



INCORPORAÇÃO
E APLICABILIDADE
DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS
SOBRE DIREITOS
HUMANOS
NO BRASIL

**ALYSSON MAIA
FONTENELE**

D'PLÁCIDO
EDITORA

INCORPORAÇÃO E APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

ALYSSON MAIA FONTENELE



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Alysson Maia Fontenele
Copyright © 2017, Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Bárbara Rodrigues da Silva
(Sob imagem de Arquivo Nacional da Torre do Tombo)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



D'PLÁCIDO
EDITORA

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

FONTENELE, Alysson Maia
Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre Direitos
Humanos no Brasil -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-466-8

1. Direito 2. Direito Internacional I. Título II. Direito

CDU341

CDD 341.1

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948).

Dedico este trabalho à minha mãe, Eurídice Maia Fontenele, pelo sonho vivido desde sempre comigo de me formar mestre, e também a minha filha Ana Clara, pela luz que irradia sobre mim a cada novo dia da minha existência.

AGRADECIMENTOS

Todo agradecimento e gratidão merecem ser ditos. Nesta jornada, as pessoas que me apoiaram foram tantas que, certamente, serei injusto nesta nominata. Ainda assim, arrisco-me nesta tarefa, por puro sentimento de que sem elas nada disso teria sido possível.

Início reconhecendo a importância fundamental da Universidade Federal do Acre e da Universidade Federal de Santa Catarina para a minha formação acadêmica e pelo trabalho de excelência na formação jurídica em nosso país.

Agradeço à Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que me proporcionou tantas alegrias, aprendizado, e, ainda, a felicidade de viabilizar a publicação desta obra.

Agradeço ao meu pai, Pedro, que mesmo distante certamente se orgulha deste filho também tão ausente.

Na geografia do meu afeto habitam aqueles que me apoiam mesmo quando nem eu mesmo sei se serei capaz. Alissandra Brasil, Marijone Pinheiro, Márcio Saturnino, Heliana Marinho, Ilaine Pagliarini, Alexandre Vasconcelos e Domingos Santana, muito obrigado por sempre acreditarem em mim e por seguirmos juntos.

Aos colegas Edson Ferreira Carvalho, David Wilson de Abreu Pardo, Pedro Francisco da Silva; aos professores do

curso de Direito da minha valorosa Universidade Federal do Acre; aos colegas do curso de mestrado, Danilo, Vinícius, Simone, Rodrigo, Lindinalva, Célia, Luciano, Caterine, Sammy, Marcus Vinícius, Patrícia, Daniel, Késia e Leonardo.

Agradeço aos professores da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial à professora Cecília Caballero, minha orientadora, por terem deixado o conforto de seus lares e as belezas da ilha para virem ao Acre compartilhar ensinamentos e nos despertar para novos horizontes não só do Direito, mas também da vida.

Agradeço ao Observatório Boaventura de Sousa Santos, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pelo acolhimento e ensinamentos.

Por fim, agradeço a Deus, por colocar ao meu lado essas pessoas tão especiais e por não permitir que se apague em mim a esperança, o amor, a luta pela igualdade e pelo respeito às diferenças, em busca de uma vida melhor e de um mundo mais justo, cada vez mais respeitoso quanto aos direitos do outro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO	19
1.1. Noções introdutórias.....	19
1.2 As etapas históricas na afirmação dos Direitos Humanos.....	21
1.2.1. Primeiro momento histórico: o reino davídico, a democracia ateniense e a república romana.....	22
1.2.2. Segundo momento histórico: Baixa Idade Média e a Magna Carta.....	24
1.2.3 Terceiro momento histórico: século XVII - o Habeas Corpus e o Bill of Rights.....	26
1.2.4 Quarto momento histórico: a independência americana e a revolução francesa.....	28
1.2.5 Quinto momento histórico: as declarações sociais.....	32
1.2.6 Sexto momento histórico: a internacionalização dos Direitos Humanos.....	34

1.3 A positivação dos Direitos Humanos.....	39
1.3.1 Corrente Jusnaturalista.....	40
1.3.2. Corrente Positivista.....	41
1.3.3 Corrente Realista.....	42
1.4. Delimitação Conceitual dos Direitos Humanos.....	45
1.4.1 Ambigüidade da expressão ‘Direitos Humanos’.....	45
1.4.2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	47
1.4.3. Os Direitos Humanos e outros conceitos afins: direitos naturais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos individuais e liberdades públicas.....	49
1.5 Características dos Direitos Humanos	53
1.6. Os Direitos Humanos e o pluralismo cultural.....	55
1.7. Classificação dos Direitos Humanos.....	58

2. AS RELAÇÕES ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO NO BRASIL COM ENFOQUE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....

2.1 Noções introdutórias.....	67
2.2. Os Tratados Internacionais.....	69
2.2.1 Conceito.....	69
2.2.2 Classificação	71
2.2.3 Elementos essenciais.....	73
2.2.4 O Treaty-making Power.....	75
2.2.5. A ratificação dos Tratados.....	77
2.3. Teorias sobre a relação entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno.....	83
2.3.1 Teoria Dualista.....	85

2.3.2 Monismo com prevalência do Direito Interno.....	91
--	----

3. O NOVO CENÁRIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004.....117

3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos Tratados de Direitos Humanos como normas dotadas de status constitucional.....	117
3.2. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e a construção de um modelo aberto de proteção dos Direitos Humanos.....	120
3.3 O nível hierárquico dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil.....	128
3.3.1 O caráter legal.....	129
3.3.2. O caráter supralegal.....	133
3.3.3 O caráter constitucional.....	134
3.4. O novo § 3º do art. 5º e sua relação com a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos.....	145
3.5 Fase do processo de celebração dos Tratados para aplicação do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988.....	152
3.6. Equivalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos com as Emendas Constitucionais após a entrada em vigor do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.....	155
3.7 Aplicação imediata dos Tratados de Direitos Humanos	162
CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

A idéia da consagração formal de direitos mínimos do ser humano e a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana têm sido, em grande parte, fruto da dor física e do sofrimento moral que, a cada grande surto de violência, acabam por fazer com que os homens recuem, diante das atrocidades cometidas e de explorações aviltantes, fazendo com que neles nasça a consciência quanto à necessidade de novas regras que conduzam uma vida mais digna para todos.

Os Direitos Humanos surgem, assim, como aspiração política de cidadania, a serem conquistados no campo da política, para que possam ser efetivados socialmente. No centro dessa tensão está o Direito, que pode servir a uma ou outra perspectiva, de acordo com os interesses do sistema político e também à luz dos valores que o condicionam no ordenamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) possibilitou a abertura do sistema jurídico pátrio à ratificação de vários tratados internacionais protetivos dos Direitos Humanos que, por sua vez, agregam novos direitos e garantias fundamentais àqueles já constantes do texto expresso da Carta Magna. A doutrina, por sua vez, sempre defendeu que esses tratados, uma vez ratificados, têm

índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, empregando como principal argumento o disposto no § 2º do art. 5º, na medida em que afirma que “os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acabou por introduzir ao art. 5º o confuso § 3º, prevendo que os referidos tratados equivalerão às emendas constitucionais se aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por 3/5 dos membros. A interpretação desse novo dispositivo, se efetuada fora do contexto sistemático e dissociada dos embates históricos acerca do verdadeiro significado jurídico dos Direitos Humanos, pode conduzir a situações absurdas, aptas a gerar retrocessos no entendimento sobre a hierarquia constitucional das normas decorrentes de tratados internacionais sobre Direitos Humanos no Brasil.

Feitas essas considerações, tem-se que o objetivo desta dissertação é confirmar o *status* constitucional das normas oriundas de tratados internacionais sobre Direitos Humanos, sua conseqüente aplicabilidade imediata e utilização como norma de parâmetro interpretativo, independentemente do processo de formalização a que se refere o § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº45/2004. Para tanto, serão empregados neste estudo o método indutivo de abordagem e o método monográfico de procedimento, utilizando como técnica de pesquisa a consulta à documentação indireta, com ênfase nas fontes secundárias.

A dissertação foi estruturada em três capítulos, sendo que no primeiro será apresentada a delimitação conceitual dos Direitos Humanos, a partir da análise de sua evolução histórica, de suas características, classificação e das teorias que informam o seu estudo (jusnaturalista, positivista e

realista), a fim de identificar, ao final, qual o real significado da expressão e o conteúdo que ela encerra, diferenciando-a de outros termos, como ‘direitos fundamentais’, ‘direitos naturais’ e ‘liberdades públicas’.

No capítulo seguinte, serão identificadas as fases do processo de formação e integração dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, assim como estabelecidas as relações entre esses tratados e o Direito Interno, à luz das teorias acerca dos conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Para tanto, serão analisados os principais pontos do monismo, defendido por Kelsen e Verdross, assim como do dualismo de Triepel e Anzilotti, sem olvidar, ainda, o posicionamento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir da possibilidade de conflito entre a norma interna e a de Direito Internacional, será discutida a questão da hierarquia constitucional das normas oriundas dos tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, diferenciando-as sob os aspectos material e formal, independentemente do *quorum* e do processo de aprovação introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com vistas a estabelecer, ao término, uma proposta sistemática de interpretação que, conciliando os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, possa conduzir à máxima efetividade da proteção jurídica dos Direitos Humanos no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) possibilitou a abertura do sistema jurídico pátrio à ratificação de vários tratados internacionais protetivos dos Direitos Humanos que, por sua vez, agregam novos direitos e garantias fundamentais àqueles já constantes do texto expresso da Carta Magna. A doutrina, por sua vez, sempre defendeu que esses tratados, uma vez ratificados, têm índole e nível constitucional, além de aplicação imediata, empregando como principal argumento o disposto no §2º do art. 5º, na medida em que afirma que “os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-466-8



9 788584 254668