

**A realização cooperativa dos Tratados de Direitos Humanos:  
Uma análise do artigo 5º §§2º e 3º da Constituição Federal de 1988.**

Stefania Dib Crippa<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo foi realizado como parte das atividades desenvolvidas na disciplina de Estado Constitucional Democrática, ministrada pelo Professor Marcos Augusto Maliska. Visa abordar as principais características do Estado Constitucional Cooperativo, assim como a realização cooperativa dos Tratados de Direitos Humanos, e utilizando a cooperação como base, analisar a Constituição Federal e os Direitos Humanos, através do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Carta Constitucional.

**ABSTRACT:** This article was conducted as part of activities in the discipline of Democratic Constitutional State, conducted by the teacher Marcos Augusto Maliska. Aims to approach the main characteristics of the Constitutional Cooperative State, also the cooperative implementation of the Human Rights agreements, using cooperation as a basis, the Brazilian Federal Constitution and the Human Rights, through the Article 5, paragraphs 2 and 3 of the Constitutional Charter.

**ZUSAMMENFASSUNG:** Dieser Artikel wurde als Teil der Aktivitäten in der Disziplin des demokratischen Rechtsstaats, orientierte von Professor Marcos Augusto Maliska. Zielt darauf ab, die wichtigsten Eigenschaften der kooperativen Staat Verfassung, und die gemeinsame Umsetzung der Verträge der Menschenrechte, und mit der Zusammenarbeit als Unterstützung, die Bundes-Verfassung und Menschenrechte, Artikel 5, Absätze 2 und 3 der Verfassung.

**Palavras-Chave:** Estado Cooperativo Constitucional, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Constituição Federal de 1988.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional nas Faculdades do Brasil – Unibrasil; Graduada em Direito pela Universidade Paulista – UNIP; Graduada em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

## Introdução

Este artigo propõe-se a caracterizar o Estado Constitucional Cooperativo, conforme proposta de Peter Haberle, demonstrar como ocorre a realização cooperativa dos tratados de Direitos Humanos, e qual a importância dos Direitos Humanos nos Estados Cooperativos.

Na seqüência, analisar-se-á os Direitos Humanos no Brasil, conforme a Constituição Federal de 1988, enfatizando os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta. O parágrafo 2º e sua proposta de abertura internacional. Na mesma vertente, o parágrafo 3º, sua inserção através da Emenda Constitucional 45/2004, quais as mudanças provenientes desta inovação e qual o papel que tal dispositivo representa para a inserção de tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

### 1. O Estado Cooperativo Constitucional

O Estado cooperativo Constitucional é uma proposta desenvolvida por Peter Haberle no final da década de 70. Tal autor percebeu que o Estado Constitucional ocidental, livre e democrático não é imutável. Isso porque a medida que se desenvolvem os conceitos de Direitos Fundamentais, sociais e culturais também se modifica o Estado Constitucional. Com isso o Estado Constitucional do Direito Internacional adentrou num período de entrelaçamento das Relações Internacionais. Esse período é marcado pela textura aberta, tanto para dentro quanto para fora. E garantida principalmente pela democracia pluralista, direitos fundamentais e por um Poder Judiciário independente.<sup>2</sup>

Devem ser compreendidos conjuntamente os aspectos ideal-moral e sociológico econômico, de forma teórico-estatal. Com isso, a cooperação deve fazer parte do Estado Constitucional, na prática, e também previsto em documentos constitucionais.<sup>3</sup>

O Estado Constitucional Cooperativo preocupa-se consideravelmente com outros Estados, instituições internacionais e supranacionais, assim como dos cidadãos estrangeiros, e ainda, realiza-se jurídica e politicamente.<sup>4</sup> O Estado Cooperativo

---

<sup>2</sup> HABERLE, P. **Estado Constitucional Cooperativo**, Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 2

<sup>3</sup> Op. Cit. HABERLE, p. 3

<sup>4</sup> Idem. HABERLE, p. 6

apresenta-se como certa forma de reação interna do Estado Constitucional Ocidental livre e democrático á mudança do Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação<sup>5</sup>.

E ainda, no que se refere a explicar o Estado Cooperativo, este não coloca como prioridade nem o Direito Internacional, nem o Constitucional, o que ele observa são as relações recíprocas que ocorrem entre ambos, de maneira que o direito interno e externo caminham juntos, e assim, crescem.<sup>6</sup>

Frisa-se que a cooperação não pode ser descrita ou catalogada definitivamente, isso iria contrariar sua abertura e espontaneidade, por isso pode-se dizer que ela possui alto grau de variação. Essa variedade se dá porque cada país possui características específicas que influem na cooperação.<sup>7</sup>

Haberle cita em sua obra as linhas que conduzem ao caminho da cooperação, em suma pode-se dizer que a abertura para as Relações Internacionais; o potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo de realização internacional; e a solidariedade estatal de prestação, isto é, disposição de cooperação para além fronteiras, apoio ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, etc; seriam as linhas de condução para se chegar ao Estado Cooperativo<sup>8</sup>

## **2. A realização cooperativa dos Direitos Fundamentais**

A realização cooperativa dos Direito Fundamentais é apresentada como uma reação automática do Estado Cooperativo Constitucional, ela se coloca como tarefa desse Estado.

É basicamente função, segundo Haberle, “nas suas relações externas de criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material processual dos direitos fundamentais para estrangeiros e apátridas entre si”.<sup>9</sup> No

---

<sup>5</sup> Ibidem. HABERLE, p. 10

<sup>6</sup> Ibidem. HABERLE, p. 12

<sup>7</sup> Ibidem. HABERLE, p. 14

<sup>8</sup> Op. Cit. HABERLE, p. 70

<sup>9</sup> Idem. HABERLE, p. 66

entanto, vale ressaltar que não há receitas e fórmulas de patente, nem para os Direitos Fundamentais isoladamente, nem para as suas formas de aplicação.

E ainda, a defesa jurídica dos Direitos Humanos é um lado, mas não o único da liberdade do Direito Fundamental que o Estado Constitucional Cooperativo baseia-se para guiar sua atuação. Consoante Haberle, “a esta se acrescentam outros lados do Direito Fundamental”.<sup>10</sup> Atividades de Direitos Humanos praticadas no âmbito interno, são igualmente importantes para a cooperação efetiva dos Direitos Humanos.

Situando o Estado Cooperativo no sistema brasileiro, o ilustre professor Marcos Augusto Maliska, explica que a Constituição aberta de 1988, a qual reconhece decisões, no caso, o art. 4º inciso VII da CF brasileira e normativas internacionais, aqui, o art. 4º inciso II e parágrafo único da CF brasileira, insere problemas jurídicos para o direito constitucional. O que se percebe é um direito constitucional cooperativo em substituição ao direito constitucional nacional. “Esse seria aquele direito constitucional que desconhece como área de atuação sua as normativas internacionais e está essencialmente vinculado a uma concepção de Constituição como ordem jurídica fundamental fechada do Estado Nacional”.<sup>11</sup>

O direito constitucional nessa visão, tem problemas para compreender certas normas da Constituição de 1988, exemplo disso encontramos no art. 5 § 2º, o qual visa a abertura internacional do sistema de direitos fundamentais. O mesmo autor completa: “A Constituição Brasileira de 1988 fez uma opção pelo Estado Constitucional Cooperativo e necessita de um Direito Constitucional cooperativo que dê conta dessa opção”.<sup>12</sup>

A análise do futuro do Estado Constitucional, partindo da proposta do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle mostra-se como basilar para a reflexão da inserção do Direito Constitucional Brasileiro no plano do Direito Constitucional Internacional.

Assim, os objetivos aqui propostos caminham pelos princípios norteadores do Estado Constitucional brasileiro, tais como o art. 3º, I, da Constituição Federal, isto é, no plano interno, alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, no plano

---

<sup>10</sup> Ibidem. HABERLE, p.67

<sup>11</sup> MALISKA, M. A. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>.p. 7021

<sup>12</sup> Op. Cit. MALISKA, p.7022

interno do Estado Constitucional Democrático. E no plano externo, art. 4º, II, V,VI,IX, da CF, políticas que privilegiem a prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, enfim, a cooperação entre os povos para um desenvolvimento mundial.

### 3. Os Direitos Humanos e a Constituição de 1988

Nos anos 70 o Brasil apresentava uma posição incoerente nesta matéria, visto que no plano externo mantinha uma imagem de país protetor e defensor desses direitos. Contudo, no plano interno constatavam-se violações básicas e elementares quanto à dignidade da pessoa humana, nas mais diversas áreas. Ocorreu neste período o Brasil uma pressão vinda dos Estados Unidos, que caracterizava o país como antidemocrático e anti-direitos humanos<sup>13</sup>.

Após os anos de regime militar ditatorial, que perduraram de 1964 à 1985 iniciou-se o processo de democratização do país. A transição democrática foi lenta e gradual, e permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Verificando-se a necessidade de elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social, surgindo assim a Constituição Federal de 1988.

Esta carta instaurou o regime democrático no Brasil, introduzindo também um enorme avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais de setores vulneráveis da sociedade brasileira.

Como observa José Afonso da Silva, “É a primeira vez que uma constituição assinala especificamente objetivos do Estado brasileiro, não todos, o que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”<sup>14</sup>.

Estas transformações internas de Direitos Humanos tiveram repercussão no âmbito internacional, pois serviram como medida de esforço para que os direitos humanos entrassem como assunto indispensável na agenda internacional do país.

---

<sup>13</sup> LOUREIRO, S.M.S. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte:Del Rey, 2004.p. 24-26.

<sup>14</sup> SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros LTDA, 2002 P. 93.

Como já afirmado, a Carta Constitucional de 1988 constitui um marco jurídico da transição ao regime democrático e da inserção dos direitos fundamentais. Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Flavia Piovesan afirma que toda constituição deve ser compreendida como uma unidade que privilegia determinados valores sociais, e a Carta de 88 elege a dignidade da pessoa humana. Inclusive eleva os direitos e garantias fundamentais como cláusula pétrea. Prevê, além dos direitos individuais, os direitos coletivos e difusos – aqueles pertinentes à determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um<sup>15</sup>.

Ressalta-se que os direitos e garantias fundamentais possuem uma força expansiva refletindo-se a toda área constitucional, sendo utilizado como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

Esta foi, na realidade, a primeira constituição que guiou o Brasil no cenário internacional, pois em seu artigo 4º determina que o Brasil se rege nas relações internacionais pelos seguintes princípios: independência nacional (inciso I), prevalência dos direitos humanos (inciso II), autodeterminação dos povos (inciso III), não intervenção (inciso IV), igualdade entre os Estado (inciso V), defesa da paz (inciso VI), solução pacífica dos conflitos (inciso VII), repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII), cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX), e concessão de asilo político (inciso X). Firma-se assim este artigo, como um símbolo da reinserção do Brasil no cenário internacional.

Importante observar que as Constituições anteriores à de 1988, no que se refere às relações internacionais, eram bastante limitadas, já que asseguravam apenas valores de independência e soberania do país. Como explica Celso Lafer, “na experiência brasileira, o Império cuidou da independência e da preservação da unidade nacional e a Republica, tendo consolidado as fronteiras nacionais, afirmou a vocação pacífica do

---

<sup>15</sup> PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.p. 57

país, reconhecendo progressivamente a importância da cooperação internacional para a preservação da paz”<sup>16</sup>.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 rompe com a sistemática das anteriores sendo uma total inovação, isso porque “consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos”<sup>17</sup>.

A supremacia dos Direitos Humanos como princípio no país vai além do processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a imposição dessas regras a ordem jurídica brasileira, mas no dever de manter uma posição contrária aos países que desrespeitam esses direitos.

Outra inovação da Carta está no modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, isto é, um sistema de integração entre as normas de direito constitucional e as normas de direito internacional sobre Direitos Humanos. Este seria um dispositivo que determina que, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano interno e externo, está o da promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho as constituições devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de meta-normas (estratégias internacionais, pressões consertadas) e normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais). Com a globalização internacional dos problemas verifica-se que as constituições devem manter sua identidade política e cultural, porém articulando com outros direitos. Antigamente os referenciais se encontravam nas conquistas territoriais, colonização e interesse exclusivamente nacional, atualmente os estados visam construir estados democráticos de direito sociais e ambientais no plano interno e estados abertos no plano externo<sup>18</sup>.

O constitucionalismo global ultrapassa apenas as relações entre Estados e passa a ter um novo paradigma, nas relações estado / povo, devido à necessidade de um direito

---

<sup>16</sup> LAFER, C. prefácio do livro de Pedro Dellari, **Constituição e relações exteriores**, São Paulo, Saraiva, 1994. P. 27-28.

<sup>17</sup> Op. Cit., PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed, p. 63.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. 6ª. Ed. Revista. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.p. 18.

internacional dos Direitos Humanos e supremacia da dignidade humana como primordial de todos os constitucionalismos. A ordem constitucional contemporânea tem como elemento base a abertura à normatização internacional, visto que o poder constituinte criador de constituições está longe de ser um sistema autônomo.

#### **4. O artigo 5º §2 da Constituição Federal**

Conforme tal dispositivo, os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado, ou dos tratados internacionais que a república federativa do Brasil seja parte” (art. 5º §2º).

Percebe-se no dispositivo acima a natureza materialmente constitucional dos Direitos Fundamentais, prestigiando a hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais. Dessa forma, os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos assumem hierarquia constitucional, visto que, preenchem e complementam o catálogo de Direitos Fundamentais previsto pelo texto constitucional<sup>19</sup>.

Vale abordar, Piovesan citando Canotillho: “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de 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”.<sup>20</sup>

As diretrizes e linhas básicas estabelecidas pela Constituição são retrato do caráter aberto da Carta, ela apresenta-se como incompleta, propositalmente, o que permite a flexibilização do sistema, indispensável para um desenvolvimento político do Estado Cooperativo Constitucional.

Retornando à interpretação do artigo em questão, observa-se que todas as normas jurídicas devem ter função útil no ordenamento, dessa maneira, nenhuma norma Constitucional pode ser interpretada de maneira que lhe diminua ou retire a razão de ser. A partir do princípio da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe proporcione maior

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 54-55.

<sup>20</sup> Op. Cit. PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. Ed, p. 55



eficácia. Isso ocorre indubitavelmente no que se refere a normas de Direitos Fundamentais, garantindo-lhes a máxima efetividade.<sup>21</sup>

Antes da Emenda Constitucional que inseriu o parágrafo 3º no artigo 5º, pode-se afirmar com convicção que o parágrafo 2º da Carta de 1988, tinha condições de igualar os tratados de direitos humanos às normas constitucionais, tanto que tal posição era defendida por inúmeros e renomados juristas.

O raciocínio seria que, se não pode haver exclusão dos direitos previstos nos tratados, é porque tais direitos, mesmo que contrariem outros já constantes originariamente na Constituição, são aplicáveis, desde que sejam mais benéficos. Isto significa que, podem preponderar sobre o Texto Constitucional. Se isso não é a mesma coisa que emendar a constituição, não se pode imaginar o que mais o seja.

Esse parágrafo (2º) trata-se de cláusula aberta que favorece consideravelmente a ampliação da esfera de proteção jurídica do ser humano. Permite-se a criação e o melhoramento dos direitos humanos, mas não o contrário. Por isso, o preceito em si é uma garantia fundamental.

Vale ressaltar que o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, representou um retrocesso. Isso porque a redação ofende a potencialidade do parágrafo 2º do mesmo artigo, ao não positivar algo que já estava positivado.

Este artigo defende a posição de que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com observância ao princípio da prevalência da norma mais favorável é interpretação conforme a ordem Constitucional de 1988, assim como sua racionalidade e principiologia.<sup>22</sup> Acredita-se que a essa escolha do Constituinte de 1988 ocorreu devido ao caráter especial e diferenciado dos Direitos Humanos, que possuem superioridade no plano internacional.

## **5. A Emenda Constitucional n.45 e o artigo 5º §3 da Constituição Federal**

No dia 8 de dezembro de 2004, a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário foi aprovada e promulgada, surgindo a Emenda Constitucional nº 45. O texto

---

<sup>21</sup> Op. Cit. PIOVESAN. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. Ed, p. 59

<sup>22</sup> Op. Cit. PIOVESAN. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. Ed, p. 64

entrou em vigor no dia de sua publicação, 31 de dezembro de 2004, ressalvado o prazo de 180 dias para ser implantado o Conselho Nacional de Justiça e o do Ministério Público.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, modificou o artigo 5º da Constituição Federal, trouxe uma nova redação ao seu parágrafo 3º dispondo que à medida que ‘os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’.

Os antigos tratados já aprovados por decreto legislativo, sobre direitos fundamentais, restarão com força de lei ordinária, sendo que para conseguirem o "status" de emenda, terão que passar pelo novo processo legislativo (3/5). Todavia parte da doutrina (inclusive a defendida neste artigo) já entendia que a redação do próprio art.5º, § 2º, já denotava que os tais tratados teriam "status" de norma constitucional, sendo prescindível a reforma. Contudo, prevaleceu a opinião do STF.

O que nos parece é que o Constituinte Derivado, nesse ponto, veio tratar de tema que parecia resolvido no Supremo Tribunal Federal, mas que continuava conflituoso no campo doutrinário, qual seja: o status hierárquico das normas internacionais de direitos humanos dentre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro. Desta maneira, ressurgiu essa antiga questão, devendo sofrer nova análise com base na interpretação imposta pelo preceito inserido de nossa Constituição.

Antes da entrada em vigor desta Emenda, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre a hierarquia dos tratados em relação ao Direito Interno, sendo dada a posição de que os tratados internacionais têm eficácia de lei ordinária, não podendo tratar de norma referente à lei complementar, nem ser contrária à esta ou à norma Constitucional.

Importante citar a Professora Flávia Piovesan, uma das doutrinadoras que se posicionou contra a decisão do STF, justificando que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes de acordos ou tratados internacionais", e que, as normas e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88).

Assim, a partir da previsão desta emenda, todos os tratados aprovados conforme ordena a emenda, serão equivalentes às emendas constitucionais, conforme anteriormente já defendido pela prof<sup>a</sup>. Flávia Piovesan, ou seja, terão eficácia de norma

constitucional, e de acordo com o § 1º da Constituição Federal, terão aplicação imediata, não dependendo de nenhuma outra lei ou decreto para entrar em vigor ou ter validade<sup>23</sup>.

De qualquer maneira, com a mudança continuou havendo a negociação, a assinatura pelo Presidente da República, a aprovação<sup>24</sup> pelo Congresso Nacional da matéria a ele submetida, ratificação do Tratado pelo Presidente da República, não havendo a necessidade de publicação de Decreto Presidencial para que o mesmo entre em vigor nos casos de tratados sobre Direitos Humanos (conforme art. 5º, § 1º) e havendo necessidade de publicação de decreto presidencial para dar eficácia ao tratado nos demais casos.

Faz-se pertinente alguns questionamentos sobre a nova previsão: Qual será o tratamento ofertado aos tratados de direitos humanos anteriores a provável alteração? Porque não serão tais tratados alcançados pela inovação e se terá uma alarmante diferenciação para instrumentos com a mesma natureza. Entretanto, faz-se necessário repensar na redação proposta, pois tal como está trará problemas futuros. Caso contrário, restaria repensar o fenômeno da recepção para mudança de status dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores, da mesma maneira que se deu com o Código Tributário Nacional, que foi gerado a partir de um processo legislativo previsto para Lei Ordinária, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi recebido como Lei Complementar. Desta forma, confirmou-se a dúvida a respeito do nível hierárquico das convenções de direitos humanos ratificadas anteriormente à EC 45. E por fim, estaria confirmado o grau infraconstitucional destas normas, que somente seriam "constitucionalizadas" por meio do procedimento mais rigoroso ali previsto? Ou já estariam recepcionadas como normas constitucionais?

A função primordial da Emenda Constitucional 45 foi confirmar que os tratados internalizados pelo Brasil por meio do processo comum teriam hierarquia infraconstitucional. Porém surge a possibilidade de recepção de tais tratados por meio do processo mais rigoroso referente às emendas constitucionais, quando nesse caso, teriam a graduação equivalente à da Carta. O sistema de incorporação de tratados estaria

---

<sup>23</sup>Op. Cit. PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. Ed, p. 76.

<sup>24</sup> Por três quintos dos membros de cada casa em dois turnos de votação – matéria sobre Direitos Humanos para que tenha hierarquia constitucional - ou maioria simples nos demais casos

divido em dois, a hierarquia normativa seria determinada pelo processo adotado.

Sendo assim, a EC 45 ao inserir o parágrafo 3º no artigo 5º aboliu essa possibilidade de interpretação, restringindo a liberdade que antes havia na Constituição e que certamente se concretizaria mais cedo do que se imagina, considerada a renovação. E isso o legislador constituinte derivado não poderia fazer, por ser-lhe vedado pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta da República.

O texto originário da Constituição comportava interpretação que igualasse a hierarquia dos tratados de direitos humanos à das normas constitucionais, tanto que vários juristas defendiam esta idéia. O Supremo, no entanto, não compartilhava deste entendimento, e atribuía às mencionadas convenções o nível de normas infraconstitucionais. Tais controvérsias certamente foram impulsionadores da inovação trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, que, efetivamente, cerceou qualquer possibilidade de o referido entendimento doutrinário vir a vingar.

Analisando o texto incorporado à Lei Fundamental leva à conclusão de existência duma faculdade, não dever, para as Casas Parlamentares, que poderão ou não proceder de modo a prestigiar o diploma internacional com a altura hierárquica constitucional. Conforme a Constituição, verbis: " § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Observe-se que pronome relativo "que" introduz oração subordinada adjetiva restritiva, e não explicativa. Por isso deve-se entender que não são todos os "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos" que "serão equivalentes às emendas constitucionais", mas apenas os que "forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros". Logo, pelo método gramatical de interpretação, o Constituinte Derivado consentiu com a existência "alguns" tratados internacionais com valor de emenda constitucional. Há portanto duas possibilidades, o Congresso Nacional detém faculdade sobre o tema; e decorrente disso há discricionariedade.

Na verdade, pode se dizer conforme a interpretação básica, que não haveria sentido em submeter um documento normativo a um quorum especial de votação se houvesse o dever de aprová-lo.

Convém citar outras vertentes relevantes. A primeira delas conforme o entendimento de Francisco Rezek é que o Estado-tratadista, a partir de declarada sua vontade de

participar a um acordo internacional, fica obrigado perante o Direito Internacional a tomar todos os cuidados para que sejam válidas e eficazes, em sua ordem jurídica interna, as normas dispostas na convenção. “Se não procede dessa forma, comete ato ilícito e deve se responsabilizar por ele”.<sup>25</sup>

O segundo ponto abordado trata do princípio da dignidade humana, que apresenta-se como um dos fundamentos da República, os direitos humanos são meios para alcançar esse fundamento, e a inexistência de norma concreta que tutele um dos aspectos da dignidade, diminuindo o grau de sua eficácia jurídica, pode ser considerada uma inconstitucionalidade.

Enfim, as novas disposições constitucionais dada pela Reforma do Judiciário não alteraram a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sustentando-se a incorporação automática das mesmas. Isso segundo entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos.

Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do quorum exigido pelo art. 60, §2º), fique a incorporação do mesmo no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República.<sup>26</sup>

Como exemplo prático e questão atual, não há como olvidar o voto do ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343-SP, relator ministro Cezar Peluso, j. 22.11.06, o qual concebe os tratados internacionais de Direitos Humanos como direito supralegal. A Emenda Constitucional 45/04 (Reforma do Judiciário) autoriza que tenham status de emenda constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no parágrafo 3º do artigo 5º da CF.<sup>27</sup>

O ministro afirma que os tratados de direitos humanos incorporam-se no direito interno brasileiro de três maneiras: (a) como Emenda Constitucional (artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição) ou (b) como direito supralegal (voto do ministro Gilmar

---

<sup>25</sup> REZEK. J. F. **Direito Internacional Público – Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96.

<sup>26</sup> Op. Cit. PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed, p.75

<sup>27</sup> GOMES. LUIZ FLAVIO; MAZZUOLI. VALÉRIO DE OLIVEIRA. **Tratados de direitos humanos: nível supralegal**. Revista Juristas. 27 de maio de 2007. Disponível em: [http://www.juristas.com.br/a\\_2698~p\\_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal](http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal). Acesso em 30/05/2009.

Mendes) ou (c) como direito constitucional (posição doutrinária)<sup>28</sup>. A relação entre as três posições manifesta-se: “os tratados de Direitos Humanos com status supralegal, ou seja, estão hierarquicamente acima do direito ordinário”.

Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem<sup>29</sup>.

E ainda, com a inserção do § 3º no art. 5º na Constituição formaram-se duas categorias de tratados de Direitos Humanos “a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de Direitos Humanos são materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal<sup>30</sup>.

Entende-se então, que a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 não altera, nem retira a efetividade potencial dos direitos fundamentais, se adotada a concepção monista no caso concreto. Essa solução dogmática impede que a realização dos direitos humanos esteja condicionada a procedimentos formais. Para tanto, somente concorre a atuação do magistrado, retirando da norma constitucional, no caso concreto, o máximo de efetividade, através da necessária contextualização.

Essa tese reforça a idéia no sentido de que as normas de direitos e garantias fundamentais expressas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil podem e devem ser aplicadas no caso concreto, não necessitando de referendado do Congresso Nacional, que, em última instância, pode permanecer omissa, impedindo a

---

<sup>28</sup> “A primeira possibilidade vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A segunda foi sustentada no voto supracitado do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, relator ministro Cezar Peluso, j. 22 de novembro de 2006, ainda não concluído). A terceira emana de uma forte corrente doutrinária (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, L. F. Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país”.

<sup>29</sup> Op. Cit. GOMES. LUIZ FLAVIO. Disponível em: [http://www.juristas.com.br/a\\_2698~p\\_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal](http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal). Acesso em 30/05/2009.

<sup>30</sup> Op. Cit. PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. Ed, p.77

complementação do iter procedimental para a incorporação desses tratados<sup>31</sup>.

### Conclusão

Após análise dos pontos objetivados, percebe-se que a medida que se desenvolvem os conceitos de Direitos Fundamentais, sociais e culturais também se modifica o Estado Constitucional. Com isso o Estado Constitucional do Direito Internacional adentrou num período de entrelaçamento das Relações Internacionais. Esse período é marcado pela textura aberta, garantida principalmente pela democracia pluralista e pelos direitos fundamentais, tais pressupostos são características do Estado Constitucional Cooperativo, presente na Constituição Federal de 1988.

Na seqüência, abordou-se a realização cooperativa dos Direitos Fundamentais, a qual é apresentada como uma reação automática do Estado Cooperativo Constitucional, ela se coloca como tarefa desse Estado.

Posteriormente o presente estudo tratou da Constituição Brasileira de 1988, demonstrou de que maneira a Constituição prevê dos Direitos Humanos. Visto que esta constitui um marco de transição ao regime democrático, e da inserção dos direitos fundamentais, privilegia como valor social a dignidade da pessoa humana.

Por fim, analisou-se os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, identificou-se a supremacia e prevalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pois a partir da ratificação de um Tratado Internacional ele deve ser respeitado como qualquer outra norma, independente de direitos formalmente fundamentais ou materialmente fundamentais.

E ainda, mostrou-se a hierarquia entre Tratados e a Legislação Brasileira, e que aqueles estão no mesmo patamar das normas constitucionalizadas. Nesta parte do artigo abordou-se a Emenda 45/04 e as mudanças provenientes dela, que se apresentam como tema polêmico devido à controvérsia existente entre os §'s 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, expondo alguns aspectos teóricos relevantes para a compreensão das possíveis soluções dogmáticas construídas nas interpretações dos referidos artigos.

---

<sup>31</sup>LOPES, S.S. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006. Coord: Fredie Didier Jr; Edvaldo Brito; José Casali Bahia. p. 287

### Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. 6ª. Ed. Revista. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

HABERLE, P. **Estado Constitucional Cooperativo**, Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAFER, C. prefácio do livro de Pedro Dellari, **Constituição e relações exteriores**, São Paulo, Saraiva, 1994.

LOPES, S.S. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006. Coord: Fredie Didier Jr; Edvaldo Brito; José Casali Bahia.

LOUREIRO. S.M.S. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MALISKA, M. A. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2009.

MALISKA, M. A. **Estado e Século XXI – A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. (cap. V)

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009

REZEK. J. F. **Direito Internacional Público – Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros LTDA, 2002.