

## TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: SUPRALEGALIDADE OU CONSTITUCIONALIDADE?

Alyne Mendes Caldas<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo analisa a hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Visa o fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia a ordem jurídica pátria.

**Palavras-chave:** Tratados Internacionais. Direitos humanos. Emenda Constitucional n.º 45/ 2004

### ABSTRACT

This article examines the normative hierarchy of international treaties on human rights before the Constitutional Amendment n. 45/2004, considering the jurisprudence of the Supreme Court. Aiming at the strengthening of the principle of human dignity that guides the Brazilian Law.

**Key-words:** International Treaties. Human Rights. Constitutional Amendment n.45/2004

### 1 INTRODUÇÃO

Com o advento do fenômeno da globalização, as nações têm se aproximado cada vez mais, tornando as relações internacionais mais complexas. Por conta disso, o mundo tornou-se palco de um intenso

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional, aluna do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, Docente e Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Florence de Ensino Superior, Advogada.



intercâmbio, especialmente no que diz respeito à inserção de normas internacionais no Direito Interno por meio de tratados e convenções.

Por conta desse novo contexto mundial, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 45/04, que acrescentou o §3º ao art. 5º da nossa Constituição com o intuito de inovar o tratamento dado pelo Brasil aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Isso porque tal dispositivo possibilitou a constitucionalização formal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos caso aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

No entanto, esse mesmo dispositivo nada trouxe a respeito da hierarquia dos tratados anteriores à promulgação desta emenda. O que levantou sérias dúvidas acerca do tema.

A partir de então, iniciou-se um debate entre diferentes correntes doutrinárias com o objetivo de estabelecer a posição hierárquica das normas internacionais de direitos humanos já ratificadas quando do advento da EC. N.º 45/2004.

A primeira tese defende o *status* de norma constitucional desses tratados a partir da análise dos §1º e §2º do art. 5º da nossa Constituição. A outra, hoje, aplicada majoritariamente pelo STF, afirma serem os tratados internacionais sobre direitos humanos normas supralegais, ou seja, se sobrepõe às normas infraconstitucionais, porém permanecem hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

Este artigo, portanto, discute essa temática a partir de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

Iniciamos a exposição com o estudo do sistema de proteção internacional dos direitos humanos com o intuito de compreender o porquê de a nossa Constituição Federal conceder a esses direitos tratamento especial.

Além disso, houve uma preocupação em apresentar alguns pontos da teoria geral dos tratados. Perpassando pela origem e características dos tratados bem como pelos procedimentos necessários à sua incorporação no direito interno.

Por fim, discute-se as teses da constitucionalidade e a da supralegalidade das normas internacionais de direitos humanos a partir da análise do texto constitucional bem como da jurisprudência do STF.



## 2 SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos da pessoa humana foram, inicialmente, com o jus-naturalismo, tidos como absolutos, imutáveis, uma vez que eram considerados parte da essência humana – eles nasciam e morriam com o homem.

Contudo, a história da humanidade mostra que, ao contrário deste caráter absoluto, há uma relativização dos direitos humanos<sup>2</sup>. Por este motivo, afirma Noberto Bobbio (2004, p. 38) que “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente”. Além disso, continua Bobbio (2004, p. 38):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes de poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

Fica claro, portanto, a inexistência de direitos humanos por natureza. Sendo por isso, que tais direitos podem sofrer modificações a qualquer tempo, ou seja, nada impede a ampliação do rol dos direitos humanos. No entanto, tal ampliação vai depender das necessidades do homem em um determinado momento histórico.

Direitos humanos seriam conquistas históricas que conforme SARLET (1998, p. 31):

[...] guardariam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

<sup>2</sup> Celso Lafer (1988, p. 124) também reforça a relativização destes direitos quando dispõe que “é sabido, no entanto, que o processo de positivação das declarações de direitos não desempenhou esta função estabilizadora, pois do século XVIII até os nossos dias, o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos.”



Seguindo o pensamento de Norberto Bobbio (2004, p. 45), ressalte-se que o grande problema que aflige a sociedade mundial acerca dos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.

Em decorrência das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a humanidade viu-se na obrigação de resguardar os direitos humanos, mas não restritivamente como ocorria antes<sup>3</sup>. E sim, de forma a proteger os direitos do homem como tal. (TRINDADE, 1997, p. 627-628).

Este intuito se materializou por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>4</sup> que significou “um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional”. (TRINDADE, 1997, p. 627-628)

A Declaração de 1948 insere na comunidade internacional uma nova idéia de direitos humanos pautada na universalidade e indivisibilidade. A universalidade representa o consenso de toda a humanidade acerca do sistema de valores postos pela Declaração. Fato este, até então inédito na história do homem “no sentido em que o universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens” (BOBBIO, 2004, p. 48).

Já a indivisibilidade diz respeito ao fato deste documento conjugar os direitos à liberdade com os direitos à igualdade até então tidos como dicotômicos<sup>5</sup>. Isso ocorre quando a garantia dos direitos civis e políticos (relativos à liberdade) é posta como condição para a observân-

<sup>3</sup> Trata-se das atrocidades oriundas do regime totalitário liderado por Hitler que teve como cume o holocausto. A Declaração de 1948 ao proteger os direitos humanos de todo e qualquer homem traduziu “a ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana)”. (PIOVESAN, 2012, p. 204).

<sup>4</sup> Assim, “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”. (LAFER, 2006, p. 118)

<sup>5</sup> No século XVII, as Declarações de Direitos tanto francesa quanto americana “consagraram a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade”, visando limitar e controlar o poder do Estado. Já depois da Primeira Guerra Mundial passa-se do primado da liberdade para o primado da igualdade, em que “o Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores e o direito à abstenção do Estado, neste sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestação social”. (PIOVESAN, 2012, p. 204-207)



cia dos direitos sociais, econômicos e culturais (relativos à igualdade) e vice-versa. (PIOVESAN, 2012, p. 204-209).

Sendo assim, PIOVESAN (2012, p.208-209) conclui:

Assim, partindo-se do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações<sup>6</sup>, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada idéia da sucessão 'geracional' de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.

Após a aprovação da Declaração Universal de 1948, houve a adoção de inúmeros instrumentos de proteção dos direitos humanos em que se desenvolve uma nova disciplina jurídica autônoma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tais instrumentos não são apenas de alcance global, mas também regional, havendo uma complementaridade entre eles.

Além disso, é importante lembrar que esse sistema global de Direitos Humanos foi significativamente ampliado desde o advento da Declaração Universal. Isto porque desde então foram celebrados diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas específicas de violação. (PIOVESAN, 2012, p. 226-227).

Percebe-se, portanto, que:

Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas buscam garantir o exercício de direitos e

<sup>6</sup> Os direitos humanos são conquistas históricas oriundas das necessidades sociais que a doutrina costuma dividir em gerações. A primeira geração corresponde às liberdades individuais que tornou possível uma maior participação política do homem na sociedade. Após a organização do Estado Moderno foi necessário exigir desta instituição a promoção de igualdade social através dos direitos econômico-sociais que constitui a segunda geração de direitos. Logo em seguida, há o surgimento dos direitos de terceira e de quarta geração, como por exemplo o direito ao meio ambiente e o direito à democracia, respectivamente. (BONAVIDES, 2004, p.560-574)



liberdades fundamentais aos indivíduos. (PIOVESAN, 2012, p. 227).

Dessa forma, temos que ter claro que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não visa substituir o ordenamento jurídico nacional. Pelo contrário, esse sistema global objetiva complementar o direito pátrio no que tange às suas lacunas e falhas. Tanto é que no âmbito internacional, “o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção dos direitos humanos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária”. (PIOVESAN, 2012, p. 227).

Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui uma garantia adicional de proteção aos direitos humanos quando os Estados não conseguem protegê-los.

Por isso a importância de se discutir a dinâmica dos tratados internacionais, em especial, de direitos humanos que é o que nos propomos a fazer a seguir.

### 3 TEORIA GERAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

#### 3.1 Breves considerações acerca dos tratados

Os tratados internacionais constituem a principal fonte do Direito Internacional Público. Sua origem remete à Antiguidade quando o primeiro tratado internacional da história foi celebrado. Este foi concluído entre os anos 1280 e 1272 a.C., sendo por meio dele que o Rei dos Hititas, Hattusil III e o Faraó egípcio da XIX dinastia de Ramsés II estabeleceram a paz entre si, pondo fim à guerra no território sírio (MAZZUOLLI, 2006, p. 116).

Desde então, as relações internacionais se intensificaram cada vez mais. Os tratados bilaterais foram sendo substituídos por instrumentos únicos que passaram a reger a sociedade internacional. Com isso, viu-se o surgimento de organizações internacionais de forte influência como a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a ONU (Organizações das Nações Unidas) e muitas outras.

Assim, diante da crescente utilização dos tratados como instrumentos cogentes do Direito Internacional, foi que em 1969 se realizou a regulamentação jurídica dos tratados através da Convenção de Viena. Tal documento só passou a ter vigência internacional em 27 de janeiro de 1980. (MAZZUOLI, 2006, p. 118).



O Brasil, no entanto, só veio promulgar a Convenção de Viena em 14 de dezembro de 2009, após o referendo do Congresso Nacional (Decreto legislativo 496 de 17 de julho de 2009)<sup>7</sup> e respectivo depósito perante o Secretário-Geral da ONU (25 de setembro de 2009). Em decorrência dessa mora, a Convenção de Havana sobre Tratados - ratificada pelo governo pátrio em 1929 - estivera em vigor no país no período que antecedeu tal promulgação. Contudo, tanto o governo brasileiro quanto os seus órgãos diplomáticos tomavam como base os dispositivos da Convenção de Viena no que diz respeito à celebração, formação e conclusão dos tratados internacionais, haja vista que tal documento é mais abrangente ao disciplinar o Direito dos Tratados que a Convenção de Havana. (MAZZUOLI, 2006, p. 119).

### 3.2 Conceito

Consoante o disposto no art. 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, tratado é:

Um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.

Os tratados internacionais são, portanto, as principais fontes do Direito Internacional<sup>8</sup>, constituindo-se em acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*).

O conceito oriundo da Convenção de Viena resultou da necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais. No entanto, cabe uma ressalva quanto a este conceito, posto que o mesmo se limitou aos tratados celebrados entre os Estados, não englobando os tratados dos quais participam organizações internacionais (PIOVESAN, 2012, p. 100).

Explica Dallari (2003, p. 15) que:

<sup>7</sup> SENADO FEDERAL. Decreto Legislativo nº 496. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=259313> >. Acesso em: 10 fev. 2013.

<sup>8</sup> Status este corroborado pelas palavras de Pedro Dallari (2003,p.14): “E, no rol das fontes de Direito Internacional Público, é indiscutível a atual primazia do tratado, em substituição à prevalência do costume, que se constatava até meados do século XX [...]”



A disciplina dos tratados com participação de organizações internacionais veio a ocorrer de maneira direta com a aprovação, em 1986, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

Assim, com esta Convenção de 1986, não só os Estados, mas também as organizações internacionais passaram a ter participação direta na celebração de tratados internacionais.

Contudo, há algumas restrições quanto ao poder de celebrar tratados das organizações internacionais, como pontua Valério Mazzuoli (2006, p.120) ao afirmar que “as organizações internacionais somente dispõem de tal poder para a celebração de tratados relacionados às suas finalidades precípuas e aos seus misteres”.

Ou seja, as organizações internacionais só podem celebrar tratados que versem sobre suas finalidades precípuas e seus misteres, qualquer matéria diversa desta não pode ser objeto de tratado celebrado por organização internacional.

Sendo assim, a prerrogativa de celebrar tratados livremente, sem qualquer restrição só pertence aos Estados Soberanos. Estes sim têm total poder de convencionarem entre si, sobre matéria de temas diversos<sup>9</sup>.

Ainda no que diz respeito ao conceito de tratados, não se pode olvidar da problemática acerca das diversas expressões utilizadas como sendo sinônimas do vocábulo tratado. São exemplos desta diversidade terminológica: pacto, convenção, acordo, carta, estatuto, protocolo, etc.

Parte da doutrina entende que se o documento estiver revestido dos requisitos dispostos no art. 2º da Convenção de Viena de 1969, este será um tratado, independentemente da denominação que tenham atribuído a ele<sup>10</sup>. Pedro Dallari (2003, p.18) é claro quanto a isso, quando afirma que:

<sup>9</sup> Os estudos a seguir ficaram restritos somente aos tratados celebrados pelos Estados, já que são estes que têm real importância para os estudos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

<sup>10</sup> Cabe ressaltar, que independente da terminologia, todo documento convencional tem força jurídica semelhante, como coloca Valério Mazzuoli (2006, p. 122), “A despeito de sua diversidade formal (de que são exemplos os vários tratados, em suas diferentes terminologias, citados neste tópico), todos os instrumentos convencionais têm a mesma identidade jurídica material, posto deterem idêntica força obrigatória, sejam eles chamados de tratados, de pactos, de acordos, de convenções etc”.



[...] independentemente da denominação, o documento que estiver revestido das características genéricas apontadas nas conceituações convencionais e doutrinárias anteriormente indicadas deve ser considerado tratado internacional.

Além disso, constata-se que tal diversidade terminológica também alcançou o texto constitucional. O art. 84, inc. VIII, por exemplo, trata da competência do Presidente da República para “celebrar *tratados, convenções e atos internacionais*”; já o art. 49, inc.I, discorre sobre a competência do Congresso Nacional acerca “dos *tratados, acordos ou atos internacionais*”.

Assim como estes, há outros casos na Constituição que endossam a questão vocabular de qual seria a diferença entre tratados e convenção, acordo, atos, protocolo, etc.

Entendemos que não há diferença semântica entre tratados e convenção, acordo ou qualquer outra terminologia utilizada, isto porque se fosse considerado pelo texto constitucional como expressões díspares, a proteção fornecida pelo § 3º do art. 5º, por exemplo, ao considerar que os tratados e convenções internacionais que tratem sobre direitos humanos, serão equivalentes à emenda constitucional em caso de aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seria restrita apenas aos documentos que fossem denominados tratados e convenções.

Estariam à margem do referido dispositivo, por exemplo, os direitos humanos oriundos dos Pactos Internacionais sobre os direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, todos de 1966; bem como a Declaração de Direitos da ONU, adotada na forma de Resolução.

Enfim, ao considerar os tratados e convenções internacionais como única fonte do direito internacional apta a adquirir hierarquia constitucional, estaríamos limitando gravemente o alcance do § 3º do art. 5º assim como de outros dispositivos constitucionais, como leciona Ingo Sarlet (1998, p.126):

Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais consagradores dos direitos humanos não se enquadram – de acordo com o critério único de sua denominação – na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servir de fonte para direitos materialmente fundamen-



tais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do art. 5º, § 2º, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos.

Verifica-se, portanto, que tal restrição significaria ir de encontro com o objetivo central da norma, qual seja, a incorporação de outros direitos humanos que ainda não estejam sob a proteção constitucional.

Não se pode, assim, iludir-se com os inúmeros termos utilizados para designar tratados, procurando significados diferentes para cada um deles. Afinal, como coloca Francisco Rezek (2004, p.53), há um “uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte – não houvesse boas razões históricas para isso -, vem utilizando como termo-padrão.”

### 3.3 Tratado Internacional e seu caráter vinculante

A Constituição Federal, como se observa, é bastante nebulosa no que diz respeito à incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Sem embargo a ausência de clareza sobre a matéria, o texto constitucional dispôs ser responsabilidade tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, a decisão definitiva relativa à vinculação do Brasil às normas internacionais. Logo, os tratados internacionais exigem para o seu aperfeiçoamento um ato complexo que compreende a vontade do Presidente da República e a do Congresso Nacional.

Ao Presidente da República cabe a iniciativa do processo legislativo de apreciação de tratado no Brasil. Já o Congresso Nacional é responsável pela apreciação do tratado, essencial ao comprometimento do Brasil na ordem jurídica internacional, pois “trata-se do atendimento de exigência ditada pela diretriz democrática de que só ao povo, por meio de sua representação política, é dado o direito de dispor da soberania nacional pactuando internacionalmente”. (DALLARI, 2003, p. 89-90).

Depreende-se esta atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo da combinação do art. 84, VII e art. 49, I, ambos dispostos na Constituição Federal. O primeiro afirma competir privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Enquanto que o segundo dispõe ser competência exclusiva do Congresso Nacional,



“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Esta resolução definitiva dos tratados realizada pelo Congresso Nacional exige uma interpretação criteriosa, já que este caráter definitivo não se refere à ratificação, uma vez que este ato é exclusivo do Presidente da República. Cabendo ao Congresso Nacional única e exclusivamente aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Poder Executivo. Logo, explica MAZZUOLI (2006, p. 142):

O Congresso Nacional, por conseguinte, só resolve *definitivamente* os tratados quando *rejeita* o acordo, caso em que o Executivo fica impedido de prosseguir com a sua ratificação. Em caso de aprovação, quem resolve de modo definitivo é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado. Por este motivo, a expressão resolver definitivamente, que, de resto, vem se mantendo até hoje nas Constituições brasileiras, tem sido considerada das mais impróprias dentre as que respeitam a matéria. A manifestação do Congresso Nacional, assim, só ganha foro de definitividade quando desaprova o texto do tratado anteriormente assinado, quando então o Presidente da República estará impedido de ratificá-lo. Mas, se o Congresso aprovou o tratado submetido à sua apreciação, a última palavra é do Chefe do Executivo que tem a discricionariedade de ratificá-lo ou não, segundo o que julgar mais conveniente e oportuno.

No entanto, para melhor compreensão da atuação destes dois poderes no concernente aos tratados, é importante analisar, primeiramente, o processo de formação dos tratados internacionais. Este é composto de quatro fases: a) a das negociações preliminares; b) a da assinatura ou adoção, pelo Poder Executivo; c) a da aprovação parlamentar e d) a da ratificação ou adesão do tratado. Ao final de todo este processo, a norma internacional é incorporada ao Direito brasileiro.

As negociações preliminares são atos de competência do Poder Executivo. Tanto é que o direito brasileiro determina que toda negociação tenha a participação de um funcionário da diplomacia. Além disso, o texto final do ato internacional, no caso brasileiro, deve ser aprovado, do ponto de vista jurídico, pela Consultoria Jurídica do Itamaraty e, sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais (MAZZUOLI, 2006, p. 130).



Depois de concluídas as negociações, ocorre a assinatura do tratado pelo Presidente que é um ato de extrema importância, pois é através dela que os Estados envolvidos vão externar seu consentimento em aderir aos termos negociados. Daí para frente, não há como realizar modificações no texto anuído no tratado. Não obstante, é neste momento que as partes podem apresentar suas ressalvas<sup>11</sup> quanto aos termos do tratado. (MAZZUOLI, 2006, p. 131)

Há, ainda, a anuência do Congresso Nacional que se dá por meio de decreto legislativo<sup>12</sup>, cuja aprovação deve ocorrer em cada Casa do Congresso Nacional sendo necessário o voto da maioria dos parlamentares presentes nas respectivas sessões deliberativas, tendo que atingir, no mínimo, a maioria dos membros do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, conforme o caso (DALLARI, 2003, p.90).

Tal apreciação pelo Congresso Nacional possui uma razão específica, como coloca Valério Mazzuoli (2006, p.131):

Porque é no Congresso Nacional que se encontram os representantes do povo, e a sua intervenção no processo de celebração de tratados faz respeitar a regra do art. 1º, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual “todo o poder emana do povo”.

Assim, somente após a aprovação parlamentar que o Presidente da República ratifica o tratado, aceitando definitivamente os seus termos.

Após a ratificação, o tratado já terá validade internacional, produzindo seus efeitos entre os contratantes. Todavia, para que os tratados internacionais tenham aplicabilidade interna, conforme a regra brasileira, é necessária a “promulgação do tratado por meio da edição de decreto do Presidente da República, com o inteiro teor do texto convencio-

<sup>11</sup> Trata-se aqui das emendas cuja possibilidade de oposição só tem sentido lógico em foro de negociação de tratado. Por esta razão, as emendas só podem ser proposta pelo Estado brasileiro e não por seu parlamento. Ao Congresso Nacional cabe somente a realização da aprovação condicionada pela qual o Chefe do Poder Executivo fica “autorizado por decreto legislativo a somente proceder á ratificação do texto convencional sob exame, ou á adesão a ele, se as outras partes [...] aquiescerem com a alteração indicada pelo parlamento nacional”. (DALLARI, 2003, p. 94).

<sup>12</sup> Como já foi dito alhures, “o decreto legislativo exarado pelo parlamento federal enseja mera autorização, não acarretando a obrigatoriedade da prática de qualquer ato pelo Chefe do Poder Executivo” (DALLARI, 2003, p.96).



nal anexo, à qual se segue a respectiva publicação no Diário Oficial da União”. (DALLARI, 2003, p. 99)

A promulgação, portanto, realiza-se através de decreto presidencial<sup>13</sup>, no qual deve constar a data exata do início da vigência do texto convencional que pode ser a mesma data da publicação ou não.

Já esta publicação advém da necessidade de se dar publicidade ao novo vínculo obrigacional estabelecido na esfera internacional (DALLARI, 2003, p.99).

Por fim, não se pode olvidar da denúncia<sup>14</sup> de tratados, que consiste em “ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado internacional exprime firmemente sua vontade de deixar de ser parte no acordo anteriormente firmado” (MAZZUOLI, 2006, p.146).

No Brasil, a denúncia tem se processado por ato exclusivo do Poder Executivo, sem interferência alguma do Poder Legislativo<sup>15</sup>. No entanto, na doutrina há diversos autores que se opõe a praxe brasileira - corrente com a qual nos identificamos -, como Pedro Dallari (2003, p. 117) que explica sua posição fazendo uma analogia com as normas constitucionais:

A questão que se coloca é saber se de tais prerrogativas, indispensáveis para a consumação do vínculo obrigacional, deflui, [...], o poder de pôr termo a tal vínculo sem respaldo parlamentar. Se se fizer uma analogia com as normas constitucionais do processo legislativo, ver-se-á que não. O Presidente da República dispõe de exclusividade na iniciativa de projetos de lei de diversas naturezas, como em matéria orçamentária, por exemplo. Aprovado o projeto pelo Congresso Nacional, pode

<sup>13</sup> Francisco Rezek (2004, p. 84) explica que “o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome”.

<sup>14</sup> “A denúncia por uma das partes no tratado bilateral extingue o acordo entre ambas, ao passo que, nos tratados multilaterais, os termos do pactuado deixam de surtir efeito tão-somente para o Estado que o denuncia, continuando a vigorar normalmente para os demais Estados-partes.” (MAZZUOLI, 2006, p.146).

<sup>15</sup> “Quanto à exclusividade no exercício das formalidades próprias do ato de denúncia, tal atributo presidencial é inquestionável, pois se inclui no exercício de relações internacionais, que é atribuição constitucionalmente consagrada ao Chefe do Executivo. Já no que diz respeito à decisão de mérito acerca da denúncia, o entendimento de que ela possa vir a ser efetivada a critério do Presidente da República encontra resistência na doutrina”. (DALLARI, 2003, p. 115)



sancioná-lo ou vetá-lo. Mas, uma vez em vigor a lei, não pode o Presidente revogá-la ou modificá-la unilateralmente, tendo, para isso, que provocar nova deliberação do Poder Legislativo. Aplicando-se essa sistemática à apreciação dos tratados internacionais, mais correto seria que o ato de denúncia fosse precedido de aprovação parlamentar.

Da mesma forma entende Valério Mazzuoli (2006, p.148):

Trata-se de observar o comando constitucional segundo o qual todo poder emana do povo, incluindo-se nesta categoria também o poder de denunciar tratados. Admitir que o Poder Executivo denuncie tratados sem a anuência do Congresso Nacional é permitir que o governo possa, unilateral e discricionariamente, revogar a lei também elaborada pelo Parlamento, uma vez que o tratado em vigor no plano interno compõe o acervo normativo nacional (ou seja, integra o nosso direito positivo), não podendo ser revogado por ato exclusivo do Poder Executivo.

Contudo, tais posicionamentos não possuem relevância na prática no que tange a denúncia de tratados. Continuando a prevalecer à vontade do Poder Executivo na decisão a respeito da conveniência e oportunidade de denunciar um documento convencional bem como na efetivação das formalidades do referido ato.

#### **4 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: NORMAS CONSTITUCIONAIS OU SUPRALEGAIS?**

Como vimos anteriormente, o grande problema atual acerca dos direitos humanos não é mais o de justificá-los, mas sim o de protegê-los. Ora, de nada vale uma extensa lista de direitos quando os mesmos não são garantidos e, por consequência, não são efetivados.

Assim, foi com o intuito de oferecer maior proteção aos direitos humanos constantes em tratados internacionais que o legislador brasileiro editou a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentando o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal. Através deste dispositivo, as normas internacionais sobre direitos humanos em caso de aprovação, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional por três quintos



dos votos de seus respectivos membros serão equivalentes à emenda constitucional.

Os direitos humanos poderão usufruir toda proteção constitucional bem como da força normativa da Constituição Federal brasileira. Contudo, para compreender os efeitos do novel dispositivo, é necessário primeiramente analisar as correntes interpretativas relativas à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que sustentam a) a hierarquia constitucional destes tratados; e, b) a paridade entre tratado e lei federal<sup>16</sup>.

A primeira corrente que defende a hierarquia constitucional dos direitos humanos tem como principais defensores Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Eles afirmam que ao serem incorporados pelo direito pátrio, os direitos humanos são como norma constitucional, com base na interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal<sup>17</sup>.

Este dispositivo, portanto, é visto como uma cláusula de abertura para os direitos humanos oriundos de documentos internacionais. Afinal, quando a Constituição coloca que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais, ela mesma está afirmando que os direitos humanos devem ser inclusos no rol de direitos e garantias individuais.

O magistério da Flávia Piovesan nos mostra com clareza, tal posicionamento (PIOVESAN, 2005, p. 69-70):

Neste debate, sustenta-se tese em prol da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos. Entende-se que, à luz do art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos<sup>18</sup>, decor-

<sup>16</sup> Além das correntes citadas acima, há ainda uma terceira que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supra legal que será analisada mais a frente com base na jurisprudência do STF. Tal corrente tem o Min. Gilmar Mendes como adepto bem como Pedro Dallari (ver mais em DALLARI, 2003, p. 140-147)

<sup>17</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte:” (§ 2º do art.5º da CF)

<sup>18</sup> “Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos



rentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja a de norma constitucional.

Este tratamento especial se justifica por diferenciar os tratados internacionais sobre direitos humanos dos tratados comuns. Esta diferença é de fundamental importância, pois enquanto “estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-parte, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.” (PIOVESAN, 2005, p. 71).

Além disso, esta corrente defende a incorporação automática em decorrência do § 1º do art. 5º da Carta de 1988<sup>19</sup>. Por meio deste procedimento, “o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula de recepção automática plena” (PIOVESAN, 2012, p.148). Dessa maneira, após a ratificação, a norma internacional entra em vigor imediatamente no direito interno, sem a necessidade de transformar ou reproduzir a norma internacional por uma fonte interna.

Cabe ressaltar que a incorporação automática reflete a concepção monista já que tal sistemática só é possível quando o Direito Internacional e o Direito Interno formam uma única ordem jurídica.

Quanto aos demais tratados, Cançado Trindade e Flávia Piovesan dispõem que com relação a eles ocorre a incorporação legislativa<sup>20</sup> o que retrata a concepção dualista. Além disto, estes tratados após serem incorporados não adquirem *status* constitucional conforme o art. 5º, §

---

humanos ratificados pelo Brasil, para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.” (PIOVESAN, 2012, p. 114)

<sup>19</sup> “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (§ 1º do art. 5º da CF/88)

<sup>20</sup> A incorporação legislativa, típica de regimes dualistas, ocorre quando “o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Por isso para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se necessária a sua reprodução ou transformação por uma fonte interna” (PIOVESAN, 2012, p. 148).



2º da Constituição Federal. Tendo, portanto, os tratados tradicionais *status* de lei infraconstitucional e aplicação mediata.

Por esta razão, conclui-se que para tal concepção as normas internacionais sobre direitos humanos ao serem incorporadas adquirem apenas o caráter materialmente constitucional. Enquanto que os demais tratados internacionais após a ratificação não adquirem nem o caráter formal e nem o materialmente constitucional, figurando como norma infraconstitucional. Sustenta-se, portanto, um sistema misto de incorporação dos tratados.<sup>21</sup>

A segunda concepção defende que todos os tratados internacionais ao serem incorporados pelo direito pátrio adquirem *status* de lei ordinária. Tal entendimento imperou por um longo tempo no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>22</sup> e se fundamenta no princípio da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, na rigidez constitucional.<sup>23</sup>

Conforme esta corrente, os tratados internacionais são incorporados como lei ordinária. Não havendo diferença entre tratados sobre direitos humanos e os demais. Todos possuem o mesmo *status* ao adentrarem no ordenamento jurídico pátrio, qual seja de lei federal.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> “Este sistema misto caracteriza-se por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, parágrafo 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.” (PIOVESAN, 2012, p.124)

<sup>22</sup> A Suprema Corte já firmou entendimento reconhecendo a primazia dos tratados de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais, no entanto, essas normas internacionais adentrariam o direito interno com status supralegal como vemos adiante.

<sup>23</sup> “A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) “ (HC 81319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 19.08.2005)

<sup>24</sup> “Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.” (RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 22.11.2002)



Isto se deve a interpretação sistemática do art. 102. III, “b”<sup>25</sup>, “que confere à Corte Suprema competência para julgar recurso extraordinário decorrente de decisão que tenha julgado tratado (internacional) inconstitucional” (WEIS, 2006, p. 26). Ora, da mesma forma que ocorre com as leis, a Constituição não precisou afirmar expressamente que se sobrepõe aos tratados, como bem explica o Min. Sepúlveda Pertence:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a **hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos** seus como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e **aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).**” (grifo nosso) (RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 22.11.2002).

No julgado supracitado, o Min. Sepúlveda Pertence reafirma a equivalência entre tratados de direitos humanos e lei ordinária. Já o Min. Celso de Mello chegou a afirmar que o sistema constitucional pátrio não admite restrições interpretativas com base em tratados internacionais:

“HABEAS CORPUS” - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - CONCESSÃO DE “HABEAS CORPUS” DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEJA COMPETENTE PARA JULGAR O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

<sup>25</sup> Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] III- julga, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida:

[...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal



TUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANÁLISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. - A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interdito a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.[...] (grifo nosso) (HC 81319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 19.08.2005).

Contudo, há críticas a serem feitas acerca desta posição. Ao equiparar os tratados internacionais sobre direitos humanos à lei ordinária, os mesmos se sujeitam a regra geral de conflito de normas em que a norma posterior prevalece sobre a anterior<sup>26</sup>. Isso significa dizer que em

<sup>26</sup> Seria a regra geral da *lex posterior derogat legi priori* destinada a solucionar os conflitos entre normas de mesmo grau hierárquico,



caso de conflito entre um tratado e uma lei ordinária, se esta última for mais recente prevalecerá sobre o tratado, tornando-o sem efeito.

Esta questão é posta com maestria por Pedro Dallari (2003, p. 109):

Assim, tratado internacional e lei interna convivem no âmbito da ordem jurídica brasileira e, do ponto de vista hierárquico, equiparam-se, prevalecendo, em caso de disposições antagônicas, a norma mais recente, configurando-se a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, ou então, a norma especial em face da de índole geral.

Observa-se que a possibilidade de um tratado sobre direitos humanos perder seus efeitos em virtude da edição de uma nova legislação qualquer só pelo critério da temporalidade, compromete seriamente a credibilidade do Estado brasileiro na comunidade internacional. Já que a derrogação unilateral de um tratado é sinônimo de descumprimento do compromisso estabelecido perante os demais pactuantes.

Por conseguinte, acarreta o enfraquecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este, conforme o art. 1º da Constituição Federal, fundamental ao Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil.

Este, portanto, era o cenário em que se encontrava envolto o tema da hierarquia dos tratados. Uma realidade doutrinária conflituosa, em que prevalecia o entendimento do STF na solução dos casos concretos.

Por esta razão, com o escopo de pôr fim a tais conflitos que o legislador por meio da Emenda Constitucional nº 45 publicada em 2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal. Os tratados internacionais sobre direitos humanos poderão, assim, ser não só material, mas também formalmente constitucionais. Isso porque o legislador dispôs que tais tratados fossem aprovados por maioria qualificada para que se tornassem norma constitucional. Mesmo procedimento utilizado para a aprovação de emendas à Constituição o que justifica a equivalência à emenda constitucional.

Surgem, desta feita, categorias de tratados de direitos humanos como coloca Valério Mazzuoli (2006, p. 497), quando afirma que o poder reformador, ao conceber o § 3º acrescentado ao art. 5º da Constituição Federal:



[...] cria 'categorias' jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Estas categorias correspondem de um lado aos tratados aprovados pela maioria qualificada conforme o § 3º, do art. 5º, adquirindo, portanto, status de norma constitucional. Do outro, aos tratados de direitos humanos que seriam equivalentes à lei federal, posto que não foram aprovados nos moldes do dispositivo supracitado.

Percebe-se que com a EC. Nº 45/2004 soluciona-se a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em *quorum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional<sup>27</sup> -, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil tal como preconizou o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência desde o julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque julgado em 1º-6-1977; DJ de 29-12-1977 (MENDES;COELHO;BRANCO, 2010, p. 806).

No entanto, o STF ainda não reconhece a constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A jurisprudência da Suprema Corte, hoje, segue o entendimento capitaneado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes exposto no seu voto proferido no julgamento do RE 466343/SP28, qual seja, que esses tratados possuem caráter supralegal:

<sup>27</sup> Até o presente momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi elevada à categoria de norma constitucional mediante o procedimento descrito no §3º, do art. 5º, da CF. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1#content>. Acesso em: 110 fev.2013.

<sup>28</sup> Julgamento concluído em 03.12.2008 e publicado no DJ n. 104, em 05.06.2009. Esse posicionamento foi seguido pela maioria dos ministros da Suprema Corte no processo de votação, sendo vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiram aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.



Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: ‘*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.*’

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às



leis ordinárias. Para esta tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.’

**‘Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a 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. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.’

‘Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição centra.

O ministro Gilmar Mendes ao defender a supralegalidade dos referidos tratados, considera que tais documentos “não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial no ordenamento jurídico”, qual seja, de norma supralegal. A seguir o Min. Gilmar Mendes explica os efeitos da supralegalidade na hierarquia das normas:



Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.<sup>29</sup> (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.818)

A interpretação do Min. Gilmar Mendes tem origem no direito comparado ao tomar como parâmetro a Constituição da Alemanha, da França de 1958 e da Grécia de 1975 que trazem em seu texto expressamente o caráter de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.814)

No entanto, em relação ao nosso texto constitucional não é possível extrair esse caráter supralegal para os referidos tratados. Pelo contrário, a Constituição Federal de 1988 é bem clara ao se referir aos tratados internacionais nos quais constem direitos e garantias fundamentais como normas constitucionais de aplicação imediata.

Art.5º: [...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>29</sup> O Min. Gilmar Mendes exemplifica ao fazer a relação entre os tratados de direitos humanos e a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel: “Neste sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.818)



Ora, a interpretação sistemática<sup>30</sup> e teleológica<sup>31</sup> dos referidos parágrafos refletem a preocupação do legislador originário com a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional que tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 818).

A crítica que se faz, entretanto, à constitucionalização desses tratados é quanto ao procedimento de incorporação dos mesmos que exige um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República para que o tratado produza efeitos internamente. Questiona-se como uma norma internacional poderia adentrar à Constituição através de simples decreto quando a rigidez constitucional preconizada pelo art. 60, §2º exige um procedimento rigoroso para sua modificação.

Na verdade, de acordo com os §1º e §2º, do art. 5º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais constantes nos tratados internacionais de direitos humanos passam a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Sem a necessidade de intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei para outorgar a esses tratados a obrigatoriedade no plano interno (PIOVESAN, 2012, p.145- 146).

Essa incorporação automática<sup>32</sup>, não ocorre em relação aos demais tratados. Já que para estes aplica-se a sistemática da incorporação

<sup>30</sup> “A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição é responsável pela *unidade* do sistema, ao passo que a *harmonia* é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento.” (BARROSO, 2012, p.318)

<sup>31</sup> “O Direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. Isso significa que o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. No direito constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico.[...] Como assinalado acima, não se devem sacrificar os fins às formas. Há autores inclusive, que proclamam merecer o elemento teleológico preponderância na interpretação constitucional.” (BARROSO, 2012, p.320-321).

<sup>32</sup> É o que se denomina de incorporação automática como bem explica PIOVESAN (2012, p.148): “Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado



legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna, qual seja, o decreto presidencial.

Assim, a objeção em comento não se sustenta diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais pelo qual os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. (PIOVESAN, 2012, p.151-152). Trata-se de uma exceção imposta pela própria Constituição em decorrência da importância por ela concedida aos direitos humanos.

Essa posição privilegiada dos direitos humanos na Constituição brasileira não constitui fenômeno isolado. Pelo contrário, é fruto da própria concepção de Estado como bem coloca WEIS (2006, p. 27):

Desde a consolidação dos direitos humanos modernos, nos séculos XVII e XVIII, tem-se entendido que suas regras são logicamente anteriores ao surgimento do Estado, **funcionando como verdadeiros pressupostos de sua experiência e condicionando sua atividade, que deve ser voltada à preservação e promoção dos direitos inatos dos seres humanos, servindo de limite ao poder estatal.** (grifo nosso).

Por essa mesma razão que a Constituição de 1988 não considera como direitos fundamentais apenas os que são oriundos de normas formalmente constitucionais, mas reconhecem como fundamentais também os direitos e garantias advindos de tratados internacionais<sup>33</sup>. Nessa mesma linha, segue PIOVESAN (2012, p.110-111)

---

reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato de ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico.” Frise-se que essa legislação é ato inteiramente distinto do ato de ratificação do tratado. (PIOVESAN, 2012, p.147)

<sup>33</sup> Jorge Miranda (*apud* PIOVESAN, 2012, p.111-112): “Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento”.



A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional.<sup>34</sup>

Vale ressaltar que a tese da supralegalidade dos tratados apesar de prevalente na jurisprudência do STF, não é unânime. O Min. Celso de Mello (HC 87585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão: 12.03.2008)<sup>35</sup> já demonstrou reconhecer que os tratados de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional. Veja-se:

‘Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação

<sup>34</sup> CANOTILHO (*apud* PIOVESAN, 2012, p.111) coloca nesse sentido: “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 de 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.”

<sup>35</sup> O Min. Celso de Mello seguiu esse mesmo entendimento ao votar a favor da constitucionalidade dos tratados no RE 466343/SP supramencionado.



da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘*iter*’ procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*”).’

‘Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, reconsiderando o seu anterior entendimento, tal como eu próprio ora faço neste julgamento, destacou, em momento que precedeu a promulgação da EC nº 45/2004, que o § 2º do art. 5º da Constituição - verdadeira cláusula geral de recepção - autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade.’

Desta feita, percebe-se que partindo de uma interpretação conforme a constituição de forma sistemática do §1º e do §2º do art.5º da Constituição de 1988, chega-se à conclusão de que os tratados internacionais sobre direitos humanos devem ser incorporados no direito interno com *status* constitucional. Sendo assim, deve-se ressaltar que os direitos constantes nesses tratados assim como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, §4º. (PIOVESAN, 2012, p. 139).

Não obstante, esses direitos internacionais serem abarcados pela proteção suprema do art. 60, § 4º, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário (PIOVESAN, 2012, p. 140).



Explica PIOVESAN (2012, p.140):

Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público. Vale dizer, cabe ao Estado-parte tanto o ato de ratificação do tratado como o de denúncia, ou seja, o ato de retirada do mesmo tratado. Os direitos internacionais apresentam, assim, natureza constitucional diferenciada.

Com o §3º, do art. 5º, criou-se a possibilidade de se ter tratados internacionais sobre direitos humanos não só material, mas formalmente constitucionais. Desta forma, os direitos e garantias do ser humano constantes desses tratados passaram a estar protegidos dos efeitos da denúncia. Quer dizer que “os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação”. (PIOVESAN, 2012, p.142).

Afinal, a partir do momento que se admite o ingresso desses tratados no rol de direitos formalmente constitucional, se está concedendo as mesmas prerrogativas dos demais direitos fundamentais o que inclui a impossibilidade de subtração por ser cláusula pétrea. “É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da ‘constitucionalização formal’ do tratado no âmbito jurídico interno”. (PIOVESAN, 2012, p.142).

Assim, vê-se que o §3º, do art. 5º, tem por escopo primordial o fortalecimento do caráter constitucional já preconizado pelo texto constitucional no seu art. 5º, §1º e §2º. Na medida em que permite a equivalência formal entre a norma internacional incorporada e a emenda constitucional em caso de aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.<sup>36</sup>

Em contraponto, demonstrou-se que a tese da supralegalidade desses tratados tem por escopo constituições alienígenas cujos dispositivos acerca do tema não se coadunam com os objetivos e preceitos preconizados pela nossa Constituição Federal. O que acaba por prejudicar

<sup>36</sup> Como ressalta Celso Lafer (*apud* PIOVEAN, 2012, p. 129): “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente”.



a interpretação acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos com base na supralegalidade dos mesmos.

## 5 CONCLUSÃO

Com a intensificação do intercâmbio entre países em decorrência do advento da globalização, as relações internacionais tornaram-se mais complexas, especialmente no que diz respeito à inserção de normas internacionais no Direito Interno por meio de tratados e convenções.

Como foi analisado, para adequar-se a este novo contexto mundial, o Estado brasileiro promulgou a Emenda Constitucional nº 45/2004, que tornou possível a constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro. Contudo, os tratados somente serão elevados à categoria de norma constitucional caso haja sua aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros em conformidade com o § 3º do art. 5º acrescentado pela citada reforma constitucional.

Essa inovação, porém, firmou a constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos ratificados a partir da EC nº 45/2004. Por outro lado, o novel dispositivo não definiu qual seria o tratamento dispensado aos tratados ratificados anteriormente à promulgação da citada emenda.

Para solucionar tal problema apontou-se, de um lado a corrente que tem como defensores Flávia Piovesan e Augusto Cançado Trindade afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos ao serem incorporados no ordenamento jurídico pátrio, já o são como norma constitucional segundo a interpretação sistemática e teleológica dos § 1º e § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Em contraposição, há a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal recentemente que dispõe serem tais tratados incorporados com *status* supralegal. Posto que estes documentos internacionais seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Demonstrou-se, entretanto, que essa tese da supralegalidade dos tratados tem por escopo constituições alienígenas cujos dispositivos acerca do tema não se coadunam com os objetivos e preceitos preconizados pela nossa Constituição Federal. O que acaba por prejudicar



a hierarquização dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas supralegais.

Desta feita, conclui-se que os tratados internacionais direitos humanos incorporados antes ou depois da EC nº 45/2004 possuem *status* constitucional. De forma que o §3º do art. 5º acrescentado ao texto constitucional pela referida emenda apenas fortaleceu o caráter constitucional dessas normas internacionais na medida em que tornou possível sua constitucionalização formal as equiparando à emenda constitucional. Já que antes da modificação constitucional, os tratados só podiam ser incorporados como normas materialmente constitucionais compondo o chamado bloco de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81319/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, 19 de agosto de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%20tratados%20direitos%20humanos&base=baseAcordaos> > . Acesso em: 12 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio, Sessão Plenária em 12 de março de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84880&tip=U> > . Acesso em: 21 janeiro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 79785/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, 22 de novembro de 2002. Disponível em: < [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(79785.NUME.%20OU%2079785.ACMS\).\(PLENO.SESSION\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(79785.NUME.%20OU%2079785.ACMS).(PLENO.SESSION)&base=baseAcordaos) > . Acesso em: 10 fev. 2013.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluzo, Sessão Plenária em 22 de novembro de 2006. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp> > . Acesso em: 11 fev. 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo, Saraiva, 1997.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Org.). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005. Parte 2. p. 67-81.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

