

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**WASHINGTON RICHEL SAITO DA SILVA**

**O VALOR HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A POSIÇÃO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CURITIBA**

**2016**

**WASHINGTON RICHEL SAITO DA SILVA**

**O VALOR HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A POSIÇÃO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza

**CURITIBA**

**2016**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

WASHINGTON RICHEL SAITO DA SILVA

### **O VALOR HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)  
Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Melina Girardi Fachin  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Liz Odreski Ramina  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Curitiba, 30 de novembro de 2016.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2. O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>2</b>
2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	2
2.2 O MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	4
2.3 O SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	5
2.4 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	7
2.4.1 A Declaração Universal Dos Direitos Humanos – 1948.....	8
2.4.2 Os Pactos Internacionais De Direitos Humanos – 1966 .....	10
2.5 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	12
2.5.1 A Convenção Europeia De Direitos Humanos – 1950 .....	13
2.5.2 A Convenção Americana De Direitos Humanos – 1969 .....	15
2.5.3 A Carta Africana Dos Direitos Humanos E Dos Povos – 1981 .....	17
<b>3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>20</b>
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	20
3.2 O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	23
3.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO – ENTENDENDO OS §§2º E 3º DO ART. 5º DA CF/88.....	26
<b>4. O ENTENDIMENTO DO STF COM RELAÇÃO AO STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>37</b>
4.1 AS DECISÕES DO STF ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	37
4.2 O JULGAMENTO DO RE 80.004/SE E A TESE DA PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEI E TRATADOS INTERNACIONAIS .....	40

4.2.1 A manutenção da tese da paridade normativa entre lei e tratados internacionais na nova ordem constitucional.....	42
4.3 O JULGAMENTO DOS RREE Nº 349.703/RS E Nº 466.343/SP .....	46
4.3.1 Algumas considerações acerca da posição do Ministro Gilmar Mendes .....	51
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>60</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A internacionalização dos direitos humanos, bem como a criação do sistema de proteção normativa destes foram frutos de um longo processo que, infelizmente, teve como o mais importante marco, as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 além de se caracterizar como um símbolo da redemocratização do país, significou também a abertura do sistema jurídico brasileiro a essa nova perspectiva internacional que era claramente humanizante e protetiva.

É dentro desse panorama que este trabalho tem como proposta analisar as relações entre a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos, focando, especificamente, no valor hierárquico que a Carta constitucional confere a estas normas, bem como na posição do Supremo Tribunal Federal com relação ao assunto.

Para tanto, primeiramente, faz-se necessário compreender como se originou o chamado “Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos”. Dentro desse tema serão examinados os precedentes que possibilitaram a criação deste, bem como alguns instrumentos de proteção dos direitos humanos de âmbito global e regional.

Em seguida, partindo de uma breve análise sobre o conceito e o processo de formação de um tratado, estudar-se-á como ocorre o processo de incorporação das disposições convencionais, em especial as que versam sobre direitos humanos, pelo direito brasileiro, e como a doutrina vem as entendendo dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o trabalho preocupar-se-á em analisar, especificamente, qual o valor hierárquico que o Supremo Tribunal Federal vem, ao longo do tempo, conferindo a estes tratados no direito nacional.

Cabe ressaltar que este estudo, adotando como metodologia uma análise essencialmente descritiva, não tem a pretensão de ser taxativo (nem poderia), visto a magnitude e amplo alcance do tema, mas irá procurar alcançar os objetivos lançados no projeto.

## 2. O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de adentrar, especificamente, no tema deste trabalho, que é a compreensão do modo pelo qual a Constituição Federal brasileira de 1988 se relaciona com os tratados internacionais de direitos humanos, far-se-á necessário, primeiramente, estudar, de forma sucinta, os precedentes históricos que permitiram que fosse deflagrado o processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, fato esse que implicou na criação da sistemática normativa internacional de proteção a esses direitos.

### 2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com base na literatura jurídica, é possível afirmar que os precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional dos direitos humanos podem ser fixados com a conclusão ou entrada em vigor dos tratados de Direito Humanitário e o advento da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário foi o que primeiro reuniu e sistematizou um conjunto de normas específicas de proteção às pessoas em situação de conflito. “É o direito que se aplica na hipótese de guerra, no intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais”<sup>1</sup>, protegendo militares postos fora de combate e populações civis.

Segundo MAZZUOLI, o direito humanitário tem por função

estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos direitos humanos; sua aplicação não está adstrita aos conflitos internacionais, podendo perfeitamente dar-se em caso de conflitos armados internos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 133.

<sup>2</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. Ed. Rev. atual. e ampli. São Paulo: RT, 2015. p. 905.

Dessa forma, é possível destacar que o Direito Humanitário foi a primeira demonstração, no plano internacional, de que “há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”.<sup>3</sup>

Nesse sentido, surge a Liga das Nações reforçando esta noção e ressaltando a necessidade de relativização da soberania dos Estados. Tendo como escopo fomentar a cooperação entre os Estados para garantia da paz e da segurança, a Liga das Nações foi criada após a Primeira Guerra Mundial, contemplando um sistema de solução pacífica de conflitos, limitações ao direito de declarar guerra, de utilização de armamentos, além de criar comissões técnicas e consultivas para desenvolvimento de projetos nas áreas de saúde e circulação de pessoas.<sup>4</sup>

Segundo PIOVENSAN, a Convenção da Liga das Nações, de 1920,

continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the league*, ao sistema das minorias e ao padrão internacional do direito ao trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Estes dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos.<sup>5</sup>

Após a Primeira Guerra Mundial, vindo a se juntar ao Direito Humanitário e à Liga das Nações, é criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), tendo por finalidade “promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar”<sup>6</sup>, conferindo igualdade entre todos nas relações de trabalho, além de assegurar valores mínimos de remuneração e tratamento, garantindo, assim, a dignidade da classe trabalhadora.<sup>7</sup>

Vale ressaltar que é a partir da criação da OIT, que os direitos dos indivíduos, no caso, os trabalhadores, começam a ser facilmente constatados. “Se no plano do Direito Humanitário e da Liga das Nações os direitos individuais encontravam-se ainda nebulosos, além de circunscritos a âmbitos restritos,” no plano da OIT era evidente quem eram os sujeitos de direitos a serem tutelados.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> PIOVENSAN, Flávia, op. cit., p. 134.

<sup>4</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. P. 32.

<sup>5</sup> PIOVENSAN, Flávia, op. cit., loc. cit.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/historia>> Acesso em: Julho de 2016.

<sup>8</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 906.



Diante do exposto, é possível afirmar que cada um desses institutos exerceu um importante papel no processo de internacionalização dos direitos humanos.

Nas palavras de PIOVESAN:

Vale dizer, o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações Unidas e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era, salvo raras exceções, restrito a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental.<sup>9</sup>

A autora ainda acrescenta: “estes institutos rompem com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos”.<sup>10</sup>

## 2.2 O MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Após os horrores e atrocidades cometidos na Segunda Guerra Mundial, especialmente pelo Nazismo, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, segundo STEINER, “iniciou uma carreira mais agressiva de submissão das nações a compromissos mínimos de proteção e garantia efetiva dos direitos da pessoa”.<sup>11</sup> O pós-guerra, dessa forma, representou “o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra”.<sup>12</sup>

Nessa perspectiva, leciona MAZZUOLI:

O legado do holocausto para internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção.<sup>13</sup>

Assim, a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e, posteriormente, da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, como explica PIOVESAN, é que se introduz

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 136.

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 137.

<sup>11</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., p. 33.

<sup>12</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A revolução constitucional dos Direitos Humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana. (Org.). **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicos**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2015. v. 5. p. 134.

<sup>13</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 907.

a concepção contemporânea de direitos humanos, baseada na universalidade e indivisibilidade destes. Diz-se universal, “porque a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos”<sup>14</sup>, afastada qualquer outra condição; e indivisível, “porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa”.<sup>15</sup>

Os direitos humanos se tornam, desse modo, “um referencial ético a orientar a comunidade internacional”.<sup>16</sup> Nesse sentido, PIOVESAN cita duas importantes consequências dessa concepção inovadora: a primeira seria a necessidade de revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, pois na medida em que se admitem intervenções no plano nacional visando a proteção dos direitos humanos, aquela passa a sofrer um processo de relativização e; “a segunda consistiria na cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito”.<sup>17</sup>

Dessa forma, “uma das principais preocupações desse movimento foi converter os direitos humanos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional”, fortalecendo-se “a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio exclusivo do Estado”.<sup>18</sup>

### 2.3 O SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A criação de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos só foi possível graças ao processo de internacionalização destes. E o fato que concretizou esse propósito foi a aprovação da Declaração Universal, em 1948. É nesse momento que o Direito Internacional dos Direitos Humanos inicia a produção de tratados internacionais visando à proteção de direitos fundamentais dos indivíduos. Segundo MAZZUOLI, essa época é considerada um “verdadeiro marco

---

<sup>14</sup> PIOVESAN, F. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: Alberto do Amaral Jr.; Cláudia Perrone-Moisés. (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp-FAPESP, 1999, v. 1, p. 240.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> MELLO, Cláudio Ari apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, op. cit., p. 135.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia., 1999, op. cit., p. 241.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

divisor no processo de internacionalização dos direitos humanos”<sup>19</sup>, já que antes disso, a tutela de direitos fundamentais se limitava a poucos sistemas normativos internos.<sup>20</sup>

Dessa forma, é nessa conjuntura que surge, então, o sistema global de proteção dos direitos humanos. Esse sistema é composto por instrumentos de natureza geral, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e por instrumentos de natureza específica, como as Convenções Internacionais de Combate à discriminação racial, à tortura, à violação dos direitos das crianças, à discriminação contra as mulheres, dentre outras.

Vindo a se juntar ao sistema global, surge, então, o sistema normativo regional de proteção dos direitos humanos. Tal sistema busca a internacionalização dos direitos humanos no âmbito regional, em especial na América, Europa e África. Do mesmo modo com que ocorre com o sistema global de proteção, o sistema regional também possui instrumentos de natureza geral, ou seja, alcançam todos os indivíduos, e instrumentos de natureza específica, isto é, alcançam apenas determinadas categorias de indivíduos ou determinados sujeitos de direito.

Esses sistemas não se contrapõem, muito pelo contrário, coexistem e, acima de tudo, se complementam. É o que leciona a professora PIOVESAN:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.<sup>21</sup>

E complementa:

Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de

<sup>19</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 908.

<sup>20</sup> “Antes disso, a proteção aos direitos fundamentais estava circunscrita a poucas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789; as questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo se mencionava o problema da ingerência interna em um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim é que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados, eis que feria o até então incontestável e absoluto princípio de soberania”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. op. cit., p. 908.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia, 1999, op. cit., p. 243.

proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao prever normas de interpretação, consagra o princípio da norma mais benéfica, quando no seu art. 29 dispõe que:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:  
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.<sup>23</sup>

Vale ressaltar, ainda, que a proteção adicional fornecida por esses sistemas (global e regional), acarreta na instituição de “mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais”.<sup>24</sup> Isto é, a partir do momento em que o Estado se ampara no instrumento internacional de proteção, ele passa ser monitorado no que concerne ao respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos dentro do seu território.

É importante mencionar também que todas as alterações provocadas pelo movimento de internacionalização dos direitos humanos tiveram muita importância no processo de democratização do cenário internacional. A autora PIOVESAN entende que o resultado desse processo se verifica quando, “além do Estado, novos sujeitos de direito passam a participar da arena internacional, tais como indivíduos e as organizações não-governamentais”.<sup>25</sup>

Feitas essas rápidas considerações acerca do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, faz-se importante analisar alguns dos principais instrumentos dos sistemas global e regional.

## 2.4 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

---

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia, 1999, op. cit., p. 243.

<sup>23</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia, 1999, op. cit., p. 243.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 244.

### 2.4.1 A Declaração Universal Dos Direitos Humanos – 1948

Aprovada pela Resolução nº 217 A-III da Assembleia Geral da ONU por 48 votos a zero (com 8 abstenções), a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasce tendo como objetivo “a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos”, complementando dessa forma os “propósitos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião”.<sup>26</sup>

A sua elaboração foi a primeira das três etapas em que se baseava o trabalho a ser desenvolvido pela recém criada Comissão de Direitos Humanos - a segunda etapa consistia na produção de “um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração” e a terceira abarcava a criação de “uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação”.<sup>27</sup>

Há, portanto, duas categorias de direitos instituídas pela Declaração: a primeira consiste nos direitos civis e políticos e a segunda nos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando, assim, o caráter liberal da cidadania com o caráter social, que, até então, se mantinham separados.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 950.

<sup>27</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

<sup>28</sup> “À luz de um perspectiva histórica, observa-se que até então intensa era a dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. No final do século XVIII, as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. O discurso liberal da cidadania nasce no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado Liberal, sob a influência das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Frente ao Absolutismo, fazia-se necessário evitar os excessos, o abuso e o arbítrio do poder. Neste momento histórico, os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria se pautar na legalidade e respeitar os direitos fundamentais. A não atuação estatal significava liberdade. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado. Caminhando na história verifica-se, por sua vez, que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então URSS, em 1917. Do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade. 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 à prestação social. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da URSS de 1917, bem como as Constituições sociais do início do século XX primaram por conter um discurso social da cidadania,

A união entre esses dois grupos de direitos – o direito à liberdade e o direito à igualdade – consistiu no conceito contemporâneo de direitos humanos, isto é, eles passaram a ser compreendidos como um elemento interdependente e universal. A partir desse momento, portanto, não seria mais possível “cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também é infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade”.<sup>29</sup>

Acerca de sua natureza jurídica, faz-se importante destacar que, por não ter passado pelos procedimentos necessários para a celebração de tratados, do ponto de vista técnico, a Declaração de 1948 não pode ser entendida como um *tratado*.

COMPARATO explica que

tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto.<sup>30</sup>

No entanto, esse não é o entendimento pacífico. O próprio COMPARATO esclarece que esse entendimento

peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte que, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.<sup>31</sup>

É pacífico na doutrina que a Declaração “integra o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito, apresentando, assim, força jurídica vinculante”.<sup>32</sup>

Nesse sentido, leciona MAZZUOLI que

apesar de não ser um tratado *stricto sensu*, pois nascera de resolução da Assembleia Geral da ONU, não tendo também havido sequência à assinatura, o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais autêntica da expressão “*direitos humanos e liberdades fundamentais*”, constante daqueles dispositivos já vistos da Carta das Nações Unidas. Em segundo lugar, é possível (mais do

---

*em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto*”. PIOVESAN, Flávia., 1997, op. cit., p. 155 – 158.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 161.

<sup>30</sup> COMPARATO. Fábio Konder, op. cit., p. 226.

<sup>31</sup> COMPARATO. Fábio Konder, op. cit., p. 227.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 163.

que isso, é *necessário*) qualificar a Declaração Universal como norma de *jus cogens* internacional.<sup>33</sup>

Por fim, cabe ressaltar, que é evidente a influência que a Declaração de 1948 teve e ainda tem em grande parte da comunidade internacional. Vários tratados e constituições internas – incluindo a Constituição Federal de 1988 – a tiveram como fonte jurídica, e os dispositivos de proteção dos direitos humanos nela contidos serviram como um modelo a ser seguido.

#### 2.4.2 Os Pactos Internacionais De Direitos Humanos – 1966

A segunda fase do processo de institucionalização dos direitos humanos no contexto global consistiu na adoção de dois pactos internacionais de direitos humanos pela Assembleia Geral da ONU. Em 16 de dezembro de 1966, em Nova York, foram adotados o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Baseado na ideia de que a Declaração Universal de 1948 não possuía força jurídica e vinculante, ficou-se decidido que a criação desses pactos a forneceria, assim, uma “*dimensão técnico-jurídica*”.<sup>34</sup> Dessa forma, o primeiro pacto seria responsável por regulamentar os arts. 1º ao 21 da Declaração, e o segundo, os arts. 22 a 28.

Esses dois pactos juntamente com a Declaração Universal de 1948 arquitetam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos – *International Bill of Rights*. Esse instrumento, nas palavras de PIOVENSAN, inaugura “o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano e, posteriormente, africano”.<sup>35</sup>

Entre a elaboração da Declaração de 1948 e a produção dos Pactos de Nova York de 1966 houve um atraso de dezoito anos, que ocorreu devido a divergências presentes na antiga Comissão de Direitos Humanos. Uma dessas divergências se

---

<sup>33</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 954.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 961.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 177.

referia “a questão de serem um ou dois os pactos que deveriam atribuir conteúdo mais propriamente jurídico à Declaração Universal”.<sup>36</sup>

Segundo MAZZUOLI,

certa corrente doutrinária, que quedou vencida à época, sustentava a confecção de um único instrumento, inclusive como meio de demonstrar a unicidade de propósitos de ambas as categorias de direitos, bem assim a indivisibilidade dos direitos humanos contemporâneos. Contudo, em 1952 a Assembleia Geral da ONU decidira pela elaboração de dois tratados, abertos simultaneamente à assinatura dos Estados, e que versassem, respectivamente, as duas categorias de direitos impressas na Declaração: os “direitos civis e políticos” e os “direitos econômicos, sociais e culturais”.<sup>37</sup>

Dessa forma,

os direitos civis e políticos seriam jurisdicionados (positivados nas jurisdições nacionais e exigíveis em juízo), de realização imediata, dependentes apenas de abstenção ou “prestação negativa” do Estado e passíveis de monitoramento; enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais seriam não jurisdicionáveis (não podendo ser objeto de ação judicial imediata), de realização progressiva (conforme os meios postos à disposição do Estado), dependentes de prestação positiva pelo Estado (devendo ser implementados por políticas públicas estatais) e de difícil monitoramento, sobretudo em sua dimensão individual.<sup>38</sup>

COMPARATO afirma que essa decisão de elaborar dois tratados ao invés de apenas um, como a Declaração Universal de 1948, “foi o resultado de um compromisso diplomático”.<sup>39</sup>

Existem algumas semelhanças entres esses dois pactos. A primeira diz respeito ao Preâmbulo; ambos os tratados seguem o modelo do preâmbulo da Declaração Universal. A segunda diz respeito a alguns artigos com disposições idênticas em ambos os pactos. São eles: art. 1º (que diz respeito à autodeterminação dos povos); art. 3º (que diz respeito à igualdade entre homens e mulheres); e art. 5º (que versa que “*nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo, ou indivíduo qualquer*”).

<sup>36</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 960.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> LINDGREN ALVES, José Augusto apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 960.

<sup>39</sup> “As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essa duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1)”. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 280.



*direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas”).*

Não obstante essas igualdades, há consideráveis diferenças entre os dois pactos. Em suma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como já exposto, “estabelece direitos inderrogáveis de primeira geração e autoaplicáveis, obrigações negativas e positivas aos Estados-Partes”.<sup>40</sup> Cria, ainda, o Comitê de Direitos Humanos, “destinado a receber informes e comunicações dos Estados-Partes, a criar comissões especiais e emitir opiniões consultivas”.<sup>41</sup> O direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravidão, o direito de ser reconhecido como pessoa, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, dentre outros, são alguns dos direitos estabelecidos por esse pacto. Esse instrumento foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 1991, e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 1992.

Por outro lado, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece os chamados direitos de segunda geração – direitos positivos – que deveriam ser progressivamente efetivados. São eles: o direito ao trabalho e a uma justa remuneração, o direito à formação de sindicatos, direito à educação, à moradia, à saúde, dentre outros. O Brasil aprovou esse pacto através do Decreto nº 226, de 1991, e o promulgou pelo Decreto nº 591, de 1992.

Por fim, cabe ressaltar que “essa divisão do conjunto dos direitos humanos em dois Pactos distintos é, em grande medida, artificial”.<sup>42</sup> Nas palavras de Yara Maria Pereira, “é essencial a implementação conjunta dos Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais. Um Direito não substitui outro, mas é fortalecido pela necessidade de aplicação conjunta e indissociável”.<sup>43</sup>

## 2.5 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

---

<sup>40</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015. p. 66.

<sup>41</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., p. 38 - 39.

<sup>42</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 280.

<sup>43</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira apud MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 66.

### 2.5.1 A Convenção Europeia De Direitos Humanos – 1950

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, instrumento mais importante de proteção dos direitos humanos do sistema regional europeu, foi firmada em Roma, em 1950, entrando em vigor em 1953. Sua elaboração fora determinada e efetivada pelo Conselho da Europa, órgão criado para promover a união entre os Estados europeus.

Essa Convenção nasce com o objetivo de estabelecer padrões mínimos de proteção no velho continente, e o cumpre através da institucionalização de um

compromisso dos Estados-partes de não adotarem disposições de Direito interno contrárias às normas da Convenção, bem assim de estarem aptos a sofrer demandas na Corte Europeia de Direitos Humanos (e de não embarçar, por qualquer meio, o exercício do direito de petição) caso desrespeitem as normas do tratado em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição.<sup>44</sup>

Por estabelecer com clareza as definições dos direitos tidos por fundamentais, além de reconhecer o indivíduo como sujeito de direito internacional, a Convenção Europeia é apontada como um dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos. No entanto, cabe ressaltar, que o seu rol de direitos e instrumentos necessários à efetiva proteção destes na Europa não foi esgotado, tendo sido necessária, assim, a sua ampliação por meio de vários protocolos que preveem direitos essenciais.<sup>45</sup> O protocolo nº 1, por exemplo, instituiu o direito de propriedade, à instrução e de sufrágio; o Protocolo nº 4 foi responsável por estabelecer a proibição da prisão civil por dívidas, liberdade de circulação, proibição da expulsão de nacionais e proibição da expulsão coletiva de estrangeiros; por sua vez, o Protocolo nº 6 previu a abolição da pena de morte em tempo de paz.<sup>46</sup> Estes, dentre outros, são alguns dos protocolos que merecem destaque.

Outra importante contribuição desse instrumento para a proteção da pessoa humana foi a fundação de três órgãos distintos encarregados de “fiscalizar o respeito aos direitos nele declarados e julgar as suas eventuais violações pelos Estados

---

<sup>44</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1002.

<sup>45</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1003.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 1004.

signatários”.<sup>47</sup> São eles: a Comissão Europeia de Direitos Humanos; a Corte Europeia de Direitos Humanos; e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

A Comissão Europeia de Direitos Humanos institui-se como um órgão semijudicial tendo por finalidade “analisar as queixas ou comunicações interestatais, bem assim dos indivíduos (ONGs ou grupos de indivíduos) sobre violação da Convenção”.<sup>48</sup> Era o órgão encarregado de “fazer a triagem das denúncias formuladas, de investigar os fatos e manifestar sua opinião fundada sobre a ocorrência ou não de violações de direitos”.<sup>49</sup>

Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos nasce como o órgão judicial responsável por “julgar os casos de violação de direitos humanos submetidos pela Comissão”.<sup>50</sup> Nesse sentido, faz-se importante destacar a explicação da professora BARBOZA:

A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída em 1959, traz uma grande transformação não só no direito internacional europeu, mas também no direito nacional dos países signatários da Convenção, uma vez que, em muitos países a Convenção tem funcionado como limite material para atuação dos Estados, e, portanto, parâmetro para controle do *judicial review*, além disso os países signatários têm sido fortemente influenciados pela jurisprudência da Corte, sendo considerada, inclusive como o “*documento constitucional da ordem pública europeia*”.<sup>51</sup>

Ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa compete a supervisão da Convenção Europeia. Com relação a esse órgão, explica Cançado Trindade que

se distingue a Convenção Europeia de sua equivalente no continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prescinde de órgão de composição política do gênero do Comitê de Ministros, limitando sua supervisão à Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>52</sup>

Por fim, é indispensável destacar que, em 1998, houve uma completa reestruturação do sistema de controle da Convenção Europeia. Por meio do Protocolo nº 11, a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos se tornaram uma Corte única. Por consequência, competia a esta, agora, realizar o juízo de admissibilidade e de mérito dos casos a ela submetidos. Não havia mais a dependência de um

<sup>47</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 270.

<sup>48</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1005.

<sup>49</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 270.

<sup>50</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1005.

<sup>51</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, op. cit., p. 142.

<sup>52</sup> TRINDADE, Cançado apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1005.

órgão responsável apenas “pela admissibilidade das petições ou comunicações”<sup>53</sup> (a Comissão). Já com relação ao Comitê de Ministros, explica MAZZUOLI que o Protocolo provocou a “extinção da função que tinha o Comitê de decidir se houve ou não violação da Convenção nos casos cujos relatórios haviam a ele submetidos pela Comissão, mas que não haviam sido submetidos à Corte”.<sup>54</sup> Isto é, “manteve-se a função de supervisão do Comitê, mas aboliu-se a competência contenciosa que ele detinha no regime anterior”.<sup>55</sup> Em suma, o resultado dessas mudanças consistiu numa concentração de funções por parte da Corte. A partir desse momento, caberia somente a ela decidir se houvera ou não violação dos dispositivos previstos pela Convenção Europeia.

## 2.5.2 A Convenção Americana De Direitos Humanos – 1969

A Convenção Americana de Direitos Humanos é considerada o instrumento fundamental do sistema regional interamericano de direitos humanos. Foi aprovada em 1969 na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos realizada na cidade de San José, na Costa Rica – daí ser mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica -, e entrou em vigor em 1978 após ter alcançado o número mínimo de 11 ratificações.

Sua criação, nas palavras de MAZZUOLI, “estabeleceu nas Américas um padrão de “ordem pública” relativa a direitos humanos, até então inexistente”.<sup>56</sup> Apesar disso, ainda há países – como EUA e Canadá – que ainda não a ratificaram e nem pretendem fazê-lo.

A proteção estabelecida pela Convenção Americana é “coadjuvante ou complementar da que oferece o Direito interno dos seus Estados-partes”<sup>57</sup>, isto é, os Estados continuam com a competência primária para a proteção dos direitos dos indivíduos sob a sua jurisdição, no entanto, na ausência de proteção adequada, é possível a atuação do sistema interamericano concomitantemente, visando, claro, à

---

<sup>53</sup> PIOVESAN, Flávia apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1006.

<sup>54</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1006.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1006.

<sup>57</sup> Ibidem.

tutela do direito não ou mal garantido pelo Estado. Dessa forma, o sistema protetivo estabelecido pela Convenção só deverá ser exercido após ter sido anteriormente dada a oportunidade de atuação do Estado. É nesse sentido que seu Artigo 46 dispõe que:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;<sup>58</sup>

Em outras palavras, o “prévio esgotamento dos recursos internos” é um requisito de admissibilidade de petições perante a Comissão Interamericana.

Os direitos proclamados pela Convenção são bem parecidos com os previstos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. São direitos de primeira geração como o direito à vida, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à proibição da escravidão, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão, dentre outros. Quanto aos direitos sociais, econômicos ou culturais, cabe destacar que eles não são especificamente consagrados por esse instrumento. Sobre esse assunto, vale evidenciar a explicação de PIOVENSAN:

A Convenção americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção. Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador).<sup>59</sup>

Assim como a Convenção Europeia, a Convenção Americana também é integrada por órgãos responsáveis pelo monitoramento e proteção dos direitos por ela enunciados. São eles: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em suma, sobre a Comissão, vale destacar, primeiramente, que sua competência abrange todos os Estados-partes da Convenção Americana, no que concerne aos direitos por ela proclamados. Ela é responsável por examinar, de forma igual, petições individuais ou de organizações não governamentais que envolvam denúncia de violação a direitos previstos pela Convenção. Os processos

---

<sup>58</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 224.

por ela apreciados “são concluídos com a exarcação de opinião ou conclusão de seus membros, seguindo-se a publicação de Informes ou o encaminhamento à Corte, se o Estado demandado estiver sujeito à jurisdição desta, por aceitação expressa”.<sup>60</sup> Além disso, a Comissão também exerce funções investigativas, conciliadoras, buscando um solução amigável para conflitos, e, ainda, assessoras, emitindo “opiniões consultivas em relação à interpretação da Convenção ou de outros Tratados de proteção aos direitos humanos, bem como sobre adequação dos ordenamentos internos a esses Tratados”.<sup>61</sup>

Quanto à Corte Interamericana, em primeiro lugar, vale frisar que ela é um órgão jurisdicional do sistema interamericano, composto por sete juízes, de diferentes nacionalidades, oriundos de Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede na cidade de San José, na Costa Rica. Nas palavras de MAZZUOLI, “trata-se de um tribunal internacional supranacional, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos”.<sup>62</sup> Ela exerce duas funções: consultiva e contenciosa. A de natureza consultiva alcança todos os Estados-partes da OEA e diz respeito à interpretação das normas previstas pela Convenção Americana e por outros tratados de direitos humanos nos Estados americanos. Já a função contenciosa depende, primeiramente, “do depósito da carta de aceitação da jurisdição obrigatória por cada um dos Estados-partes da Convenção”<sup>63</sup> e se refere “à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção”.<sup>64</sup>

Por fim, faz-se importante destacar que esse instrumento foi ratificado pelo Brasil em 1992, sendo promulgado internamente em novembro do mesmo ano através do Decreto nº 678.

### 2.5.3 A Carta Africana Dos Direitos Humanos E Dos Povos – 1981

---

<sup>60</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., 54.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 984.

<sup>63</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo, op. cit., 55.

<sup>64</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector apud PIOVESAN, Flávia., 1997, op. cit., p. 235.

Finalmente, vale tecer algumas poucas considerações a respeito da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, instrumento fundamental do sistema regional africano.<sup>65</sup>

Aprovada em 1981 na Conferência Ministerial da então Organização da Unidade Africana (OUA) na cidade de Banjul, Gâmbia, e adotada pela 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo da OUA, no mesmo ano, em Nairóbi, Quênia, a Carta Africana só veio a entrar em vigor internacionalmente em 1986. Hoje, 53 dos 54 Estados africanos já a ratificaram.

A característica mais importante no que tange ao rol normativo previsto pela Carta diz respeito à noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos elencados por ela, isto é, em seu texto não há qualquer distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Pelo contrário, é dada uma ênfase à noção de coletividade dos direitos humanos. Sobre esse assunto, destaca-se a explanação de MAZZUOLI:

diferentemente das Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, a Carta Africana não atribui qualquer ênfase aos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) sobre os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais). Pelo contrário: ao adotar uma postura “coletivista” ou “holística” dos direitos humanos, que enfatiza o “direito dos povos” expressamente, a Carta Africana acaba por compreender a proteção do indivíduo não sob uma ótica liberal ou individualista, mas sob a ótica social ou coletiva.<sup>66</sup>

Portanto, os direitos proclamados pela Carta Africana são os chamados direitos de “terceira geração” – como o direito ao desenvolvimento, à paz, à preservação de um meio ambiente sadio, dentre outros.

Além de proclamar direitos de primeira e segunda geração, direitos individuais e coletivos, esse instrumento se destaca, também, pela inovação trazida num capítulo destinado a elencar os deveres dos indivíduos, colocados não como simples “contrapartida” aos deveres do Estado, mas efetivamente como deveres da pessoa para com outras pessoas, sociedade, grupos e o próprio Estado.

A Carta Africana também estabelece um órgão responsável pela proteção e promoção dos direitos humanos elencados por ela: a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que tem por funções “reunir documentação, fazer estudos e

---

<sup>65</sup> MAZZUOLI, Valerio, op. cit., p. 1023. O sistema regional africano é ainda o menos efetivo de todos, ficando em terceiro lugar na escala de amadurecimento dos sistemas regionais, atrás dos sistemas regionais europeu (o mais evoluído e mais sólido) e interamericano que se encontra em posição intermediária.

<sup>66</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1026.

pesquisas sobre problemas africanos no domínio dos direitos humanos”; “formular e elaborar princípios e regras que permitam resolver os problemas jurídicos relativos ao gozo dos direitos humanos”; “cooperar com outras instituições africanas ou internacionais que se dedicam à promoção e proteção dos direitos humanos”; “interpretar qualquer disposição da Carta a pedido de um Estado-parte, de uma instituição da União Africana ou de uma organização africana reconhecida pela União Africana”.<sup>67</sup>

Por fim, vale ressaltar que, diferentemente das Convenções Europeia e Interamericana, a Carta não instituiu uma Corte africana em seu texto original, tendo esta sido instituída em 1998 pelo Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e começado suas atividades em 2004, ano da entrada em vigor do Protocolo. O argumento da não previsão da Corte pela Carta Africana era de que, “no Continente Africano, a solução de conflitos estava mais ligada à mediação e à conciliação que propriamente à solução pela via jurisdicional”.<sup>68</sup>

A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, exerce funções consultiva e contenciosa. Consultiva, pois ela pode emitir pareceres consultivos versando sobre qualquer questão jurídica relacionada à Carta ou a outros instrumentos de direitos humanos, e contenciosa, pois é ela competente para solucionar controvérsias acerca da interpretação e aplicação da Carta Africana. Dentro dessa competência, cabe destacar também a possibilidade da adoção de “medidas provisórias”, por parte da Corte, visando à proteção de um direito passível de sofrer violação.

---

<sup>67</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1026.

<sup>68</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1033.



### 3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No capítulo anterior, este trabalho se preocupou em explicar como se deu o processo de internacionalização dos direitos humanos, bem como em explanar acerca da criação da sistemática normativa internacional de proteção a estes, falando, especificamente, acerca de alguns instrumentos de proteção de âmbito global e regional.

O capítulo que agora se inicia tem por objetivo compreender como se dá a relação entre a Constituição de 1988 e os tratados internacionais, em especial os de direitos humanos. Para isso, faz-se necessário, primeiramente, tecer algumas considerações com relação ao conceito e ao processo de formação destes.

#### 3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, são considerados a fonte mais importante do Direito Internacional. Segundo PIOVESEAN, “o termo “tratado” é um termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais”.<sup>69</sup>

REZEK conceitua tratado internacional como um “acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinados a produzir efeito”<sup>70</sup>, e conclui explicando que “pelo efeito compromisso e cogente que visa a produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria subsistência”.<sup>71</sup>

A convenção sobre o direito dos tratados concluída em Viena, em 1969, dá a seguinte definição:

“Tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento

---

<sup>69</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 73.

<sup>70</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 14.

único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;<sup>72</sup>

A Convenção de Viena, citada acima, teve como finalidade servir como a “Lei dos Tratados”, e a forma como ela os definiu “limitou-se aos tratados celebrados entre Estados, não envolvendo os tratados dos quais participam organizações internacionais”.<sup>73</sup> No entanto, esse entendimento já é ultrapassado e, atualmente, há a possibilidade de assinatura de tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou, até mesmo, entre Organizações Internacionais. MAZZUOLI explica que

a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas também se preocupou em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional. A Convenção regula desde questões pré-negociais (capacidade para concluir tratados e plenos poderes), até o processo de formação dos tratados (adoção, assinatura, ratificação, adesão, reservas etc.), sua entrada em vigor, aplicação provisória, observância e interpretação, bem assim a nulidade, extinção e suspensão de sua execução.<sup>74</sup>

O Brasil assinou esta Convenção em 23 de maio de 1969, mesma data de sua conclusão, a ratificando, posteriormente, no dia 25 de setembro de 2009 com reservas aos artigos 25 e 66.

No que tange ao processo de formação dos tratados internacionais, a Convenção de Viena determina em seu art. 11 que “*o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.*” Observa-se, portanto, que trata-se de um processo solene que deve obedecer determinadas formalidades.

MAZZUOLI explica que os tratados, até a sua conclusão, devem passar por quatro fases. São elas:

- a) a da formação do texto (negociações, adoção, autenticação) e assinatura;
- b) a da aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado;

---

<sup>72</sup> Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 74.

<sup>74</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 193.

- c) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumentos que a consubstanciam;
- d) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado.<sup>75</sup>

Por sua vez, Rebecca Wallace afirma que “a sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados pelos Estados é deixada a critério de cada Estado”<sup>76</sup>, e é por isso “que as exigências constitucionais referentes à ratificação dos tratados variam enormemente”.<sup>77</sup>

Já PIOVESAN entende que o processo de formação dos tratados tem início com “os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado”, atos estes de competência do Poder Executivo. No entanto, a assinatura do tratado não produz efeitos jurídicos vinculantes, “trata-se de mera aquiescência do Estado”, indicando “tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo”.<sup>78</sup>

A autora continua seu raciocínio afirmando que o segundo passo trata-se da apreciação e aprovação do tratado pelo Poder Legislativo seguido da ratificação pelo Poder Executivo. É a partir deste momento que o Estado está obrigado a um tratado no plano internacional.

Há ainda, na visão da autora, o terceiro e último passo que diz respeito ao depósito do instrumento de ratificação “em um órgão que assuma a custódia do instrumento”<sup>79</sup> – por exemplo, se tratando de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação será depositado na própria ONU.

Diante do exposto, é possível perceber que, devido à força jurídica obrigatória e vinculante que os tratados possuem, “a violação de um tratado implica em violação de obrigações assumidas no âmbito internacional”,<sup>80</sup> cabendo, dessa forma, no plano internacional, a responsabilização do Estado violador.

Ainda, é importante ressaltar que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados que expressamente consentiram com a sua adoção – os chamados Estados partes -, não podendo criar, portanto, obrigações àqueles Estados que com

---

<sup>75</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 109.

<sup>76</sup> WALLACE, Rebecca apud PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 77.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 77.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 81.

eles não consentiram, “a menos que preceitos constantes no tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional”.<sup>81</sup>

Nas palavras de PIOVESAN, “os tratados são, por excelência, expressão de consenso”<sup>82</sup>, isto é, eles só criam obrigações legais se houver prévio consenso entre os Estados soberanos, que, aceitando-os, obrigam-se a respeitá-los. Essa ideia está prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena quando prevê que o tratado será nulo se sua conclusão for obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas.

### 3.2 O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de tudo, faz-se necessário destacar que o trâmite legal a seguir exposto é o previsto para os tratados comuns, isto é, aqueles tratados que não versam sobre direitos humanos. Estes, por sua vez, possuem um trâmite específico que será abordado no próximo tópico.

No Brasil, o art. 84, VIII, da CF/88, sustenta que é de competência privativa do Presidente da República<sup>83</sup> o ato de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Já o art. 49, I, da Carta Constitucional, determina ser de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Logo, para que se aperfeiçoem, os tratados internacionais dependem de “um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo”.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 75.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>83</sup> “Na celebração de tratado, convenções e atos internacionais com Estados estrangeiros, o Presidente da República, na dupla qualidade de chefe de Estado e chefe de Governo, não procede como se houvesse delegação do Poder Legislativo, mas procede por poder seu, sobre o qual o texto é explícito, posto que a referendo do Poder Legislativo”. MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais: Constituição de 1988 e Mercosul. In: **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição**. São Paulo: LTr, 1996, p. 471.

<sup>84</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 79.

Nesse sentido, Louis Henkin observa que o poder de celebrar tratados

é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática “check and balances”. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.<sup>85</sup>

Resumidamente, pode-se dizer que no Brasil, a celebração de tratados internacionais é constituída por seis etapas: negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação.<sup>86</sup>

O ato de assinatura de tratados cabe, segundo o art. 84, VII, da Constituição, ao Presidente da República. É ele o responsável por “analisar, através de estudos e pareceres, a conveniência e a oportunidade de assumir perante a comunidade internacional o compromisso diante desse ato”.<sup>87</sup>

Depois da assinatura, é enviada pelo Presidente da República uma Mensagem ao Congresso Nacional contendo uma exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores e o texto do ato internacional a fim de ser analisado pelas duas casas legislativas.

Por se tratar de uma espécie normativa de iniciativa do Chefe do Executivo, é na Câmara dos Deputados onde se inicia a apreciação da matéria pelo Congresso Nacional. Após a leitura da Mensagem presidencial em plenário, o documento é analisado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, Comissão de Constituição e Justiça e Comissão de Redação da Câmara.

Após a leitura da Mensagem pelo Presidente da Câmara, é formalizado um processo autônomo encaminhado para análise da primeira Comissão, no qual é nomeado um relator que coordena a apreciação do relatório e do parecer que propõe o projeto de decreto legislativo sobre o texto do tratado. Após a aprovação na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, o projeto de decreto legislativo segue para exame na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, submetendo-se a nova discussão e votação, tendo sua decisão nesse caso, caráter terminativo.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> HENKIN, Louis apud PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 81.

<sup>86</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **A constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 179, p. 89-126, 2008. p. 125.

<sup>87</sup> BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O. **A Emenda Constitucional nº45/2004 e a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Revista Jurídica (Brasília), v. 90, p. 01-44, 2008. p. 13.

<sup>88</sup> Ibidem.

Em seguida, a matéria vai à Plenário para discussão e votação em um único turno devendo ser aprovada por maioria simples, presente a maioria absoluta dos deputados. Aprovado, o projeto de decreto legislativo é enviado ao Senado Federal, onde passa por um processo semelhante ao da Câmara, isto é, após a análise pelas comissão especiais, o projeto deve ser aprovado em plenário por maioria simples, presentes a maioria absoluta dos senadores, em um único turno de discussão e votação. A promulgação e publicação do Decreto Legislativo é de competência do Presidente do Senado.

A análise do conteúdo do ato internacional pelo Legislativo se faz fundamental para que seja respeitado o princípio democrático, no entanto, lhe é vedado “interferir nos estágios de negociação e assinatura dos atos internacionais”.<sup>89</sup> Como bem leciona Celso D. de Albuquerque Mello,

a emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional, e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação.<sup>90</sup>

Quanto às reservas, MELLO também entende que não compete ao Legislativo fazê-las, isto porque “a apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo”, vale dizer, é um ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo que independe de qualquer autorização do Congresso Nacional, “ao qual cabe simplesmente apreciar os tratados internacionais antes que sejam definitivamente ratificados pelo Presidente”.<sup>91</sup>

Após essa fase de análise e aprovação pelo Congresso, o decreto legislativo volta ao Poder Executivo para a sua ratificação. É nesse “momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito do instrumento de ratificação no local

---

<sup>89</sup> BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 14.

<sup>90</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque apud BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 14. Nesse sentido leciona CACHAPUZ: “Aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, em transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. O mesmo pode-se dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República.” MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de apud BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 16.

<sup>91</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque apud BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 15.

designado, nos casos de tratados multilaterais”.<sup>92</sup> No caso de tratados bilaterais, a ratificação ocorre pela via de troca de notas. Nestes, não cabem reservas, pois estas consolidariam um novo tratado. Por outro lado, nos tratados multilaterais, “salvo regra expressa em seu próprio texto, o Presidente da República pode opor reservas, para as quais se requer apenas a ciência (não a anuência) das outras partes”.<sup>93</sup>

O próximo passo consiste na promulgação e publicação do decreto presidencial a fim de que o ato se aperfeiçoe e tenha vigência no território nacional.

A promulgação e a publicação do decreto presidencial têm o escopo de dar publicidade interna. O referido decreto divulga o texto integral do tratado e a data do início de sua vigência no território nacional. O ato de promulgação por decreto presidencial dos tratados internacionais configura exemplo de costume internacional, eis que não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988.<sup>94</sup>

Após os atos de ratificação, promulgação e publicação do tratado pelo Estado, e, desde que ele já esteja em vigor no plano internacional, ocorre a incorporação do tratado pelo arcabouço normativo interno e, conseqüentemente, este passa a produzir efeitos na ordem doméstica.

### 3.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO – ENTENDENDO OS §§2º E 3º DO ART. 5º DA CF/88

Segundo MAZZUOLI, “há toda uma complexidade envolvendo a integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira”.<sup>95</sup> Dessa forma, faz-se necessário compreender qual o valor que a Constituição Federal atribui a estes tratados na ordem jurídica doméstica. Esse assunto é tratado pela Carta constitucional no seu art. 5º, §§2º e 3º.

---

<sup>92</sup> ARAUJO, N.. A Internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: Carlos Eduardo de Abreu Bouca; Nadia de Araujo. (Org.). **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. , p. 63-114. p. 75 - 76

<sup>93</sup> BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 16.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 911.

Antes de tudo, é importante ressaltar que a Constituição de 1988 foi um importante marco da redemocratização do país. Ela foi importante, também, para o processo de institucionalização dos direitos humanos e

significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada nova ordem estabelecida a partir de então que desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Poder Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.<sup>96</sup>

Dentro dessa nova perspectiva internacional, que era nitidamente humanizante e protetiva, a Constituição de 1988 estabeleceu como princípios a dignidade da pessoa humana, previsto pelo art. 1º, III, e a prevalência dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, previsto pelo art. 4º, II.

Sobre o primeiro princípio, PIOVESAN explica que ele estabelece

o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.<sup>97</sup>

Com relação ao segundo, MAZUOLLI leciona que

ao falar em “prevalência dos direitos humanos” está a Constituição – pela utilização da própria terminologia “direitos humanos” – ordenando à jurisdição brasileira que respeite as decisões ou recomendações (quando mais benéficas) provindas da ordem internacional, em especial das instâncias judiciais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>98</sup>

Em outras palavras, essa previsão constitucional revela “o engajamento do Brasil no sistema internacional de edificação de normas protetivas de direitos humanos”, bem como “a preocupação em integrar as regras internacionais à ordem jurídica interna”.<sup>99</sup>

Nesse sentido, uma inovação que marcou a abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi a previsão

<sup>96</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 911.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 79.

<sup>98</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 912.

<sup>99</sup> ARAUJO, N.. A Internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: Carlos Eduardo de Abreu Bouca; Nadia de Araujo. (Org.). **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. , p. 63-114. p. 102.



feita pelo art. 5º, §2º,<sup>100</sup> da Constituição de 1988, de que os direitos e garantias por ela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Da análise desse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, pode-se observar, assim, três vertentes dos direitos e garantias previstos pela Constituição Federal. São eles:

- a) os direitos e garantias expressos na Constituição (por exemplo, os previstos pelo art. 5º e outros previstos fora desse rol, porém dentro do texto constitucional);
- b) os direitos e garantia implícitos (aqueles subentendidos nas regras de garantias bem como os decorrentes dos princípios constitucionais);
- c) e os direitos e garantias previstos pelos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte.<sup>101</sup>

Isto posto, pode-se notar que a Constituição de 1988, passa “a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa”:<sup>102</sup> uma decorrente do direito interno, isto é, os direitos e garantias expressos (formais) e implícitos (materiais) na Constituição, e a outra decorrente do Direito Internacional (tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte).

Dessa forma, pode-se afirmar que tais tratados internacionais são fontes do sistema constitucional de proteção de direitos, inclusive com a mesma eficácia e força dos direitos materiais e formais por ela expressos e subentendidos, justificando, portanto, o seu status de norma constitucional. Esta dualidade de fontes, como explica Germán J. Bidart Campos,

significa que em caso de conflito deve o intérprete optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio pro

---

<sup>100</sup> Cançado Trindade entende que (...) “a novidade do artigo 5º, inciso 2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 89.

<sup>102</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 914.

homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.<sup>103</sup>

Apesar de essa ser a interpretação mais apropriada<sup>104</sup> do dispositivo – no sentido de conferir às normas convencionais de direitos humanos status constitucional – dentro da doutrina e na jurisprudência a redação do §2º suscitou controvérsias a respeito da internalização e da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico doméstico. LAFER, nesse sentido, leciona:

O §2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, ao ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a prolação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, §2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.<sup>105</sup>

Quatro correntes na doutrina disputavam o valor hierárquico das normas convencionais de direitos humanos no direito brasileiro: a primeira defendendo o seu caráter supraconstitucional,<sup>106</sup> isto é, estas normas estariam acima até da Constituição; a segunda, entendendo-as como normas constitucionais, baseada na cláusula de abertura prevista pelo §2º do art. 5º; a terceira, atribuindo a essas disposições o caráter supralegal e infraconstitucional – elas estariam acima da legislação ordinária, porém abaixo da Constituição; e a quarta adotando a tese da paridade normativa entre a lei e os tratados internacionais independentemente de

<sup>103</sup> CAMPOS, Germán J. Bidart apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 914.

<sup>104</sup> Nas palavras de FACHIN: “*Em interpretação fiel ao sistema constitucional inaugurado, não era outra a indicação senão de agregar a armação internacional dos direitos humanos ao direito constitucional pátrio. Entretanto, afrontando a literalidade e o espírito constitucional, observou-se a formação de uma “resistência, quase que insuperável, em assimilar internamente os efeitos dos direitos humanos internacionais”.* Formou-se, assim, intenso debate no direito constitucional pátrio acerca da melhor interpretação desta cláusula”. FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Resignificação e Emancipação**. São Paulo: 2013. p. 397.

<sup>105</sup> LAFER, Celso. **A Internalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 15.

<sup>106</sup> No Brasil, esta tese teve como defensor o autor Celso de Albuquerque Mello. Este, com base no estudo do direito numa perspectiva política, entendia que a noção de soberania do Poder Constituinte está subordinada ao Direito Internacional. Em suas palavras: “*Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo, a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado*”. MELLO, Celso D. de Albuquerque apud GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 10, p. 01-20, 2008. p. 03.

seu conteúdo - isto é, estes tratados teriam status de norma infraconstitucional – baseada no disposto pelo art. 102, III, “b”, da CF/88.<sup>107</sup>

Com o intuito de pôr fim a essas discussões, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foi acrescentado um parágrafo subsequente ao §2º do artigo 5º. Eis a sua redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>108</sup>

Da análise desse dispositivo, depreende-se que os tratados internacionais de direitos humanos ganharam um procedimento específico para sua internalização.<sup>109</sup> A partir de então, a fim de que estes passassem a ter status de emendas constitucionais, eles deveriam ser aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, em dois turnos. Nesse sentido, a professora FACHIN, baseada na lição de André Ramos Tavares sustenta que:

O parágrafo 3º foi adicionado ao artigo 5º com o intuito de, ressaltando a complementaridade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, explicitar a posição privilegiada dos tratados sobre a matéria, figurando como “elemento estabilizador do Direito pátrio, encerrando a série de disputas em torno do assunto.”<sup>110</sup>

<sup>107</sup> Faz-se necessário destacar que, enquanto os tratados de direitos humanos possuem *status* de norma constitucional, os demais tratados internacionais possuem força hierárquica infraconstitucional. Essa ideia é extraída do art. 102, III, “b”, da Constituição, que dispõe que é de competência da Suprema Corte julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Foi com base nesse dispositivo, portanto, que essa corrente “*passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam mesma hierarquia jurídica*”, e que, assim sendo, a máxima *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível) deveria ser aplicada. PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 91.

<sup>108</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>109</sup> Para BARROSO, o §3º não visa a criação de uma nova espécie normativa, e sim, atribuir aos tratados de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro uma eficácia qualificada, que ensejaria “*à produção de três efeitos diferenciados: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o art. 5º, §3º, da CF, prevalecerá o tratado, em razão de sua equivalência com as emendas constitucionais (e independentemente do critério cronológico); b) os tratados de direitos humanos incorporados de acordo com o art. 5º, §3º, CF, podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o chamado “bloco de constitucionalidade”; c) tais tratados não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, por força do art. 60, §4º, da CF.*” BARROSO, L. R. Constituição e Tratados Internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). **Controle de Convencionalidade - um panorama latino-americano**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 259-308. p. 173 - 174

<sup>110</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. São Paulo: 2013. p. 401.

Diante do exposto, pode-se perceber que, enquanto o §2º do art. 5º da Constituição “se reporta a uma cláusula de abertura, que permite aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ter uma hierarquia materialmente constitucional”<sup>111</sup> - isto é, apesar de não estarem formalmente consagrados pela Carta de 1988, são constitucionais pois versam sobre direitos e garantias decorrentes dos princípios constitucionais - o §3º do art. 5º “se reporta ao ingresso formal dos referidos tratados internacionais humanistas, tendo em vista a constante discussão doutrinária acerca da abrangência do parágrafo 2º do mesmo artigo”.<sup>112</sup>

Dessa forma, com a intenção de acabar com as dúvidas a respeito da hierarquia e da incorporação dos tratados de direitos humanos pelo direito brasileiro, o §3º, funcionando como uma “lei interpretativa”, confere a estes tratados, desde que aprovados pelo quórum específico, caráter formalmente constitucional. É o que leciona LAFER:

O novo §3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §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. (...)

Explico-me observando que entendo, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 não são mais meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> CONCEIÇÃO, Arnaldo Alves da. **A inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel face aos tratados internacionais de Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6836&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6836&revista_caderno=9)> Acesso em: novembro de 2016.

<sup>112</sup> CONCEIÇÃO, Arnaldo Alves da. **A inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel face aos tratados internacionais de Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6836&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6836&revista_caderno=9)> Acesso em: novembro de 2016.

<sup>113</sup> LAFER, Celso, op. cit., p. 18.

PIOVESAN, nesse sentido, entende que a coexistência dos §§2º e 3º é possível, pois “a promulgação do último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional”.<sup>114</sup>

Resumidamente, pode-se dizer, portanto, que com o advento do §3º do art. 5º, há duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional: a primeira diz respeito aos materialmente constitucionais, internalizados pela cláusula de abertura prevista pelo §2º do art. 5º; e a segunda diz respeito aos material e formalmente constitucionais, por força da inovação prevista pelo §3º. Nas palavras de PIOVESAN:

Todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.<sup>115</sup>

BALTAZAR também defende a coexistência das duas possibilidades de recepção dos tratados, no entanto, diferentemente de PIOVESAN, o autor entende que estes poderiam ser recebidos como leis ordinárias, isto é, da mesma forma que os tratados comuns, ou como leis constitucionais se passarem pelo procedimento previsto pelo §3º do art. 5º da CF/88. Em suas palavras:

a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com o status de lei ordinária (regra geral) ou com o status de norma constitucional (CF, art. 5, §3º) é ato discricionário do Congresso Nacional e dependerá de seu julgamento de oportunidade e conveniência quando da análise do caso concreto.<sup>116</sup>

Por outro lado, há também quem defenda que a EC nº 45/2004, ao invés de trazer soluções, trouxe mais confusão à matéria, principalmente, por não se referir aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da citada emenda. É o que afirma DALLARI:

paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à

<sup>114</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> BALTAZAR, A. H. L., apud SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza. A recepção de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Brasil após a Emenda Constitucional nº 45. IN: **Direitos Humanos e Democracia**. p. 181-205 p. 193. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/viewFile/16763/11149>> Acesso em: novembro de 2016.

promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam status constitucional.<sup>117</sup>

MAZZUOLI, no mesmo sentido, destaca que essa alteração no texto constitucional “é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nessa seara”. E conclui seu raciocínio afirmando que o poder reformador “trouxe consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista”.<sup>118</sup> O autor, à época dos debates referentes à citada Emenda, baseado na Constituição venezuelana de 1999, tinha como ideia um dispositivo que reforçava o significado do §2º do art. 5º da CF/88 e não que hierarquizava os tratados de direitos humanos, como fez a atual redação do §3º. Eis a sua proposta:

§3º. Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.<sup>119</sup>

Como se pode observar, a redação proposta pelo autor “não invalidava a interpretação doutrinária relativa aos §§1º e 2º do art. 5º da Carta de 1988”, que, em conjunto, se referem à hierarquia constitucional e à aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, pelo contrário, ela “valeria tão somente como interpretação autêntica do parágrafo anterior, ou seja, do §2º do art. 5º”.<sup>120</sup>

FERREIRA e TÁRREGA também entendem que a Emenda não resolveu a polêmica quanto ao status dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, isso se deve, basicamente, à sua inconstitucionalidade. Na visão dos autores, já de início, ela contraria o Pacto de San José da Costa Rica – tratado que já era ratificado pelo Brasil antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004 – que estabelece, em seu art. 29, que:

Nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de:

<sup>117</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na emenda constitucional 45. IN: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Orgs.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 91.

<sup>118</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 919.

<sup>119</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 918.

<sup>120</sup> Ibidem.

- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, ou limitá-los em maior medida do que nela prevista;
- b) limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-Partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.<sup>121</sup>

Ressaltam também que a previsão de um quórum qualificado para a aprovação dos citados tratados “cria um sério problema de direito intertemporal, ao deixar indefinido o vasto campo dos tratados dos quais o Brasil tornou-se parte antes de 31 de dezembro de 2004”.<sup>122</sup> Na visão dos autores, por não explicitarem qual status teriam estes tratados, vozes retrógradas afirmariam “que eles não podem ter força constitucional, uma vez que não se submeteram ao quórum exigido pela emenda”.<sup>123</sup> No entanto, não há nenhuma previsão no direito brasileiro no sentido de haver “a necessidade de que um tratado em vigor tivesse de ser submetido novamente a votação no Congresso Nacional apenas para aumento de quórum”.<sup>124</sup>

Ainda, no entendimento dos autores, a exigência do processo previsto pelo §3º - quórum de três quintos dos votos das duas casas em dois turnos de votação – para que os tratados de direitos humanos passassem a ter status constitucional deveria ter sido feita pelo constituinte originário, “o qual, contudo, optou por abrir mão de quaisquer formalidades para acolher a proteção de direitos humanos proveniente de tratado internacional”. Dessa forma, “o poder reformador teria ultrapassado seus limites, já que os direitos humanos inserir-se-iam no núcleo imutável estabelecido pelo constituinte de 1988”.<sup>125</sup> Estes direitos seriam cláusulas pétreas e, portanto, não poderiam sofrer modificações provenientes de emenda, é o que dispõe o §4º, IV do art. 60 da CF/88: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direito e garantia individuais*”.

Defende também a inconstitucionalidade da EC nº 45/2004, Ives Gandra Martins. Para o autor “os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea”, no entanto, “não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como

---

<sup>121</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

<sup>122</sup> SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 194.

<sup>123</sup> FERREIRA, L. A. C.; TÁRREGA, M. C. V. B., apud SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 195.

<sup>124</sup> SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 195.

<sup>125</sup> SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 196.

determina o §2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto Constitucional e outros que decorrem da implicitude inequívoca".<sup>126</sup>

Jorge Calmon de Passos também entende inconstitucional o §3º do art. 5º da CF/88 pelo mesmo motivo explicitado por Gandra Martins, contudo, indo mais além, ele também vê o dispositivo como uma afronta ao princípio da prevalência dos direitos humanos previsto pelo art. 4º, II, da CF.<sup>127</sup>

Ingo Sarlet, por sua vez, não vê o §3º como inconstitucional, “uma vez que sua harmonização às demais regras constitucionais exigiria apenas um esforço hermenêutico construtivo”. O autor defende que se verifique a primazia da norma mais favorável no caso concreto, haja vista a impossibilidade de “determinar a priori quais situações desrespeitariam a dignidade humana”.<sup>128</sup>

O ex Ministro do STF Carlos Mário da Silva Velloso entende que as normas convencionais de direitos humanos recepcionadas antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004 devem ser interpretadas como “normas com blindagem constitucional”. Assim sendo, “somente os tratados posteriores ao advento da Emenda mencionada têm de passar pelo procedimento previsto no §3º do art. 5º para que tenham feição constitucional”.<sup>129</sup>

No mesmo sentido, SCHIER propõe à matéria a incidência do *tempus regit actum*. Em suas palavras:

Neste caso, a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, status de emendas constitucionais.<sup>130</sup>

Para o professor, ao atribuir uma interpretação otimista ao §3º do art. 5º, sua tese, “antes de compreender o dispositivo como propiciador do sepultamento das

<sup>126</sup> MARTINS, I. Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 371. Apud: PASSOS, J. L. T. C. de. Direitos humanos na reforma do judiciário. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 351.

<sup>127</sup> PASSOS, J. L. T. C. de. Direitos humanos na reforma do judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 353.

<sup>128</sup> SARLET, I. W., apud SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 197.

<sup>129</sup> VELLOSO, C. M., apud SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza, op. cit. p. 198.

<sup>130</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do *tempus regit actum***. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>> Acesso em: novembro de 2016.



teses progressistas do bloco de constitucionalidade, possibilitará afirmar o contrário: a confirmação da hierarquia constitucional”.<sup>131</sup>

Como se pôde observar, o grande problema da redação do §3º do art. 5º foi não se referir àqueles tratados ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45/2004.<sup>132</sup>

Por tudo isso, então, pode-se concluir que mais acertado seria se o legislador, ao invés da atual redação do §3º do art. 5º, prescrevesse um dispositivo determinando explicitamente “que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano”. Assim, futuros problemas de interpretação constitucional poderiam ser evitados, e isso contribuiria, também, “para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e seus mecanismos de proteção”.<sup>133</sup> É essa a posição defendida por Valerio de Oliveira Mazzuoli – e à qual esse trabalho se associa.

---

<sup>131</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>> Acesso em: novembro de 2016.

<sup>132</sup> “*Quiça esteja justamente neste ponto o grande mérito da emenda uma vez que reacendeu o importante e necessário debate acerca da hierarquia e regime jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos em face do regime constitucional pátrio, afastado o entendimento que reinava pacificado na Corte Suprema, e que, por consequência, se esprava no Poder Judiciário, da paridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos com a lei ordinária*”. FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Resignificação e Emancipação**. São Paulo: 2013. p. 401.

<sup>133</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 921.

#### 4. O ENTENDIMENTO DO STF COM RELAÇÃO AO STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como se pôde observar, o valor hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna é um tema que suscita controvérsias no universo jurídico brasileiro. No capítulo anterior, este trabalho se preocupou em demonstrar como a doutrina vem compreendendo o assunto.

Agora, faz-se necessário analisar como a jurisprudência vem se pronunciando com relação à matéria. Para isso, o capítulo que agora se inicia examinará como o STF vem, ao longo do tempo, entendendo as normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

##### 4.1 AS DECISÕES DO STF ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É interessante notar que, do início do séc. XX até a década de 70, o STF reconheceu a hierarquia supralegal dos tratados internacionais, independentemente de sua natureza.

O primeiro precedente nesse sentido ocorreu em janeiro de 1914. Decidindo, então, o Pedido de Extradução nº 07/1913 – requerido pela Delegação da Alemanha, tendo como extraditando o Sr. Ernst Wegscheider -, a Suprema Corte “optou por considerar que um tratado continuaria em vigor no ordenamento jurídico interno mesmo após haver uma lei posterior contrária a ele”.<sup>134</sup> Eis a decisão:

É declarada nulla e insubsistente, por falta de competência, a sentença denegatória de extradição, fundada no falso suposto de ser o caso regido pela lei n. 2.416, de 18 de junho de 1911, provando-se posteriormente não ser essa a lei aplicável, por não ter sido ainda denunciado o tratado existente entre o paiz requerente e o Brazil.<sup>135</sup>

Em suma, ficou-se decidido a não “aplicação da Lei no 2.416/1911 frente ao anterior tratado celebrado entre Brasil e o outrora Império da Alemanha, em 17 de

<sup>134</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 283 – 284.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradução no 7/1913. Rel. Min. Canuto Saraiva. Brasília. Tribunal Pleno. 07.01.1914. Publicado em 21.10.1914.

setembro de 1877”<sup>136</sup>, e, portanto, o reconhecimento do caráter supralegal dos tratados internacionais.

Outra decisão que merece destaque foi a do julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS, em novembro de 1943. Mantendo o mesmo entendimento,<sup>137</sup> o STF reconheceu novamente a supralegalidade dos tratados internacionais e, inovando, o então Ministro Philadelpho Azevedo, baseado nas lições de Pontes de Miranda e Aureliano Leal, em seu voto, defendeu a possibilidade de controle de constitucionalidade de um tratado pelo Poder Judiciário. Eis os seus fundamentos:

Mas, na categoria interna, que posição deve ser reservada ao tratado na plena paridade com a lei ordinária, segundo faz supor, por exemplo, a referência Constitucional nos casos de recurso extraordinário por ofensa a leis ou tratados ou uma situação especial, determinada por caracteres originais? [...]

Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual das negociações, se assemelha à das leis, exigindo pronunciamento do Poder Legislativo, promulgação e publicação, sujeita esta às normas gerais de vigência. [...] (tratado), em princípio, altera as leis anteriores afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados [...] o tratado é revogador por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.<sup>138</sup>

O caso dizia respeito à isenção de impostos e taxas aduaneiras incidentes sobre produtos importados no Uruguai, e questionava-se, então, se o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, celebrado no Rio de Janeiro, em 1933, e promulgado em 1934, poderia ter seus preceitos revogados por lei interna.

Nas palavras de MOREIRA,

ao permitir o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais e conferir a prevalência dos mesmos sobre as leis internas, reconheceu o citado Ministro a hierarquia supralegal e afastou a supraconstitucional dos tratados internacionais. Vale ressaltar, ainda, que o tratado objeto da

<sup>136</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 284.

<sup>137</sup> Nesse sentido, faz-se importante citar também o julgamento dos Embargos em Apelação Cível nº 9.583/RS, na década de 50. A Corte entendeu que uma lei posterior não poderia revogar um tratado internacional, e que este não deve ficar subordinado à lei geral do país. Nas palavras de MOREIRA: “Corroborando com o entendimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que a simples promulgação de norma interna não é meio hábil para a denúncia de um tratado, bem como que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitas às leis gerais de cada Estado, pois, em regra, eles têm por finalidade justamente a exclusão ou limitação dessas mesmas leis. Dessa forma, atestou novamente o STF que uma simples lei não tem força para alterar os termos de um tratado internacional”. MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 286.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível 7.872/RS. Voto do Rel. Min. Philadelpho Azevedo. Brasília. Primeira Turma. Publicado em 11.10.1943, p. 14-16 apud MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 285.

discussão versava sobre isenção de impostos e taxas aduaneiras, matéria que está longe de ter a natureza e relevância da proteção dos Direitos Humanos.<sup>139</sup>

A tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais defendida pelo Supremo Tribunal Federal começou a perder força na década de 60, mais especificamente, em maio de 1968, no julgamento do Conflito de Jurisdição nº 4.663/SP. O então Ministro Eloy da Rocha, com base nas lições de Hélio Candido Campos, proferiu seu voto “defendendo a equivalência da Convenção de Genebra às normas internamente elaboradas em virtude da Constituição Federal não conter norma expressa de predominância do Direito Internacional”.<sup>140</sup> Mesmo que não tenha sido esse o cerne da controvérsia, começou aí uma ruptura do entendimento que até então era o majoritário na Corte.

Merece destaque também o julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.154/PR interposto contra decisão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que esta entendeu que as legislações internacionais “não têm o poder de modificar a legislação interna de cada nação participante, dada a necessidade de repetir-se o conteúdo da Convenção de Genebra em uma lei interna”.<sup>141</sup> O entendimento do STF, no entanto, foi contrário. O Pleno, baseado no voto do Ministro Oswaldo Trigueiro, reconheceu “que não há necessidade de repetir o conteúdo de um tratado em lei interna, já que a aprovação de tratados obedece ao processo de elaboração das leis”.<sup>142</sup> Eis os seus fundamentos:

Quanto ao direito brasileiro, não me parece razoável que a validade dos tratados fique condicionada a dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu. Por outro lado, acho que [...] a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária.<sup>143</sup>

Diante do exposto, pode-se observar que, neste período anterior à Constituição Federal de 1988, o STF, ao conferir às normas de Direito Internacional hierarquia supralegal, – isto é, abaixo da Constituição, porém, acima da legislação ordinária – as assentava em uma posição de destaque dentro do ordenamento jurídico interno.

<sup>139</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 285.

<sup>140</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 286.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 71.154/PR. Voto do Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília. 04.08.1971. Publicado em 25/08/1971, p. 8 apud MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 287.

No entanto, a partir de 1977, com o julgamento do RE 80.004/SE, esse entendimento foi alterado. O Supremo, então, passou a acolher a tese da prevalência do direito estatal, isto é, afastou a hierarquia supralegal dos tratados e admitiu a tese da paridade normativa entre leis internas e tratados internacionais, e, dessa forma, a aplicação da máxima “*lex posterior derogat priori*”. É esse assunto que o próximo tópico se propõe a analisar agora.

#### 4.2 O JULGAMENTO DO RE 80.004/SE E A TESE DA PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEI E TRATADOS INTERNACIONAIS

O caso em questão, nas palavras de MAZZUOLI,

versava sobre o conflito entre o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, anteriormente ratificada pelo Estado brasileiro e com vigência reconhecida pelo próprio STF.<sup>144</sup>

A controvérsia da ação “residia na pretensão de nulidade do Decreto-lei nº427/69, que exigia o registro da nota promissória na repartição fiscal não previsto na Lei Uniforme de Genebra”.<sup>145</sup>

A Suprema Corte, “deixando de lado antigos precedentes de que leis internas não podem revogar tratados anteriormente concluídos” – a tese da supralegalidade dos tratados – passou a entender que não havia “prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas” e que, desse modo, “um compromisso internacional poderia ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito interno, por legislação ordinária posterior”.<sup>146</sup>

Foi nesse sentido em que votaram os então Ministros Cordeiro Guerra,<sup>147</sup> Rodrigues Alckmin,<sup>148</sup> Thompson Flores e Cunha Peixoto.<sup>149</sup> No entendimento dos

<sup>144</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit. p. 407.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 408.

<sup>147</sup> O ministro defendeu, com base no dualismo moderado, a paridade entre leis internas e os tratados; entendeu não haver “qualquer primazia do direito internacional sobre o direito interno podendo, inclusive, uma lei revogar um tratado internacional”; sustentou também que “em havendo conflito entre normas emanadas do direito interno e as provenientes da ordem internacional, resolver-se-á a antinomia através do critério cronológico, cabendo apenas a responsabilidade

Magistrados, um tratado poderia revogar uma lei interna anterior da mesma forma que uma lei posterior poderia revogar um tratado concluído primeiro (*lex posterior derogat priori*).

REZEK, sobre o citado julgamento, leciona:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.<sup>150</sup>

Em suma, a conclusão que chegou o STF foi a de que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, “em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais”, possibilita, no que tange à hierarquia das fontes, “situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas”.<sup>151</sup>

Entretanto, pode-se perceber que tal entendimento deixa de lado o “fato de que os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a denúncia”,<sup>152</sup> bem como, o fato “de que o descumprimento interno de um compromisso assumido externamente acarreta a responsabilidade internacional do Estado, além de outras graves consequências no plano da política externa”.<sup>153</sup> Nas palavras de PIOVESAN, esse entendimento “enseja um aspecto crítico que é a sua

---

*internacional do Estado em virtude do descumprimento de uma tratativa, dessa forma, não aceita a tese de que somente a denúncia seria o instrumento eficaz para revogar um tratado internacional*”. MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 289.

<sup>148</sup> O ministro defendeu a tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais baseado no fato de que, diferentemente de outras Cartas constitucionais como a francesa e alemã, não havia na Constituição brasileira dispositivo prevendo a superioridade dos tratados em relação à legislação infraconstitucional.

<sup>149</sup> Baseado nas lições de Almicar de Castro - que leciona no sentido de que “tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna” – o Ministro defendeu a paridade normativa entre a lei e os tratados e também a “possibilidade de um tratado internacional ser revogado por uma lei, não havendo primazia do direito internacional sobre o direito interno”. MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 288.

<sup>150</sup> REZEK, Francisco apud PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 91 – 92.

<sup>151</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit. p. 409.

<sup>152</sup> MAGALHÃES, José Carlos de apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit. p. 408.

<sup>153</sup> Ibidem.

indiferença às consequências do descumprimento do tratado no plano internacional”<sup>154</sup>.

Observa-se, portanto, um retrocesso<sup>155</sup> da Excelsa Corte que até então vinha conferindo aos tratados internacionais hierarquia supralegal dentro do ordenamento jurídico interno. “Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (*treaty override*) é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos seus Estados-partes”, isso caracterizaria um ato antijurídico e incompreensível. Dessa forma, seria fácil, também, “burlar todo o pactuado internacionalmente se, por disposições legislativas internas, fosse possível modificar tais normas”.<sup>156</sup>

Depois de expostas essas considerações, faz-se importante ressaltar também que a tese da paridade normativa entre as leis internas e as disposições convencionais, incluindo as que versam sobre direitos humanos, continuou sendo adotada pelo STF mesmo após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 – vale dizer, no entanto, antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004. É esse momento que este trabalho se propõe a analisar agora.

#### 4.2.1 A manutenção da tese da paridade normativa entre lei e tratados internacionais na nova ordem constitucional

Como já exposto por este trabalho, a Constituição Federal de 1988, deixando de lado os resquícios da ditadura militar, deu grande destaque aos direitos fundamentais, e esperava-se, dessa forma, “que a polêmica sobre a hierarquia dos tratados internacionais fosse dirimida pela dogmática constitucional. Infelizmente tal fato não ocorreu”.<sup>157</sup> O constituinte, mais uma vez, não deixou claro no texto

---

<sup>154</sup> PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 93.

<sup>155</sup> À época, Celso D. Albuquerque Mello lecionou o seguinte: “A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente (...) Até hoje a Corte Suprema sustenta que pode declarar a inconstitucionalidade de um tratado, mas jamais o fez. Esta afirmação é “política” no sentido de dizer que ela assim “fiscaliza” o Executivo e o Senado”. MELLO, Celso D. de Albuquerque apud PIOVESAN, Flávia, 1997, op. cit., p. 93.

<sup>156</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit. p. 409.

<sup>157</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 292.

constitucional qual seria a hierarquia das normas de Direito Internacional no âmbito interno – apesar de que, como já apontado por este trabalho, a interpretação mais apropriada do §2º do art. 5º da CF/88 seria no sentido de atribuir hierarquia constitucional a estas normas.

Isso fomentou, dentro da doutrina, importantes debates científicos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico doméstico<sup>158</sup> – vale destacar que, neste ponto, este trabalho se refere aos tratados de direitos humanos incorporados após a Constituição de 1988 e antes da EC nº 45/2004.

Por sua vez, o STF, quando provocado, já sob a égide da nova Constituição, continuou a adotar a tese da paridade normativa entre as fontes do Direito Internacional e as leis internas, mesmo no caso de tratados que versavam sobre direitos humanos.<sup>159</sup>

Diversos foram os fundamentos da Excelsa Corte para justificar o seu entendimento. Dentre os principais, destacam-se: I) a não adoção do monismo com primazia do direito internacional pelo Brasil; II) a utilização do critério cronológico e da especialidade para o conflito entre leis e tratados internacionais; III) ausência de previsão constitucional hierarquizando os tratados internacionais; IV) a supremacia constitucional e consequente possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, nos termos do art. 102, III, 'b' da Constituição Federal de 1988; V) a semelhança entre o processo de incorporação dos tratados internacionais e de elaboração das leis, inclusive no que diz respeito ao quórum de aprovação; VI) a soberania nacional.<sup>160</sup>

O primeiro precedente nesse sentido, na nova ordem constitucional, ocorreu com o julgamento do HC nº 72.131-1/RJ, em 1995. O questionamento levado à Suprema Corte dizia respeito à impossibilidade da prisão civil por dívida no caso do

---

<sup>158</sup> Como anteriormente explanado, havia uma corrente que defendia o *status* supraconstitucional dos citados tratados; outra que defendia o *status* constitucional; aquela que se posicionava no sentido da supralegalidade; e, por fim, a que defendia o *status* infraconstitucional dos tratados internacionais.

<sup>159</sup> Após a promulgação da Constituição de 1988 e da inovação trazida pelo §2º do art. 5º, muitos esperavam uma mudança de entendimento pela Suprema Corte, ou seja, esperavam que esta reconhecesse o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, o STF continuou a entender que as disposições convencionais ao serem incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro possuíam o mesmo *status* de legislação ordinária e que, dessa forma, eventuais conflitos envolvendo normas internas e internacionais deveriam ser sanados com base na máxima “lei posterior revoga a lei anterior”.

<sup>160</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 298 – 299.



depositário infiel em face da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nas palavras de MOREIRA:

Consta do relatório do citado Habeas Corpus que o Paciente teria firmado contrato de alienação fiduciária em garantia para aquisição de um veículo automotor. Com o inadimplemento de algumas parcelas e após o processo judicial, fora-lhe decretada prisão civil. Apesar de manifestar-se no sentido de não haver hipótese de cabimento da prisão civil no caso em tela, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer no sentido da compatibilidade da prisão civil do depositário infiel com a Constituição Federal de 1988.<sup>161</sup>

A maioria dos Ministros, confirmando o que fora decidido no julgamento do RE 80.004/SE e contrariando o disposto pelo item 7 do artigo 7º do Pacto de San José da Costa Rica – que dispõe que ninguém deve ser detido por dívida -, entendeu constitucional a prisão civil por dívida do depositário infiel em caso de alienação fiduciária em garantia, e que os tratados internacionais, incluindo os de direitos humanos, “ao preceituarem normas gerais, não prevalecem sobre as normas especiais previstas na legislação interna, ainda que posteriores”.<sup>162</sup> Segue a ementa do julgamento:

"HABEAS CORPUS". ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL.  
Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (HC 72131 / RJ - Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento em 23/11/1995, Tribunal Pleno, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650).<sup>163</sup>

Outra importante decisão do Supremo nesse sentido foi proferida no julgamento da ADI 1.480-3/DF<sup>164</sup>. “Nela discutiu-se a compatibilidade vertical da Convenção nº 158 da OIT com a Constituição Federal de 1988”.<sup>165</sup> A Corte, novamente,

<sup>161</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 293.

<sup>162</sup> Ibidem, 295.

<sup>163</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC no 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29/11/1995. Publicado em 01/08/2003.

<sup>164</sup> ADI 1.480-3/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

<sup>165</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 297.

decidiu pela a subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição Federal, possibilidade de controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno, e, por fim, pela primeira vez após o advento da nova ordem constitucional, vedação de tratados internacionais versarem sobre matérias de domínio exclusivo das leis complementares.<sup>166</sup>

Posteriormente, no julgamento do HC nº 79.785/RJ, o STF, outra vez, acolheu o entendimento da paridade normativa entre a legislação interna e os tratados internacionais, além de entender que “o princípio do duplo grau de jurisdição não possui foro constitucional, mesmo após a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos”.<sup>167</sup> Em virtude da prevalência da Constituição Federal, o STF, novamente, afastou a aplicabilidade de cláusulas convencionais antinômicas.

No entanto, houve nesse julgamento três pontos que merecem ser destacados.

O primeiro consiste no voto do Ministro Sepúlveda Pertence em que este, rompendo com o entendimento da paridade normativa entre lei e tratado, reconhece a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Eis os seus fundamentos:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição.

Se assim é, a primeira vista, parificar as leis ordinárias os tratados a que alude o artigo 5, parágrafo 2, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.<sup>168</sup>

E conclui afirmando que:

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., Memorial cit., *ibidem*, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratado Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos

<sup>166</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 297.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC no 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29/03/2000. Publicado em 22/11/2002.

Humanos e o Direito Internos) - a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra a lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.<sup>169</sup>

Destaca-se também o voto do Ministro Moreira Alves em que este “entendeu que o §2º do art. 5º da CF/88 constitucionalizou todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao advento da nova ordem constitucional”.<sup>170</sup>

E por fim, o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, reconheceu, em decorrência do §2º do art. 5º da Constituição, o caráter constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos dentro do ordenamento doméstico, e que, portanto, o duplo grau de jurisdição seria caracterizado como direito fundamental.

Pôde-se notar nesse julgamento, portanto, um certo avanço da Corte com relação ao tema que trata do conflito entre as disposições convencionais e as leis internas.

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de reconhecer o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos representou um marco no direito brasileiro. No entanto, sua tese só viria a ficar mais clara no STF, anos depois, no julgamento do RE 466.343/SP.

#### 4.3 O JULGAMENTO DOS RREE Nº 349.703/RS E Nº 466.343/SP

No início do século XX, o STF, como anteriormente exposto, entendia os tratados internacionais como normas supraleais dentro do ordenamento jurídico doméstico.

Em 1977, no entanto, a Corte, mudando seu entendimento, passou a adotar a tese da paridade normativa entre as leis internas e as disposições convencionais, isto é, a estas atribuiu o mesmo valor hierárquico da legislação ordinária.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 o Supremo seguiu com esse entendimento, só vindo a muda-lo anos depois. Essa mudança se iniciou no dia

---

<sup>169</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC no 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29/03/2000. Publicado em 22/11/2002.

<sup>170</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 297.

22 de novembro de 2006 com o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS.<sup>171</sup>

A Excelsa Corte, então, veio a acolher novamente, pelo voto do citado Ministro, a tese da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos - vale dizer, incorporados antes da EC 45/2004.

Antes de tudo, vale destacar que a matéria discutida se referia à inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §7º) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 11). Haviam dois recursos nesse sentido sendo analisados em conjunto pelo Pleno do STF: o RE nº 349.703/RS e o RE nº 466.343/SP.<sup>172</sup>

O RE 349.703-1/RS teve como problemática, nas palavras de MOREIRA,

determinar se havia ou não base legal para a prisão civil do depositário infiel, em face de expressa vedação a tal situação, contida no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no art. 7, 7, do Pacto de São José da Costa Rica, bem como se o Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia poderia ser equiparado ao Contrato de Depósito para fins de aplicação da exceção constitucional que permite a prisão civil do depositário infiel, nos termos do Decreto-Lei 911/69, do art. 1.287 do Código Civil de 1916 e do art. 652 do novo Código Civil.<sup>173</sup>

O RE nº 466.343/SP “também tratou na questão da prisão civil por dívida do depositário infiel na hipótese de celebração de contrato de alienação fiduciária em garantia”.<sup>174</sup>

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, trouxe para o debate a controvérsia acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos – principalmente, aqueles incorporados após a Constituição de 1988 e antes da EC/2004 – no direito brasileiro. Nas palavras do Ministro:

“a 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”, de forma a “assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE no 349.703-1/RS. Relator Originário: Min. Carlos Brito. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

<sup>172</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE no 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluzo. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

<sup>173</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 304.

<sup>174</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 307.

<sup>175</sup> BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 28.

Isto posto, baseando-se em teses estrangeiras e nacionais,<sup>176</sup> o Ministro defendeu em seu voto o caráter infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio. Sua justificativa foi no sentido de estes possuírem um “inequívoco caráter especial” além de não ser possível conferir-lhes hierarquia constitucional, devido à supremacia da Constituição, e da “não aprovação com o quórum previsto para as Emendas Constitucionais e da segurança jurídica”.<sup>177</sup>

Assim, ele defende que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – junto a outros tratados de direitos humanos, para que sejam incorporados formalmente à Constituição Brasileira, devem seguir o “procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional”. Destaca o ministro, ao final, que “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”.<sup>178</sup>

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, modificando totalmente sua posição original, – que era no sentido da possibilidade da prisão civil do depositário infiel devido à supremacia da Constituição<sup>179</sup> – divergiu do entendimento supracitado e reconheceu o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Em seu voto, o Ministro, primeiramente, ressaltou que todos os órgãos do Poder Público, principalmente os juízes e Tribunais, têm o dever de efetivar os direitos humanos previstos pela Constituição e assegurados pelos tratados internacionais, de forma que isso possibilite “o desenvolvimento de um constitucionalismo democrático e aberto, que valoriza o caráter ético-jurídico e universal dos direitos humanos”.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). **Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano**. 1ed. BRASÍLIA: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 213-259.

<sup>177</sup> BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O., op. cit., p. 28.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> Em despacho monocrático no HC nº 77.631-5/SC, de 1998, o Ministro expressou: “*Ora, como visto, a Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Assim, é de se considerar vigente toda a legislação que não contrarie o texto constitucional e inválida toda aquela, inclusive os tratados internacionais, que com ele conflitem*”.

<sup>180</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 314.

Em seguida, fez uma longa, porém necessária explanação acerca do processo de internacionalização dos direitos humanos e da relação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, e então, baseado nessas primeiras observações, destacou o importante papel que os tratados internacionais desempenham afirmando, consolidando e expandindo os direitos básicos da pessoa humana.

Destacou também que já se pode observar no direito constitucional comparado uma certa vocação a conferir às normas internacionais de direitos humanos força e autoridade de norma constitucional. Citou nesse sentido, como exemplo, a Constituição da Argentina que reconhece certos tratados de direitos humanos como normas constitucionais.

Então, fundamentado nessas premissas e, principalmente, nas lições de Celso Lafer, Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Valerio Mazzuoli e André Ramos Tavares, reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados pelo sistema jurídico brasileiro como normas materialmente constitucionais. Dessa forma, as disposições que permitiam excepcionalmente a prisão civil por dívida no caso de depositário infiel estariam automaticamente revogadas pelos tratados internacionais que vedavam esta medida – no caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Seu raciocínio originou-se, essencialmente, de dois argumentos: a cláusula aberta de recepção a novos direitos fundamentais, prevista no §2º do art. 5º da CF/88, e a noção de Bloco de Constitucionalidade.<sup>181</sup> Nas palavras de MOREIRA:

---

<sup>181</sup> Sobre o tema, cabe aqui a lição de MOREIRA: “A expressão “Bloco de Constitucionalidade” advém de uma premissa anterior chamada “Bloco de Legalidade” ou “Bloco Legal”, precisamente surgida no Direito Administrativo francês, que significava o conjunto de todas as regras que se impõe a Administração Pública. Partindo desse conceito, em meados de 1989, a doutrina e jurisprudência francesa forjaram o de bloco de constitucionalidade, como sendo o somatório das normas de nível constitucional previstas na Constituição, na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. (...) O bloco de constitucionalidade brasileiro (...) é formado por todas as normas materialmente constitucionais e com esse status reconhecido. Formam, portanto, o referido bloco: a Constituição, as Emendas Constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos independentemente do quorum de aprovação. Com efeito, conforme leciona Mazzuoli, a própria Constituição Federal de 1988 autorizou que os direitos e garantias previstos em tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil ‘se incluam’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. Com isso, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e

Como consequência desse *status* constitucional, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre outros atos internacionais, passam a ingressar no citado bloco, revogando as disposições da Constituição em sentido contrário, apesar de não adentrarem no próprio texto constitucional. Vale destacar que a revogação seria incabível quando se tratasse de cláusulas pétreas.<sup>182</sup>

Em suma, em seu voto, o Ministro reconheceu o caráter constitucional das normas internacionais de direitos humanos, com base no §2º do art. 5º e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, e “a sua consequente integração ao bloco de constitucionalidade”. Com relação ao §3º do art. 5º, Mello sustentou que este dispositivo somente adiciona “um lastro formal de constitucionalidade a esta normas, em nada alterando o já existente *status* constitucional”,<sup>183</sup> ou seja, aqueles tratados recepcionados antes do advento da EC nº 45/2004, por força do §2º, também possuiriam caráter constitucional.

Cabe ressaltar também que a tese defendida pelo Ministro Celso de Mello não ofende de maneira nenhuma o princípio da supremacia da Constituição, como afirmou Mendes. Há a possibilidade da realização de controle de constitucionalidade com relação àqueles tratados de direitos humanos que vierem a violar as cláusulas pétreas. “Caso tais tratados apenas aumentem a proteção aos direitos humanos, não há que se falar em qualquer antinomia”, já que com base no art. 4º, II, da CF/88, “as normas mais favoráveis à proteção dos direitos humanos é que devem prevalecer, independentemente de serem oriundas da ordem constitucional estatal ou serem advindas do Direito Internacional”.<sup>184</sup>

Apesar dessa excelente fundamentação do Ministro, a decisão do Supremo, por maioria não absoluta de votos, foi no sentido de reconhecer o caráter supralegal e infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo direito brasileiro sem o rito específico previsto pelo §3º do art. 5º da Constituição. Dessa forma, em face do caráter supralegal do Pacto de San Jose da Costa Rica, o Tribunal afastou expressamente a possibilidade da prisão civil do depositário infiel na hipótese de alienação fiduciária em garantia. Nas palavras de MAZZUOLI:

---

*garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’.* MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 319 – 321.

<sup>182</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 306.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 314 – 315.

<sup>184</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 315.

A sessão plenária do dia 3 de dezembro de 2008 foi considerada (inclusive pelos Ministros ali presentes) como uma sessão histórica”. O Tribunal, a partir dali, modificara seu anterior entendimento que era no sentido da plena constitucionalidade da prisão civil por dívida nos casos de alienação fiduciária em garantia.<sup>185</sup>

Acolheram a tese vencedora, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, os Ministros Carlos Brito, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski. Por sua vez, os Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie reconheceram o caráter constitucional dos citados tratados. Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa preferiram não se pronunciar com relação ao tema.

Vale destacar também que o STF, no julgamento do HC 92.566-9/SP,<sup>186</sup> - julgado logo após as decisões comentadas e “cujo objeto era a constitucionalidade da prisão civil no caso de depositário considerada a cédula de crédito rural pignoratícia (contrato de penhor rural)”<sup>187</sup> - veio a entender que “os efeitos da supralegalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos alcançava todo e qualquer tipo de depósito”.<sup>188</sup> Ou seja, dessa forma, além de revogar o verbete da Súmula 619 (“*A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*”), o Supremo entendeu que estava vedada a prisão civil do depositário infiel em qualquer hipótese.

Consolidando esse entendimento, a Corte Suprema aprovou, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante nº 25 dispondo no sentido que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

#### 4.3.1 Algumas considerações acerca da posição do Ministro Gilmar Mendes

---

<sup>185</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit. p. 413.

<sup>186</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC no 92.566-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009. O caso tinha como objeto de discussão a constitucionalidade da prisão civil no caso de depositário considerada a cédula de crédito rural pignoratícia (contrato de penhor rural).

<sup>187</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 308.

<sup>188</sup> Ibidem.



Em seu voto, o Ministro, inicialmente, comenta a respeito das quatro correntes na doutrina e suas posições acerca do valor hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à primeira corrente – da supraconstitucionalidade – Mendes defende não ser possível a sua aplicação no direito brasileiro em virtude do princípio da supremacia formal e material da Constituição da República. Ainda, devido a essa supremacia, a Carta de 1988 prevê em seu art. 102, III, “b”, o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais pelo Supremo, de forma que estes devem sempre respeitar o texto constitucional. Sua posição aqui se faz coerente já que o Decreto Legislativo que aprova a internalização dos atos internacionais pode ser, sim, objeto de tal controle.

Com relação à corrente que defende o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos internalizados sem o rito previsto pelo §3º do art. 5º da CF/88, o Ministro, de forma crítica, entende que nivelar estes tratados à norma constitucional esvaziaria o disposto pela EC nº 45/2004, e afirma que esta “produz efeitos proativos, não recepcionando os tratados de direitos humanos já incorporados com o *status* constitucional”.<sup>189</sup>

Ao comentar a respeito da corrente que adota a tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais de direitos humanos – que até então era a tese adotada pelo STF –, Mendes afirma que esta constitui um anacronismo, pois, segundo ele

hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.<sup>190</sup>

Isto posto, o Ministro entende que o STF deve levar esses novos aspectos em consideração e, dessa forma, rever sua posição acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica nacional no sentido de assegurar a prevalência destes sobre a legislação ordinária, como já se via em países como Alemanha, França, México e Grécia.

---

<sup>189</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 310.

<sup>190</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 225.

Mendes também lembra que o Código Tributário Nacional preceitua, em seu art. 98, “a vigência da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional”, e aponta uma incongruência, “pois se admite o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional”<sup>191</sup> e o mesmo não acontece quando se trata de tratados sobre direitos humanos. Ademais, ele destaca que o entendimento da Suprema Corte antes do já estudado julgamento do RE 80.004/SE era no sentido da supralegalidade dos tratados.

O Ministro, então, conclui seu voto afirmando ser necessário se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e externo e que, nesse sentido, a Suprema Corte “não poderia perder a oportunidade de tomar uma decisão histórica, rompendo com a paridade normativa entre leis e tratados e conferindo a estes *status* supralegal e infraconstitucional.

Diante do exposto, faz-se necessário destacar que o Ministro ao trazer para a discussão a matéria referente à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos a fim de atualizar a jurisprudência do STF, realizou um bravo trabalho. No entanto, há de se frisar que a sua posição no sentido de conferir à essas disposições – internalizadas sem o rito específico do §3º do art. 5º - caráter supralegal e infraconstitucional é passível de críticas.

Primeiramente, pode-se apontar a insuficiência da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Mendes traz como um de seus fundamentos o fato de que os tratados internacionais em matéria tributária, por força do art. 98 do Código Tributária Nacional, possuem caráter supralegal no ordenamento jurídico pátrio, prevalecendo, dessa forma, sobre a legislação ordinária que lhes seja antinômica, seja ela anterior ou posterior. Ora, não parece muito coerente a equiparação entre as normas de proteção de direitos humanos e as normas tributárias. Por outro lado, este argumento só serve para fortalecer ainda mais a tese de que os tratados de direitos humanos devem ter um valor hierárquico superior, isto é, constitucional.

A decisão do Supremo parece também se esquecer “de conferir efeito útil (*effet utile*) ao art. 5º, §2º”,<sup>192</sup> da CF/88, que - na visão deste trabalho baseando-se nas lições de PIOVESAN, MAZZUOLI, entre outros - preceitua que os tratados

---

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 232.

<sup>192</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 312.

internacionais de direitos humanos incorporam-se ao direito brasileiro como normas constitucionais. Ademais, seria mais coerente se o STF, na dúvida entre conferir hierarquia infraconstitucional ou constitucional aos tratados de direitos humanos, acolhesse a tese que mais se adequasse ao princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto pela CF/88 em seu art. 4º, II.

Pode-se perceber também que atribuir aos citados tratados hierarquia supralegal e infraconstitucional se mostra incoerente com a noção de abertura do direito interno ao Direito Internacional, preconizada pelo constitucionalismo contemporâneo, “que somente busca a formação de um “Direito de Cooperação”.<sup>193</sup> Nesse sentido, cabe aqui a lição de MOREIRA:

O Min. Gilmar Mendes fundamenta a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos com base no pensamento de Peter Häberle, precisamente em seu trabalho sobre o Estado Constitucional Cooperativo. O que não se pode esquecer é que para o citado autor, o Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; pois ele considera o observado efeito recíproco entre o Direito Internacional e a ordem constitucional interna, bem como que partes do Direito Internacional e do Direito Constitucional interno crescem juntas num todo. Assim, também não é completamente bem lograda a ideia de caracterizar tratados internacionais de direitos humanos em relação à Lei Fundamental como Direito Internacional para-constitucional. A rigor, essa Constituição paralela é parte integrante da Constituição estatal da Lei Fundamental e, portanto, não se encontra apenas ‘ao lado’ da Constituição. Diante do exposto, observa-se que lição de Häberle é no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.<sup>194</sup>

Por fim, cabe destacar também o problema dessa decisão com relação àqueles tratados que não foram internalizados com o rito previsto pelo §3º do art. 5º da CF/88. O STF ao entender que eles somente teriam *status* constitucional se aprovados por esse rito, acabou tratando de forma distinta normas com o mesmo conteúdo ético-jurídico. Nas palavras de ARENHART, “um mesmo tratado, assim, poderá ter força de emenda constitucional ou de direito supralegal, apenas em razão do momento em que foi recebido pelo ordenamento nacional”.<sup>195</sup> E, por outro lado, “dois tratados que versam sobre a mesma temática, proteção dos direitos humanos, são hierarquicamente desiguais no ordenamento jurídico brasileiro”<sup>196</sup> pelo mesmo motivo. Na visão de MOREIRA, “esse entendimento despreza a natureza

<sup>193</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 312.

<sup>194</sup> Ibidem.

<sup>195</sup> ARENHART, S. C.. O Supremo Tribunal Federal e a Prisão Civil. In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). **Controle de Convencionalidade - um panorama latino-americano**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 259-308. p. 292.

<sup>196</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 313.

materialmente constitucional dos direitos humanos e privilegia a forma em detrimento da matéria”.<sup>197</sup>

Feitas estas considerações, pode-se concluir que mais acertado seria se a Excelsa Corte, seguindo o entendimento do Ministro Celso de Mello, reconhecesse, com base no disposto pelo §2º do art. 5º da CF, o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos “independentemente de sua origem ou do regime de sua aprovação”.<sup>198</sup> Aproveitando as palavras de ARENHART,

ora, se tais direitos – aqueles preconizados pelas normas convencionais – não são excluídos do texto constitucional, é porque a Constituição atual entendeu por inclui-los como garantias fundamentais, de modo que os tratados (e as normas de direito interno) que tratem de direitos humanos (ou, de forma geral, sobre direitos fundamentais) hão de ser entendidos como normas constitucionais.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 313.

<sup>198</sup> ARENHART, S. C., op. cit., p. 293.

<sup>199</sup> Ibidem.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos foram o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Estes institutos romperam com ideia tradicional que concebia o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que, dessa forma, colocava o Estado como o único sujeito desse Direito. Romperam, ainda, com a noção de soberania nacional absoluta, visto que intervenções no plano nacional passaram a ser permitidas visando à proteção dos direitos humanos.

Contudo, foi só após a Segunda Guerra Mundial que o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos se consolidou, permitindo, assim, a formação de um sistema de âmbito global e regional de proteção a esses direitos.

No Brasil, a Constituição de 1988 se firmou como um marco da redemocratização e da institucionalização dos direitos humanos no país. Rompendo com a sistemática das Cartas anteriores, ela estabeleceu como princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, uma grande inovação foi acrescentada ao texto constitucional. Ela diz respeito ao §2º do art. 5º da CF/88 que dispõe no sentido de que “*os direitos e garantias por ela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte*”.

No entanto – não obstante este trabalho entender, com base nas lições de Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli, dentre outros, o §2º como uma cláusula de abertura, permitindo, assim, que os tratados internacionais de direitos humanos, ao ser recepcionados pelo direito nacional tenham uma hierarquia materialmente constitucional - a redação desse dispositivo acabou suscitando controvérsias a respeito da internalização e da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Dentro da doutrina surgiram quatro correntes a fim de entender qual o valor hierárquico das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro: a primeira reconhecendo o *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; a segunda entendendo tais tratados como normas constitucionais;

a terceira, por sua vez, conferindo às convenções internacionais o valor hierárquico de leis ordinárias; e, por fim, a quarta conferindo caráter supralegal aos citados tratados.

A fim de acabar com essas discussões, em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, foi acrescentado ao artigo 5º, o §3º dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Há quem entenda na doutrina que a coexistência entre os dois parágrafos é possível, já que a promulgação do §3º não revogou o §2º. PIOVESAN, nesse sentido afirma que, com o advento do §3º do art. 5º, haveria no ordenamento jurídico brasileiro duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: uma que diz respeito aos materialmente constitucionais, isto é, que foram recepcionados pela cláusula de abertura prevista pelo §2º do art. 5º; e outra que diz respeito aos material e formalmente constitucionais, isto é, que foram recepcionados pelo procedimento específico previsto pelo §3º.

Por outro lado, há também quem entenda que EC nº 45/2004, além de não ter posto um fim à polêmica doutrinária e jurisprudencial com relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, só trouxe mais confusão à matéria, principalmente, por não deixar claro qual *status* teriam os tratados já ratificados pelo Brasil. Outro motivo seria a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º, pois este atentou contra normas pétreas – no caso, os direitos materiais consagrados pelos tratados internacionais -, e, dessa forma, afrontou o disposto pelo §4º, IV, do art. 60 da CF/88.

Conclui-se também que o STF, quando provocado a se manifestar a respeito da hierarquia dos tratados internacionais no direito nacional, mudou seu entendimento ao longo do tempo.

Nos primórdios do séc. XX, o Tribunal reconhecia a primazia das leis internacionais – sejam elas comuns ou de direitos humanos - em detrimento da lei interna. Portanto, conferia àquela hierarquia supralegal, como restou exposto da análise do Pedido de Extradicação nº 07/1913.

Tal entendimento veio a mudar anos depois, em 1977. Conforme se depreende da análise do julgamento do RE 80.004/SE, a Suprema Corte passou a adotar a tese da paridade normativa entre lei e tratados internacionais,

independentemente da natureza dos mesmos. Vale dizer que o STF continuou a adotar essa tese mesmo após a redemocratização do Brasil e do advento da nova ordem constitucional - que tinha como princípios a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos -, conforme se depreende, por exemplo, do julgamento do HC 72.131/RJ, de 1995.

Posteriormente, em 2008, houve novamente uma mudança de interpretação do Supremo com relação à hierarquia dos tratados internacionais no direito brasileiro. A partir do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento dos RREE 349.703-1/RS e 466.343-1/SP, o Pretório Excelso conferiu hierarquia supralegal e infraconstitucional àqueles tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes do advento da EC nº 45/2004, e entendeu que aqueles incorporados após a citada Emenda, a fim de que passassem a ter *status* constitucional, deveriam passar pelo procedimento específico previsto pelo §3º do art. 5º da CF.

Pode-se observar que o entendimento do Ministro constituiu um certo avanço da Corte Suprema que, até então, vinha adotando a tese da paridade normativa entre as leis e os tratados internacionais. No entanto, cabe ressaltar que esta abordagem ainda se mostra insuficiente.

Isto posto, vale, então, citar o voto do Ministro Celso de Mello – e ao qual esse trabalho se alinha – em que este, divergindo do entendimento de Mendes, reconheceu como materialmente constitucionais aqueles tratados incorporados antes da EC nº 45/2004, com base na cláusula de abertura prevista pelo §2º do art. 5º e na noção de bloco de constitucionalidade, e entendeu que o disposto pelo §3º somente acrescentaria um embasamento formal a estes tratados, de forma que estes, depois de passarem pelo procedimento específico previsto pelo dispositivo, passariam a ser normas material e formalmente constitucionais.

Como exposto, o Ministro Gilmar Mendes, defendendo a tese da supralegalidade, visava, assim, a abertura do direito interno ao Direito Internacional. No entanto, no entendimento deste trabalho, tal objetivo seria alcançado com mais eficácia se, ao invés do caráter supralegal, fosse conferido a estas normas o caráter constitucional, conforme defendido pelo Ministro Celso de Mello, seguindo, dessa forma, nas palavras do Ministro, uma *“significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais de*

*direitos humanos em face das próprias Constituições dos Estados*<sup>200</sup> - isto é, conferir-lhes caráter constitucional.

Por fim, cabe ressaltar que a ausência de normas claras, no texto constitucional, sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico doméstico é um dos fatores – se não o principal – que provoca dúvidas e controvérsias no direito brasileiro. Nota-se, nesse sentido, um certo descaso do legislador com relação ao tema. Por outro lado, nota-se também, que essa ausência gera uma intensificação do estudo pela doutrina e uma maior preocupação por parte da jurisprudência. No entanto, como se pôde observar no trabalho, nem sempre as decisões judiciais se mostram condizentes “*com as novas tendências da sociedade contemporânea, o que faz com que críticas possam ser feitas e novas teses levantadas*”.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Voto do Ministro Celso de Mello no RE no 349.703-1/RS. (Relator Originário: Min. Carlos Brito. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.)

<sup>201</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira, op. cit., p. 283.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, N.. **A Internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos**. In: Carlos Eduardo de Abreu Bouca; Nadia de Araujo. (Org.). Os Direitos Humanos e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. , p. 63-114.

ARENHART, S. C.. **O Supremo Tribunal Federal e a Prisão Civil**. In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Controle de Convencionalidade - um panorama latino-americano. 1ed.Brasilia: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 259-308.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A revolução constitucional dos Direitos Humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana. (Org.). **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2015. v. 5.

BARROSO, L. R. **Constituição e Tratados Internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno**. In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Controle de Convencionalidade - um panorama latino-americano. 1ed.Brasilia: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 259-308.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, vols. 1 e 2.

BATISTA, V. O.; BOITEUX, L.; PIRES, T. R. O. **A Emenda Constitucional nº45/2004 e a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Revista Jurídica (Brasília) , v. 90, p. 01-44, 2008.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONCEIÇÃO, Arnaldo Alves da. **A inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel face aos tratados internacionais de Direitos Humanos**. Disponível em: <  
[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6836&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6836&revista_caderno=9)>. Acesso em: nov. 2016.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Tratados internacionais na emenda constitucional 45**. IN: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Orgs.). Reforma do judiciário. São Paulo: Método, 2005.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento: Universalização, Ressignificação e Emancipação**. São Paulo: 2013.

GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.** Revista Jurídica da Presidência. v. 10, p. 01-20, 2008.

LAFER, Celso. **A Internalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais.** Barueri: Manole, 2005.

MARTINS, I. Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 371. Apud: PASSOS, J. L. T. C. de. Direitos humanos na reforma do judiciário. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 9. Ed. Rev. atual. e ampli. São Paulo: RT, 2015.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **A constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados.** Revista de informação legislativa, v. 45, n. 179, p. 89-126, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil.** In: Luiz Guilherme Marinoni; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano. 1ed. BRASILIA: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 213-259.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais: Constituição de 1988 e Mercosul. In: **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição.** São Paulo: LTr, 1996, p. 471.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal: EDUFRN, 2015.

PASSOS, J. L. T. C. de. **Direitos humanos na reforma do judiciário.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil.** In: Alberto do Amaral Jr.; Cláudia Perrone-Moisés. (Org.). O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: Edusp-FAPESP, 1999, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARLET, Ingo. **A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1338](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338)> Acesso em: novembro de 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>> Acesso em: nov. 2016.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus Souza. **A recepção de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Brasil após a Emenda Constitucional nº 45**. IN: Direitos Humanos e Democracia. p. 181-205 p. 193. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/cejur/article/viewFile/16763/11149>> Acesso em: nov. 2016.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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