ser um direito fundamental acobertado pela proteção das cláusulas pétreas.

Entretanto também se poderia colocar que não mediante a denúncia, mas por meio de uma emenda específica, o legislador poderia abrir um caminho para a desvinculação do Estado em relação a organismos internacionais, não havendo como cogitar estar diante de cláusula pétrea ou se tal emenda seria inconstitucional, e também haveria de passar pelo crivo de uma eventual proibição de retrocesso, isto tudo, claro, levando-se em consideração que a tese exposta por Mazzuoli venha a se tornar majoritária, e que os tratados aprovados mediante o procedimento exposto no §3º, do Art. 5º sejam impossíveis de serem denunciados em qualquer hipótese. Talvez essa questão não tenha despertado ainda muito interesse, pois muitas vezes os organismos internacionais são como na metáfora de Hobbes (2003, p. 143), “Pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém”, mas cada vez mais essas entidades devem buscar o equilíbrio, não pleiteando se tornar um superestado acima dos estados, nem aceitando impotentes o desrespeito de nações poderosas, e sim organismos capazes de criarem e guiarem uma primazia no respeito aos direitos humanos.

Antes de trabalhar a questão mais controversa acerca da hierarquia dos direitos humanos no direito brasileiro, cumpre relatar que, conforme expõe Sarlet (2013, p. 99), nada impede que o legislador evite todas essas problemáticas quanto à incorporação de tratados, e simplesmente opere, mediante emenda constitucional, a inserção no sistema interno de direitos

fundamentais do que estiver preconizado em qualquer tratado. Neste caso, obviamente, não mais se estará tratando de incorporação de tratados internacionais no direito interno, e sim de reconhecimento de direitos, tendo como base documentos internacionais, conforme aponta a doutrina constitucionalista. Isto não seria nenhuma novidade, uma vez que a extensa lista de direitos fundamentais contida na Constituição Federal é inspirada em diversos documentos internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica ou o *Bill of Rights*, da ONU (SARLET, 2013).

3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO.

Conforme já exposto neste trabalho, o §3º, do Artigo 5º, da Constituição Federal, inserido pela EC n. 45, de 2004, teve como objetivo resolver a questão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira. Uma vez observado o obrigatório procedimento esculpido no parágrafo em questão, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais passarão a integrar material e formalmente a Constituição brasileira, esta é a conclusão alcançada por expressiva doutrina, tanto no campo constitucional quanto internacional. Apenas para ilustrar, mencionamos Piovesan (2010, p. 43 – 110), Mazzuoli (2005, p. 303 – 329), Sarlet (2013, p. 101 – 109), Rezek (2011, p. 132 – 133), Lafer (2005, p. 14 – 18).

Entretanto, a maior problemática sempre se deu e continua a ser relevante quanto aos tratados aprovados por decreto legislativo mediante maioria simples, ou seja, segundo o rito anterior à EC 45/2004, neste caso, dentre as diversas teorias acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito interno brasileiro, talvez a que tenha maior aceitação da doutrina seja a de os posicionar como direitos de natureza materialmente constitucional. Dentre seus principais defensores, se encontra o internacionalista Antonio Augusto Cançado **Trindade**, que foi responsável pela proposta do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como José Joaquim Gomes **Canotilho** e Flávia **Piovesan**.

Partindo das palavras do próprio Trindade (1991, p. 631), vez que elaborou o parágrafo mencionado, temos o seguinte entendimento:

A novidade do art. 5º(2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avencei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Aponta o autor que a constitucionalização dos direitos humanos constantes de tratados internacionais vai ao encontro da proteção prevista pela Constituição Federal, tendo sido o parágrafo 2º do artigo 5º elaborado exatamente para não deixar dúvidas quanto ao caráter constitucional dos direitos previstos nestes tratados, a fim de lhes garantir proteção contra emendas ou até mesmo simples leis ordinárias que poderiam contrariá-los.

Assim, a Constituição teria conferido um status especial aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que não se confundiriam com demais tratados que versem sobre outras áreas do direito, tendo que passar por aprovação em forma de lei e podendo ser revogados, já aqueles que tratassem de direitos humanos estariam protegidos pela norma constitucional.

Entender em sentido contrário seria, na concepção de Piovesan (2012, p. 115), não conferir ao texto constitucional sua máxima efetividade, uma vez que não poderia se concluir por interpretação à norma constitucional que lhe retire ou diminua a razão de ser. Portanto, sobretudo em questões envolvendo direitos fundamentais, no entendimento da autora, deve haver a primazia da interpretação que maior confira efetividade ao preceito constitucional, colocando, o parágrafo 2º, do artigo 5º, os direitos humanos presentes nos tratados como norma constitucional, enquanto o parágrafo 1º do mesmo artigo os confere imediata efetividade.

Trindade (1997) expõe que por esta previsão constitucional os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se diferem dos tratados em geral: enquanto que para os demais tratados seria necessária a intermediação do Poder Legislativo na positivação de suas determinações, os Tratados sobre Direitos Humanos automaticamente passariam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e seriam imediatamente exigíveis.

Explica Piovesan (2012, p. 117) que apesar dos direitos humanos que constem unicamente de tratados não se encontrarem positivados na constituição, a própria constituição prevê a hierarquização destes direitos como norma constitucional; não fosse essa a interpretação correta, aponta a autora, ficaria sem sentido a previsão do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, a lição do autor português Canotilho (2001, p. 982), acerca do bloco de constitucionalidade material:

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, se forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Ou seja, para o constitucionalista português não poderíamos pensar em direito constitucional apenas a partir do texto positivado na Constituição, o bloco de constitucionalidade seria composto por todos aqueles direitos que decorressem de preceitos constitucionais, principalmente em se tratando de direitos humanos, quando a própria constituição prevê que deve se dar o entendimento mais favorável possível.

De certa forma, chega a ser incompreensível a possibilidade de se negar essa afirmação recém mencionada quanto à existência de um bloco de constitucionalidade mais amplo que o positivado na Constituição, uma

vez que é pacífico tanto em doutrina quanto em jurisprudência a existência de princípios e direitos fundamentais implícitos no texto constitucional, ou seja, não positivados expressamente.

Expõe Piovesan três categorias de direitos fundamentais previstos pela própria constituição: aqueles previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, todo o extensivo rol do artigo 5º; os previstos em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte; e, por fim, os direitos implícitos, que são aqueles subentendidos em meio às garantias constitucionais, ou que decorrem dos regimes ou princípios adotados pela constituição.

Dessa forma, os direitos humanos previstos em tratados internacionais não se confundiriam com os implícitos, uma vez que os primeiros possuem documento específico que bastaria ser examinado para ter sua apreensão, enquanto os implícitos obviamente poderiam ficar a cargo da interpretação, da mentalidade social de determinado momento, ou de diversos outros fatores, já que se trataria de um rol vago, elástico, subjetivo e, por fim, impreciso (PIOVESAN, 2012, p. 114)

Entretanto, este entendimento amplamente defendido pela doutrina nunca obteve sucesso nos tribunais superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que equiparou desde 1977 até 2008 os tratados internacionais às leis ordinárias. No Recurso Extraordinário número 80.004, de 1977, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, o STF veio a consolidar, por unanimidade, a paridade entre os tratados internacionais e as leis federais. Este caso versava sobre tema comercial, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que haveria a revogação de parte da Convenção de Genebra sobre títulos cambiais, conhecida como Lei Uniforme de Genebra, pelo decreto-lei 427/69 que regulava parte da matéria de maneira diversa. Assim, operava-se mera lei posterior derogando lei anterior, no caso, o decreto-lei posterior derogando o tratado internacional de direito comercial.

Conforme mencionado, o caso em questão não versava sobre direitos humanos, portanto sua disciplina não viria, em tese, a afetar a hierarquia dos tratados que são objeto do presente estudo, contudo,

o mesmo entendimento veio a ser transposto para as controvérsias envolvendo tratados internacionais de direitos humanos no julgamento do Habeas Corpus 72.131/RJ, de 22 de novembro de 1995, de relatoria do Ministro Moreira Alves (1995), sendo contundente no seguinte trecho:

[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescrever a Lei Fundamental da República [...].

Entenderam os ministros que jamais o tratado ou o direito internacional poderia limitar a competência outorgada pela própria Constituição Federal, sendo assim, o Pacto de São José da Costa Rica, que no entendimento do Supremo Tribunal Federal na época situava-se no mesmo nível de eficácia e autoridade de leis ordinárias internas, não poderia impedir a aprovação de legislação pelo Congresso Federal que viesse a obedecer à disposição da prisão civil do depositário infiel, contida no artigo 5º, inciso LXVII, da própria Constituição.

Dessa maneira, foi estendida a interpretação no STF de paridade entre lei ordinária e tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, sendo tal entendimento revisto somente com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, em que o STF alterou sua posição, passando a adotar a teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais.

Entendimento acerca de uma hierarquia diferenciada dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi elaborada no âmbito do STF inicialmente pelo Ministro Sepúlveda Pertence (2002), em sua atuação no julgamento do RHC 79.785-RJ, de novembro do ano de 2002, em que versava polêmica acerca da determinação do Pacto de São José da Costa Rica do duplo grau de jurisdição, tendo elaborado o seguinte voto:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – açados ao texto constitucional – se erigem em limitações

positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição.

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Sendo assim, o Ministro também inclui em seu voto que não confere prevalência frente à Constituição por parte dos tratados internacionais, portanto, não sendo favorável a aceitar a equivalência entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias, podendo apenas se colocar em posição de inferioridade frente à norma constitucional, mas de superioridade à lei ordinária, ou seja, o tratado internacional ocuparia um espaço intermediário, caracterizando o caráter supralegal.

Contudo, tal entendimento neste momento ainda era minoritário na corte suprema. Conforme mencionado anteriormente, a tese majoritária ainda era a da paridade entre tratados internacionais e lei ordinária, somente com o julgado do Recurso Extraordinário 466.343, de 2008, em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente alterou seu posicionamento quanto a esta questão da hierarquia dos tratados internacionais frente ao direito interno (MENDES, 2002).

O Recurso Extraordinário 466.343, que versava novamente sobre a prisão do depositário infiel, teve como mentor da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil o Ministro Gilmar Mendes (2010), que conceitua a supralegalidade da seguinte forma:

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

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

O ministro expõe que adquire seu raciocínio através da defesa de um Estado Constitucional Cooperativo. O ministro, ao elaborar este entendimento, aponta que o Estado Constitucional atual não pode ficar voltado apenas para si mesmo, e sim para a cooperação internacional. E entende que é exatamente neste contexto internacional que a coordenação se faz necessária na busca dos direitos humanos e fundamentais.

Além disso, entende que a própria Constituição Federal indica essa cooperação a nível internacional, quando estabelece a integração latino-americana no parágrafo único, do artigo 4º, bem como no próprio parágrafo 2º, do artigo 5º, que abre ao ingresso de outros direitos e o parágrafo 4º, que determina que o Brasil se submeta à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Por fim, Mendes (2010) aponta que tal entendimento a favor da supralegalidade é adotado também por diversos países ao redor do mundo, como a Alemanha, que detém previsão específica em sua Constituição, assim como a França e a Grécia, e o próprio Reino Unido, que, no entendimento do ministro, não demonstram mais o Estado como soberano absoluto, estando atento às transformações do direito internacional dos direitos humanos.

Neste sentido, se deu o voto do Ministro que veio a se tornar a atual jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, em que encontramos a menção da supralegalidade dos tratados, da seguinte forma:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais

de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art.1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). (MENDES, 2002)

Sendo assim, essa decisão acabou por alterar o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que desde 2008 vem decidindo neste sentido, conferindo hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos. Tal decisão incidentalmente também levou à edição da súmula vinculante n. 25, determinando que não haverá prisão civil do depositário infiel, enfatizando o posicionamento do STF por uma maior efetivação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e também no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça acabou por sumular a matéria em sua súmula n. 419.

Além dos diversos argumentos já apresentados sobre a melhor interpretação que conduza a uma compreensão dos tratados como materialmente constitucionais, a partir da leitura do §2º, do art. 52º, da Constituição Federal, também cabe destacar que Sarlet menciona que o argumento utilizado para assegurar a tese da supralegalidade pelo Ministro Gilmar Mendes, que fala que uma ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia levar a uma descontrolada e perigosa via para produção normativa, não seria um argumento que por si só poderia ensejar a supralegalidade, uma vez que, conforme colocado pelo autor, as eventuais distorções podem ocorrer até mesmo nos direitos consagrados na Constituição, e sua superação deve se dar pela aplicação das diretrizes hermenêuticas adequadas (SARLET, 2013, 105 – 106).

Retornando enfim ao status constitucional atribuído pelo §3º, do Art. 5º, da CF, um último problema a ser analisado é o levantado por Mazzuoli (2005, p. 323), o qual defende que a aprovação mediante o rito estabelecido, neste caso, levaria à hierarquia material e formal constitucional dos direitos inscritos no tratado, podendo implicar em

uma situação pior em comparação à hierarquia meramente material, uma vez que a equivalência às emendas poderia levar o tratado a ser declarado inconstitucional.

Tal argumento entende-se difícil de prosperar por diversos motivos, em primeiro lugar, como já exposto anteriormente, a aprovação mediante o rito trazido pela emenda constitucional 45 traz diversos benefícios, o principal sendo a resolução da questão da hierarquia, que como recém trabalhamos ainda é posta pelo STF como supralegal para os tratados aprovados antes da emenda. Além disso destaca-se a questão da ampliação da legitimidade democrática dos tratados, a sua normatividade reforçada e, no mínimo, um fortalecimento dos argumentos contra a possibilidade de denúncia dos tratados, esses benefícios expostos ao longo do trabalho em si já servem para demonstrar que não se pode cogitar que seja pior a situação em que um tratado venha a ser aprovado pelo rito do §3º, do art. 5º, da CF.

Além disso é uma questão lógica, por menor que seja a força conferida às características formais por uma teoria, e por mais que se busque privilegiar a materialidade, não há como argumentar que algo que é materialmente constitucional se encontra em posição superior a um direito que seja material e formalmente constitucional. Conforme também já foi exposto, Piovesan (2012, p. 114) menciona que o bloco de constitucionalidade material sempre se torna algo vago e incerto, e como Sarlet (2013, p. 103) menciona, a presunção de materialidade opera as normas formalmente constitucionais. Não há como entender que não se torna mais robusta a proteção ao direito que se encontra de forma material e formal na Constituição.

O argumento apresentado por Mazzuoli (2005, p. 324) seria de que a norma de direito internacional que se tornasse formalmente constitucional poderia ter um âmbito de proteção menor e, neste sentido, diminuir a proteção constitucional sobre determinado direito, o que levaria à declaração de inconstitucionalidade; no caso da norma apenas materialmente formal ela ainda perduraria, uma vez que apenas se buscaria

a primazia da norma mais favorável, mas se realmente a Constituição Federal outorga um grau de proteção mais elevado é difícil vislumbrar alguma situação em que a norma que seria declarada inconstitucional (caso estivesse presente também no plano formal) fosse invocada para resguardar algum direito.

Além disso, pode-se pensar que mesmo que a norma internacional ofereça um grau de proteção menor em relação à norma de direito fundamental positivada na constituição, ela não necessariamente deverá ser declarada inconstitucional, já que por um outro ângulo ela sempre estará aumentando o âmbito de proteção, uma vez que pelo menos na parte à qual a norma se destina a proteger ela estará invocando também a proteção de uma instância internacional, que não poderia ser invocada se houvesse apenas um direito fundamental não condicionado à jurisdição de qualquer tribunal internacional (SARLET, 2013). Ou seja, perante o direito interno, a norma mais protetiva continuará com sua plena eficácia, mas caso não haja um atendimento do direito pela jurisdição interna, a norma menos protetiva internacional ainda pode servir como uma última salvaguarda daquilo que o Estado houver se obrigado perante a jurisdição internacional. Partindo-se desta lógica, a ampliação formal dos direitos fundamentais da constituição, por meios tratados internacionais, estará sempre ampliando o âmbito de proteção, mesmo que seja apenas por meio da criação de mais instâncias para as quais o indivíduo poderá pleitear estes direitos.

4 CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do trabalho, as questões envolvendo os tratados internacionais de direitos humanos ainda seguem apresentando diversos problemas não resolvidos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme diversos autores, como Mazzuoli (2005, p. 318) e Sarlet (2010, p. 94) expõem, ao defenderem que o legislador poderia ter sido mais satisfatório na elaboração da emenda constitucional 45 em relação ao §3º, do Art 5º, da CF, de forma a resolver essas questões.

Entretanto deve-se trabalhar com o que se tem, e no caso é o que a doutrina vem tentando fazer, apresentar resposta para as diversas questões que surgem sobre a relação entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno. O objetivo do presente trabalho portanto foi, em primeiro lugar, apresentar como a doutrina vem resolvendo essas questões, sobre a obrigatoriedade de se ater ao novo rito estabelecido pelo §3º, do Art. 5º, e também sobre a possibilidade ou não de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, e a grande problemática sobre a hierarquia destes tratados no direito interno.

Conforme exposto ao longo do trabalho, ao buscar uma compreensão sistemática do direito, ou seja, não enxergando apenas o §3º, do Art. 5º de forma isolada, e sim de forma afinada com o §1º e com o §2º, além dos fundamentos e princípios constitucionais, uma significativa doutrina sempre defendeu, até mesmo antes da emenda, a inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos em um bloco de constitucionalidade material.

Tal problemática sobre a hierarquia, como apresentado, diz respeito àqueles tratados aprovados antes da emenda. Após a emenda (se utilizado o rito do §3º), entende-se ter havido um consenso, estando acobertados de materialidade e formalidade constitucional, mas isto não impede outros problemas, como a questão envolvendo a possibilidade de denúncia destes tratados, que continua não tendo uma resposta definitiva, a obrigatoriedade de obediência ao rito para incorporação de tratados, trazido pela emenda 45/2004, que se apresentou como a resposta mais coerente para esta problemática, além de eventuais argumentos sobre eventual inconstitucionalidade do §3º, do artigo 5º, que se entende não ser a melhor opção.

Sendo assim o objetivo principal foi demonstrar que mesmo que não se tenha respostas prontas para todas estas questões é possível tentar filtrar as respostas possíveis por meio de uma compreensão sistemática do direito, enxergando o direito como uma unidade, hierarquizada axiologicamente, e buscando encontrar respostas pela Constituição, e não apenas por pré-compreensões do intérprete.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo. Malheiros. 2014.

BARBOSA, Joaquim. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3**. Voto-Vista. Disponível:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22.11.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 29.12.1977.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131/RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 22.11.1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 79.785**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 22.11.2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo. Saraiva. 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1. ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 22

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra. 2001.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs. Única resposta correta. *In: Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo. Malheiros. 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis/RJ. Vozes. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 10. ed. Petrópolis/RJ. Vozes. 2018

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo. Martins Fontes. 2003.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo. Método. 2005

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro. Elsevier. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3 do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista da Ajuris**. v. 32. n. 98. Porto Alegre. Junho de 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 6. ed. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo. Notas sobre as relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Controle de Convencionalidade**. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013.

SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. *In*: NEVES, Marcelo (Org.). **Transnacionalidade do Direito**. São Paulo. Quartier Latin. 2010. p. 81.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 11. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça**. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04. São Paulo. Saraiva. 2005.

Andrei Ferreira Fredes

Doutorando em regime de cotutela internacional pela Universidad de Granada (UGR) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Especialista em Direito Público

Professor de Hermenêutica Jurídica e Direito Constitucional
Advogado