

1. PÓS-DOUTOR EM DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA COMPARADA. BRASIL Y ESPAÑA/DHPCBE/USAL. DOUTOR EM DIREITO/UMS. DOCENTE DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS NAS FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS/FMU.

<http://lattes.cnpq.br/2912325147480783>

Recebido: abril de 2019

Aprovado: dezembro de 2019

Procedimento de incorporação dos tratados internacionais de Direitos humanos em perspectiva comparada: Brasil e Espanha

PROCEDURE FOR THE INCORPORATION AND HIERARCHICAL POSITIONING OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: BRAZIL AND SPAIN

Emerson Penha Malheiro

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como o seu posicionamento hierárquico e a inserção de normas protetivas no sistema jurídico brasileiro e internacional, avaliando sua validade e aceitação internas e no cenário das relações exteriores. Como metodologia de pesquisa houve análise bibliográfica e comparação baseada nas obras jurídicas consultadas entre os sistemas brasileiro e espanhol, trazendo a importância das normas para a efetividade dos direitos, bem como a sua presença para a troca de informações. Conclui-se pelo reconhecimento da existência dos tratados e a necessidade de normas específicas como fator de maior proteção.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito internacional público. Tratados internacionais. Procedimento de incorporação. Posicionamento hierárquico.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the procedure for incorporating international human rights treaties, as well as their hierarchical positioning and the insertion of protective norms into the Brazilian and international legal system, evaluating their validity and internal acceptance and in the foreign relations scenario. As a research methodology, there was a bibliographic analysis and comparison based on the legal works consulted between the Brazilian and Spanish systems, bringing the importance of norms for the effectiveness of the rights, as well as their presence for the exchange of information. It concludes by recognizing the existence of treaties and the need for specific rules as a factor of greater protection.

Keywords: Human rights. International public law. International treaties. Incorporation procedure. Hierarchical positioning.

PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL

A incorporação de um tratado no Brasil insere-o no ordenamento jurídico, mediante regras que serão especificadas a seguir, fazendo com que as suas normas produzam efeitos no território nacional.

“Conquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja igualmente composto de outras fontes formais, para além dos tratados, são elas utilizadas ainda de modo muito incipiente pelos juristas nacionais, oferecendo-se ademais desprezível a quantidade de decisões judiciais apoiadas em costume internacional ou em princípios gerais quanto a direitos humanos.” (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 270).

Assim sendo, é muito importante analisar os métodos de ratificação dos tratados internacionais e sua evolução.

MÉTODOS DE RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA EVOLUÇÃO

A ratificação é um ato administrativo unilateral em que o Estado,

pessoa jurídica de direito internacional público, convalida a assinatura previamente consignada no tratado e consente, de forma cabal, os encargos internacionais acordados.

Uma vez ratificado, o tratado produz efeitos no cenário jurídico interno do Estado e o obriga no plano internacional.

A ratificação de um tratado há de ser, necessariamente, expressa, não se podendo falar na sua existência na hipótese de silêncio, pois não se admite ratificação tácita.

A ratificação é necessária para evitar erro, dolo, coação ou qualquer outro vício na celebração do tratado e também porque é essencial a participação de mais um poder fiscalizando o texto.

Observando-se a classificação dos tratados segundo o procedimento, é perceptível a existência de ratificação apenas na modalidade *stricto sensu*, que possui duas fases internacionalmente distintas.

No “acordo executivo”, não se pode falar da hipótese em apreço, pois é cediço que a simples assinatura do representante do Estado já concede validade e vigência tanto no plano interno

quanto na dimensão internacional.

No Brasil, cabe ao Congresso Nacional aprovar o tratado e ao Presidente da República ratificá-lo, na forma dos arts. 49, I e 84, VIII, ambos da Constituição Federal.

Conforme preleciona Abreu Dallari (2003, p. 89), “A vinculação do Brasil a tratado internacional é decisão que depende, portanto, do concurso de dois Poderes: o Executivo e o Legislativo.”

Inicialmente, é essencial destacar que um tratado internacional pode ter diversas denominações, tais como acordo, ajuste, convenção, declaração, estatuto, protocolo. Essa variedade de nomes não guarda relação com o teor substancial de um tratado, já que ele pode cuidar de diversos assuntos.

Também é importante lembrar que, no Direito Internacional, não existe qualquer hierarquia entre os tratados.

“Dada a sua dimensão e complexidade, a matéria relativa às normas de direito internacional que regulam a celebração, interpretação e aplicação de convenções internacionais justifica um tratamento autónomo, à margem das restantes fontes de direito internacional” (MACHADO, 2006, P. 293).

Partindo de tais pressupostos, resumidamente, é possível analisar as principais fases do procedimento de incorporação e tratados internacionais no

ordenamento jurídico brasileiro.

De início, o Presidente da República, após a assinatura do tratado por ele (Chefe de Estado e/ou Governo) ou por qualquer dos demais representantes legitimados (Plenipotenciário, Delegação Nacional, Ministro das Relações Exteriores), envia ao Congresso Nacional uma cópia do instrumento, em versão oficial, acompanhada de uma mensagem, requerendo sua aprovação.

A seguir, o Congresso Nacional recebe. É certo que “Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário.” (REZEK, 2005, 65).

A Câmara dos Deputados, então, vota. Aprovando, há seguimento para o Senado. Caso contrário, não se dá continuidade e não haverá ratificação, comunicando-se o fato ao Presidente da República.

Uma vez aprovado pela Câmara dos Deputados, o Senado, igualmente, analisará e colocará em votação. Se aprovado, compete ao Presidente do Senado Federal, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, promulgar decreto legislativo.

“O decreto legislativo, portanto, contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil.”

(MORAES, 2005, p. 616).

No caso de recusa, não se concede prosseguimento, não havendo a edição de decreto legislativo, e não existirá ratificação, transmitindo-se a informação ao Presidente da República.

Assim, é correto afirmar que o Congresso Nacional apenas resolve definitivamente sobre um tratado internacional quando o rejeita.

Destaque-se que o quórum para aprovação dependerá da hierarquia que se concede ao tratado no direito interno: se cuidar de direitos humanos e possuir *status* de norma supralegal (decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP), considerar-se-á aprovado por maioria simples, na medida do art. 5º, § 2º da Constituição Federal; se cuidar de direitos humanos e possuir *status* de Emenda constitucional, a aprovação será considerada se obtiver, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros, na medida do art. 5º, § 3º da Constituição Federal; se cuidar de outros assuntos e possuir *status* de lei ordinária (decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE), considerar-se-á aprovado por maioria simples.

O Presidente da República, então, mediante a edição de decreto presidencial, promulga o tratado, publicando seu texto

no *Diário Oficial da União*.

É nesse instante que a norma inserida no ordenamento jurídico brasileiro adquire executoriedade interna. Assim sendo, é nesse momento que se considera o tratado incorporado ao direito brasileiro.

É de bom alvitre salientar que o decreto legislativo não obriga o Presidente da República a ratificar, já que essa é uma conduta conexa ao seu poder discricionário.

Imagina-se que, se o Poder Executivo remeteu o texto do tratado para o Congresso Nacional, é porque tinha a intenção de ratificá-lo.

Todavia, ele poderá não fazê-lo, seja porque o tratado não mais serve aos interesses nacionais, seja porque já houve a execução integral do seu objeto, ou por qualquer outro motivo.

CARACTERÍSTICAS DA RATIFICAÇÃO

A ratificação é ato que possui as características de discricionariedade, unilateralidade e irretratabilidade.

Discricionariedade porque é praticado de acordo com critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, pois o Poder Executivo tem a faculdade de ratificar, ou não, um tratado internacional. A assinatura consignada quando do término das negociações significa somente a manifestação do consentimento em

relação ao corpo textual, não se configurando numa obrigatoriedade de ratificação.

“A ratificação é ato discricionário. De fato, a dinâmica das relações internacionais pode fazer com que um acordo que era interessante para um Estado à época de sua assinatura não mais o seja posteriormente. Nesse sentido, ratificar um ato internacional contrário ao interesse nacional feriria, no caso brasileiro, o próprio compromisso feito pelo Presidente da República por ocasião de sua posse, quando prometeu ‘promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil’ (CF, art. 78, *caput*), (PORTELA, 2015, p. 105).

Unilateralidade porque é ato de competência do Estado-parte, que não se submete à imposição de nenhum sujeito internacional.

Irretratabilidade porque após a ratificação não é possível o seu desfazimento. A anulação do ato não se coaduna com a realidade, pois é destituída de sentido, exceto se o tratado dispor de maneira diversa, hipótese difícil de se configurar no caso concreto.

“Regra geral, a participação de um Estado num tratado é realizada sob reserva de ratificação, o que significa que a assinatura do instrumento por si só, não tem o poder de engajar definitivamente o Estado naquele dado tratado. Para que o engajamento definitivo ocorra, é

necessário que depois de assinado pelos plenipotenciários seja o tratado (em princípio) submetido à apreciação e aprovação do Poder Legislativo, antes da formalidade derradeira da ratificação, que é sempre levada a efeito pelo Chefe do Poder Executivo, a quem compete a representação externa do Estado.” (MAZZUOLI, 2015, P. 246).

HOMOLOGAÇÃO PARA VALIDADE E INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

No Brasil, o artigo 105, inciso I, alínea “i”, Constituição Federal dispõe:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

Assim, o tratado internacional não precisa de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal para ter validade e vigência em nosso território. A exigida homologação apenas é necessária para sentenças estrangeiras.

No caso de confronto aparente entre uma regra do direito interno e um dispositivo enunciado em tratado internacional de tutela dos direitos humanos, deverá prevalecer a regra mais benéfica à pessoa, considerando que os

tratados em apreço constituem um parâmetro protetivo mínimo.

“Os direitos humanos não podem ser empregados para eliminar direitos ou para justificar a inobservância de um direito. É nesse sentido que, diante do conflito entre duas normas de direitos humanos, deve ser aplicada aquela que melhor proteja a dignidade humana, consagrando o princípio da primazia da norma mais favorável. Ainda nesse sentido, os direitos humanos devem ser sempre interpretados de modo a que suas normas sejam concretizadas com a máxima eficácia possível. É o ‘princípio da norma mais favorável ao indivíduo’, também conhecido como ‘princípio da norma mais favorável à pessoa’ ou do ‘princípio da norma mais favorável’.” (PORTELA, 2015, p. 804).

Igualmente denominado princípio “pro homine”, é consagrado pelo artigo 5.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e reiterada na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além disso, na interpretação e aplicação dos tratados e instrumentos de direitos humanos, prima o elemento do “interesse público” comum e superior, com todas as consequências jurídicas que daí advêm.

Isso acontece porque os direitos humanos orientam-se pela tutela dos interesses difusos e coletivos

“O destino natural de uma regra de direito é ser aplicada às relações sociais

para as quais foi estabelecida. Como não podem prever antecipadamente todas as situações concretas que forem submetidas ao seu poder, os autores desta regra deverão proceder mediante disposições gerais. Em consequência, a formulação de qualquer norma jurídica realiza-se, necessariamente, por diversos graus, através da abstracção e da conceptualização. Se este método se impõe e se oferece, para mais, garantias sérias contra as discriminações, mesmo involuntárias, cria em contrapartida uma tarefa suplementar para os que estão encarregados da função de aplicação do direito.” (DINH ET AL, 2003, p. 258)

É importante destacar que é cada vez mais habitual que os Estados interpretem seus direitos à luz das declarações universais.

“As Constituições portuguesa e espanhola exigem que a interpretação se dê em consonância com os textos internacionais.” (TAVARES, 2015, p. 405).

POSICIONAMENTO HIERÁRQUICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A PRIMAZIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a Constituição Federal é não só a lei fundamental, como também suprema do Estado.

“Não se tolera a produção de norma contrária à Constituição, porque isso seria usurpar a competência do poder constituinte. Este, sim, passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem – por ser o fruto do poder constituinte originário.” (MENDES, 2015, p. 48).

E ela é assim considerada porque a sua natureza é normativa e, assim sendo, nas palavras de Paulo Hamilton Siqueira Junior, “É uma norma jurídica e sua essência é organizacional, fundamental e fundante.” (SIQUEIRA JUNIOR, 2007, p. 12).

Desse modo, a Carta de Outubro reina absoluta no nosso ordenamento, devendo ter preferência sobre qualquer disposição convencional, conforme será analisado no item abaixo do presente artigo.

“A determinação do conteúdo da norma cogente de direito internacional é grande questão a ser enfrentada.” (ACCYOLI, 2012, 139).

É de se destacar que, como regra, o tratado só será considerado como norma a ser seguida no sistema brasileiro, se for aceito e inserto no ordenamento pelas vias próprias e seguindo o procedimento adequado.

A PROBLEMÁTICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na condição de validade e vigência no território nacional, “a norma advinda do tratado ou convenção internacional, uma vez internalizada, ocupa posição hierárquica de lei ordinária”. (RIZZATO NUNES, 2002, p. 85).

Os tratados internacionais

ingressam no ordenamento interno com o caráter de norma infraconstitucional, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro (*RTJ* 83/809 e *Inf.* 73/STF – *DJ*, 30.05.1997), podendo, por conseguinte, ser revogados (*ab-rogação* ou *derrogação*) por norma posterior e ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou difusa. (LENZA, 2009, p. 196)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão da hierarquia dos tratados no direito interno, em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, e concluiu pelo seu *status* de legislação ordinária. (PIOVESAN, 2006, p. 61).

Em 2001, o Supremo Tribunal Federal reiterou sua posição e, portanto, os tratados estão submetidos à Constituição Federal.

A decisão foi dada durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.480, que contestava a adoção da Convenção

158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que protege o trabalhador contra demissões arbitrárias.

“A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Carl Heinrich Triepel” (MELLO, 2004, p. 131), que em 1899 estabeleceu sua doutrina.

A conclusão é por demasiada absurda, pois viola de maneira categórica o disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que dispõe acerca da supremacia do Direito Internacional sobre o direito interno.

Ademais, um problema maior pode ser verificado: se o tratado internacional possui a mesma hierarquia de lei ordinária, isso significa que, sob o aspecto temporal, tratado internacional posterior pode revogar lei ordinária interna anterior. No entanto, o inverso também é verdadeiro: lei ordinária interna posterior poderá fazer com que um tratado internacional anterior venha a perder sua eficácia no plano interno.

Há doutrina moderna aduzindo que os tratados estão localizados hierarquicamente logo abaixo da Constituição Federal, como uma espécie *sui generis*. No entanto, cuida-se de posição minoritária que, infelizmente, não prevalece.

Foi um grande equívoco do Supremo Tribunal Federal equiparar o tratado à lei ordinária, pois ele é resultado

de um compromisso nas relações exteriores, enquanto ela é uma consequência de deliberação ocorrida no direito interno.

POSICIONAMENTO HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os tratados internacionais sobre direitos humanos têm um tratamento especial.

Inicialmente, observe-se o disposto no § 3º (acrescido pela Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004) do art. 5º da Constituição Federal, que expressamente estatui: “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.”

Nesse aspecto, pode-se recordar o Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, que, com força de Emenda Constitucional, aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Desse modo, é possível verificar que “a Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao direito internacional público em matéria de

direitos humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana”. (LAFER, 2005, p. 82)

Uma vez aprovado pelo quórum qualificado exigido pelo dispositivo *retro* e também pelo art. 60, § 2º da Constituição Federal, o tratado “terá *status* de emenda e, portanto, será considerado hierarquicamente superior à lei ordinária” (AMARAL, 2006, p. 59).

Sendo assim, os tratados internacionais de direitos humanos não poderão perder a eficácia por lei ordinária posterior no ordenamento jurídico brasileiro. E nem mesmo por outra emenda constitucional, pois compõem direitos e garantias fundamentais, em conformidade com o art. 5º, § 2º da Carta de Outubro.

Ora, se os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas no corpo da Constituição Federal, conforme estatui seu art. 60, § 4º, também o são quando estão fora dele.

Assim também ocorre com os tratados sobre direitos humanos que não foram aprovados com o quórum qualificado, ou que são anteriores a dezembro de 2004 (data da edição da Emenda Constitucional 45).

“O Supremo Tribunal Federal, por 5 □ 4, em 3.12.2008, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, decidiu que os tratados e convenções

internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.” (LENZA, 2009, p. 198).

E ainda é importante ressaltar:

“Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do depositário infiel (como, por exemplo, o art. 7º, 7, do *Pacto de São José da Costa Rica*, o art. 11, do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, a *Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana*), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos.” (LENZA, 2009, p. 198).

Também nesse sentido se encontra a Súmula Vinculante n. 25, de 16 de dezembro de 2009, que possui o seguinte teor: “É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

Nunca é demais também lembrar que na hipótese de conflito entre uma norma do direito interno e um dispositivo enunciado em tratado internacional de proteção dos direitos humanos, merece prevalecer a regra mais benéfica à pessoa, considerando que os tratados de direitos humanos constituem um parâmetro protetivo mínimo.

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em apertada síntese, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum ou da época de sua aprovação, pertencem ao “bloco de constitucionalidade”, sendo considerados como cláusulas pétreas.

“Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. [...] todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem 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.” (PIOVESAN, 2006, p. 74).

Assim sendo, está consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que, no ordenamento jurídico brasileiro, as convenções internacionais ocupam o mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias, com exceção dos tratados que definem direitos humanos, pois se obedecerem somente ao disposto no art. 5º, § 2º, CF serão equivalentes às normas supralegais (acima de todas as

regras do ordenamento jurídico brasileiro, mas logo abaixo da Carta Magna) e se seguirem também o disposto no art. 5º, § 3º, CF serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Os tratados sobre direitos humanos apenas materialmente constitucionais poderão ser objeto de denúncia (mas somente em razão de nova regra mais benéfica ao ser humano, em respeito ao princípio da proibição do regresso, também chamado vedação do retrocesso), o que não poderá ocorrer naqueles que são, ao mesmo tempo, material e formalmente constitucionais.

PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NA ESPANHA

A CONCEPÇÃO DE TRATADO INTERNACIONAL NA ESPANHA

A Constituição Espanhola dedica o capítulo III do título III (arts. 93 a 96) às fontes que regulam as relações do Estado com outros sujeitos de direito internacional, ou seja, os tratados internacionais.

Desde a perspectiva do direito estatal, interessa conhecer como se produz a incorporação destas normas no direito interno, e uma vez incorporadas, que eficácia jurídica tem e qual é a sua relação com as categorias restantes do sistema de fontes.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO ESPANHOL

Diferentemente do que acontece no sistema brasileiro, a incorporação das normas contidas nos tratados internacionais ao direito interno espanhol se produz de forma automática, sem que seja necessário um ato interno de transformação ou de execução, como se deduz do artigo 96.1 da Constituição Espanhola: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamento interno.”

A validade dos tratados depende de sua concordância com as regras de celebração dos tratados, tanto internacionais como às constitucionais internas.

E essa regra também é válida para os tratados internacionais de direitos humanos.

A esse propósito, é importante salientar que na Espanha “La expresión derechos humanos señala e identifica todo um conjunto de instrumentos cuya finalidad es proteger, promocionar y promover la libertad y la igualdad de todos los seres humanos.” (MEDINA, 2016, p. 282).

A adoção dos tratados pelo Estado espanhol se produz no momento em que ele manifesta o seu consentimento para obrigar-se internacionalmente e, conforme o artigo 63.2 da Constituição Espanhola,

aquele que formalmente tem a legitimidade para manifestá-lo é o Chefe de Estado.

Para ser válida, esta intervenção precisa da posterior confirmação do Presidente do Poder Executivo ou do Ministro das Relações Exteriores, conforme estabelece o art. 64 da Constituição Espanhola.

Desse modo, o tratado vinculará as partes que o assinaram desde a sua entrada em vigor e estará a Espanha obrigada internacionalmente.

Ainda na forma do art. 96.1 da Constituição Espanhola, os tratados serão vinculantes no âmbito interno somente após sua publicação oficial.

Por outro lado, a ausência de publicação de um tratado não pode ser alegada como justificativa de seu descumprimento.

Do conjunto desses preceitos pode-se deduzir que são contrários à Constituição Espanhola os tratados internacionais secretos.

Além do já citado art. 96, o artigo 10.2 da Constituição Espanhola se refere à especial recepção interna dos tratados internacionais relativos a direitos humanos ratificados pela Espanha.

Por mandado desse preceito, tanto esses tratados internacionais como sua interpretação pelos organismos internacionais competentes constituem um critério de interpretação dos direitos fundamentais reconhecidos na

Constituição Espanhola.

“Com ello, el contenido internacional de los derechos humanos se integra en el ámbito de protección de los derechos fundamentales y adquiere rango constitucional.” (JANÉ, 2016, p. 393).

Deste modo, é relevante salientar que os tratados relativos a direitos humanos que forem ratificados pela Espanha são normas internas e de *status* infraconstitucional, conforme o artigo 96 da Constituição. No entanto, se eles forem utilizados como critério para interpretação das normas sobre direitos fundamentais, possuem *status* constitucional, conforme o artigo 10.2.

O PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL PARA A CONCLUSÃO E A RETIRADA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ESPANHA

O PROCEDIMENTO DE CONCLUSÃO

Os artigos 93, 94.1 e 94.2 da Constituição Espanhola, em função de critérios materiais ou formais, articulam três procedimentos para manifestar o consentimento estatal a um tratado internacional.

A estes três procedimentos, o artigo 95.1 do texto constitucional estabelece um limite: não podem ser celebrados tratados internacionais que contenham estipulações contrárias à Constituição Espanhola, a não ser que

previamente se proceda a sua reforma.

a) Os tratados do artigo 93 da Constituição Espanhola

O procedimento estabelecido no artigo 93 da Constituição Espanhola permite a conclusão de tratados que suponham uma transferência do exercício de competências derivadas da Constituição a uma organização ou instituição supranacional.

Trata-se de uma transferência de competências legislativas, executivas e judiciais, mas não de uma transferência de soberania.

A Constituição Espanhola aceita a integração como uma categoria jurídica singular ao reconhecê-la de forma autônoma e separada de seu artigo 93, e habilita o legislador orgânico para, em primeiro lugar, atribuir a uma instância supranacional o exercício de determinadas competências constitucionalmente reguladas a um novo titular, as instituições da União Europeia, e a conseqüente renúncia do Estado a seu exercício; e em segundo lugar, para aceitar automaticamente, no âmbito interno, os atos e normas ditados por este novo titular supraestatal.

O artigo 93.2 da Constituição Espanhola determina que “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos

internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

b) Os tratados do artigo 94.1 da Constituição Espanhola

De acordo com o artigo 94.1 da Constituição Espanhola, o fornecimento do consentimento do Estado para ser vinculado através de tratados ou acordos exigirá autorização prévia das Cortes Gerais, nos seguintes casos:

a) Tratados de natureza política.

b) Tratados ou acordos de natureza militar.

c) Tratados ou acordos que afetem a integridade territorial do Estado ou os direitos e deveres fundamentais.

d) Tratados ou acordos que envolvam obrigações financeiras para o Tesouro público.

e) Tratados ou convênios que suponham modificação ou derrogação de alguma lei ou exijam medidas legislativas para a sua execução.

c) Os tratados do artigo 94.2 da Constituição Espanhola

Em conformidade com o artigo 94.2 da Constituição Espanhola, a conclusão das demais espécies de tratados internacionais deverá ser imediatamente comunicada ao Congresso e ao Senado pelo Governo.

O PROCEDIMENTO DE RETIRADA

Conforme dispõe o artigo 96.1 da Constituição Espanhola, para derrogar um tratado, modificá-lo, suspê-lo ou denunciá-lo, deve-se seguir ou as normas contidas no próprio tratado ou nas regras gerais de direito internacional.

Assim sendo, um tratado somente pode ser modificado, derrogado ou suspenso pela vontade acordada dos Estados que foram parte dele.

Reconhece-se também a denúncia, que é uma forma de término unilateral por parte de um Estado, e para o qual se deve utilizar o mesmo procedimento de aprovação que é previsto no artigo 94 da Constituição Espanhola.

O POSICIONAMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

Os tratados internacionais estão subordinados à Constituição Espanhola, o que deriva da sua condição de norma suprema.

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS

O artigo 95 da Constituição Espanhola estabelece a necessidade de que o tratado se ajuste ao marco constitucional.

Assim, estabelece que “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a

la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

Para salvaguardar a supremacia da Constituição Espanhola, existem dois procedimentos: o controle prévio de constitucionalidade dos tratados e o controle de constitucionalidade dos tratados já vigentes.

a) O controle prévio de constitucionalidade dos tratados

O controle prévio de constitucionalidade se produz pela iniciativa do governo ou de qualquer das câmaras.

“Conforme al artículo 157 del Reglamento del Congreso de los Diputados, será el Pleno del Congreso, a iniciativa de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los diputados, quien dirija la petición al Tribunal Constitucional; em el Senado, la iniciativa corresponde a un grupo parlamentario o a veinticinco senadores (art. 147 RS).” (JANÉ, 2016, p. 396).

O requerimento se formulará durante a tramitação do texto do tratado, quando definitivamente fixado, mas antes da manifestação do consentimento do Estado.

Durante o período de espera da resolução, se suspende a tramitação de tal manifestação.

Este tipo de controle prévio é um mecanismo singular, pois a sua finalidade

não é apenas impedir a conclusão de normas internacionais contrárias à Constituição Espanhola, mas também indicar a via idônea para incorporar internamente um tratado.

b) O recurso e a questão de inconstitucionalidade

Um tratado internacional em vigor pode ser impugnado tanto pela via de um recurso, quanto por uma questão de inconstitucionalidade.

Se o Tribunal Constitucional vier a declarar a inconstitucionalidade de um tratado, isso não o tornaria nulo, mas seria considerado inaplicável, pois a nulidade de um tratado só pode se fundamentar em causas previstas no direito internacional.

Desse modo, a não aplicação do tratado no âmbito interno poderia trazer as consequências derivadas da responsabilidade internacional do Estado por descumprimento das obrigações contraídas.

CONCLUSÃO

No Brasil, os tratados internacionais são equivalentes às leis ordinárias, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004/SE.

Já os tratados de direitos humanos, se aprovados na forma do art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira, serão equivalentes às normas supralegais, em

consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343-1/SP.

Se os tratados de direitos humanos obedecerem ao disposto no art. 5º, §3º da Constituição Federal Brasileira, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Por outro lado, relação entre as leis e todas as espécies de tratados no cenário jurídico espanhol é complexa, pois o recurso às regras de competência ou de hierarquia não são suficientes para explicar a sua posição no sistema de fontes.

Tradicionalmente, se tem sustentado a primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno, a partir da redação do artigo 96 da Constituição Espanhola que prevê que as disposições de um tratado somente podem ser derogadas, modificadas ou suspensas de acordo com as normas gerais de direito internacional.

Como consequência, argumenta-se que os tratados no somente tem força ativa de lei, mas tem resistência sobre as leis posteriores.

De qualquer maneira, se trata de uma superioridade ou primazia particular: uma lei não pode derogar e nem modificar um tratado em vigor e uma lei contrária a um tratado não é nula, mas inaplicável, pois o tratado prevalece sobre ela.

A razão fundamental para esta relação entre os tratados e as leis é que os diplomas convencionais, apesar de

integrarem-se no ordenamento interno, não perdem a sua qualidade de normas de origem supraestatal regidas pelo ordenamento internacional e qualquer modificação neles deverá seguir-se de acordo com as normas das relações exteriores.

Finalmente, é relevante salientar que os tratados relativos a direitos humanos que forem ratificados pela Espanha são normas internas e de *status* infraconstitucional, conforme o artigo 96 da Constituição Espanhola. No entanto, se eles forem utilizados como critério para interpretação das normas sobre direitos fundamentais, possuem *status* constitucional, conforme o artigo 10.2.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Renata Campetti. *Direito internacional público e privado*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BALLESTEROS, María de La Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (dirs.). *Pasado y presente de los derechos humanos*. Madrid: Catarata, 2016.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Art. 48, n. 28 do Regimento Interno do Senado Federal.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das organizações*

- internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público: formação do direito, sujeitos, relações diplomáticas e consulares, responsabilidade, resolução de conflitos, manutenção da paz, espaços internacionais, relações económicas, ambiente*. Trad. de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- JANÉ, Neus Oliveras i. *Los tratados internacionales y las fuentes del derecho de La Unión Europea*. in PÉREZ, Miguel A. Aparicio; SERRAMALERA, Mercè Barceló i (coords). *Manual de derecho constitucional*. 3. ed. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016.
- JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Jónatas E.M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra Editora, 2006, p. 293.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, Javier García. *La trata de seres humanos desde un enfoque basado em derechos humanos*. En BALLESTEROS, María de La Paz Pando; RAMÍREZ, Alicia Muñoz; RODRÍGUEZ, Pedro Garrido (dirs.). *Pasado y presente de los derechos humanos*. Madrid: Catarata, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 105.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SERRAMALERA, Mercè Barceló i (coords). *Manual de derecho constitucional*. 3. ed. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016.

SILVA, Carlos Magno Vieira da. Integração X inserção: desafios permanentes para a imigração internacional. **Diálogos Possíveis**, [S.l.], v. 14, n. 2, mar. 2016. ISSN 2447-9047. Disponível em: <<http://revistas.unisba.edu.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/309/243>>.

Acesso em: 17 Feb. 2018.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário*

jurídico. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. *Direito processual constitucional: de acordo com a reforma do judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Diálogos
POSSÍVEIS

REVISTA DIÁLOGOS POSSÍVEIS

Editor: Professor Doutor José Euclimar Xavier Menezes

Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA)

Avenida Oceânica 2717, CEP – 40170-010
Ondina, Salvador – Bahia.

E-mail: dialogos@unisba.edu.br

Telefone: 71- 4009-2840