

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
JULIANA CARUSO PUCHTA**

**ANÁLISE ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CURITIBA
2014**

JULIANA CARUSO PUCHTA

**ANÁLISE ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel no Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.^a Dra. Larissa Liz Odreski
Ramina**

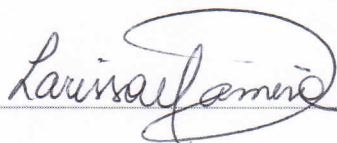
**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA CARUSO PUCHTA

Análise acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

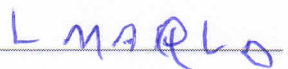


LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA
Orientador

Coorientador



TATYANA SCHEILA FRIEDRICH
Primeiro Membro



LUIZ MARLO DE BARROS SILVA - *Direito Civil e Processual Civil*
Segundo Membro

À minha família, com amor.

RESUMO

A partir das discussões relativas à hierarquia dos tratados de direitos humanos existentes na doutrina e na jurisprudência, o presente trabalho visa investigar qual dentre as teorias acerca do tema é a que melhor se adapta ao sistema jurídico brasileiro e estabelece a devida proteção dos direitos humanos no Brasil. Dessa forma, o trabalho examinará, primeiramente, o processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir do qual nasceu o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como seus reflexos na Constituição de 1988. Posteriormente, o trabalho irá tratar das características dos tratados de direitos humanos e como eles são formados e incorporados no ordenamento jurídico pátrio. A partir de então, serão demonstradas as quatro teorias existentes acerca do *status* dos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45/2004, bem como a evolução do entendimento do STF sobre o tema. Por fim, será verificado que deve prevalecer a teoria que concede a esses tratados *status* constitucional e as consequências disso para o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Direitos humanos. Tratados de direitos humanos. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT

Considering the jurisprudential and doctrinal discussions regarding the hierarchy of Human Rights Treaties, the present study aims to investigate which one of the developed theories on the subject is better applied to the Brazilian legal system and capable to provide greater protection of human rights in the country. In order to achieve those goals, this work will examine the process of Human Rights internationalization, which gave birth to the so-called International Human Rights Law as well as its impacts on the Constitution of 1988. Subsequently, the foregoing study will define the main characteristics of Human Rights Treaties showing how they are created and incorporated into the national legislation. Finally the four main theories regarding the status of existing Human Rights Treaties ratified before the Constitutional Amendment 45/2004 will be precisely explained. The evolution of Brazilian's Supreme Court (STF) jurisprudence on the theme will be also demonstrated. At the very end, it will be possible to perceive that the theory that grants constitutional status to Human Rights Treaties should prevail, and the consequences of this recognition for the Brazilian legal system will be described.

Keywords: Human rights. Human rights treaties. Hierarchy of international human rights treaties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	8
1.1 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO BRASIL	8
1.2 CARACTERÍSTICAS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	14
1.3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
1.3.1 Monismo X Dualismo.....	19
1.3.2 Incorporação dos tratados que não versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro	21
1.3.3 Incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	27
2 CONTROVÉRSIA ACERCA DA HIERARQUIA DO TRATADO DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	31
2.1 <i>STATUS</i> DE LEI ORDINÁRIA	33
2.2 <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL.....	38
2.3 <i>STATUS</i> SUPRACONSTITUCIONAL	40
2.4 <i>STATUS</i> SUPRALEGAL	42
2.5 POSICIONAMENTO DO STF	47
3 <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	53
3.1 O <i>STATUS</i> MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS SEM O PROCEDIMENTO DO ART. 5º, § 3º	53
3.2 ANTINOMIA ENTRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS BENÉFICA	62
3.3 IMPACTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Conforme ensina Norberto Bobbio, o grande problema de nosso tempo no que diz respeito aos direitos humanos “não é mais fundamentá-los” e sim “protegê-los”.¹ Nesse sentido, o presente trabalho trata de um tema de fundamental importância para a proteção dos direitos humanos no Brasil: a hierarquia dos tratados de direitos humanos no plano normativo brasileiro. Isso porque, a depender do grau hierárquico que se concede a tais tratados, os direitos neles previstos terão maior ou menor efetividade.

O tema é objeto de grandes controvérsias no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que não trouxe uma norma clara a respeito da matéria.

Existem quatro correntes acerca do tema: a) a que equipara os tratados de direitos humanos às *leis ordinárias*; b) a vertente que atribui caráter *supralegal* a esses diplomas internacionais; c) o posicionamento que defende o *status constitucional* dos tratados de direitos humanos; e d) a corrente que reconhece a natureza *supraconstitucional* desses tratados.

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, com o claro objetivo de pôr fim à discussão existente, o legislador constituinte acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, determinando que os tratados de direitos humanos que forem aprovados no Congresso Nacional com o mesmo quórum necessário para aprovação de emendas constitucionais terão valor equivalente às mesmas.

No entanto, o objetivo de solucionar a controvérsia não logrou êxito, uma vez que diversos outros problemas surgiram a partir desse novo dispositivo. Entre eles, o grau hierárquico dos tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 e que, portanto, não passaram pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição.

Tendo em vista que a absoluta maioria dos tratados de direitos humanos foi ratificada pelo Estado brasileiro antes da EC 45/2004, é imprescindível que se defina o *status* jurídico desses tratados para que os direitos neles previstos possam ser adequadamente aplicados, mormente quando seu texto confronta com o próprio texto constitucional.

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17.

Portanto, a discussão sobre o grau hierárquico dos tratados de direitos humanos permanece tanto na doutrina como na jurisprudência.

Assim, o presente trabalho será desenvolvido no sentido de analisar tais teorias e buscar demonstrar a melhor solução apresentada pela doutrina e suas conseqüências para o sistema jurídico nacional.

Para tanto, no primeiro capítulo será tratado sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos que resultaram na produção dos mais diversos tratados de direitos humanos e os reflexos disso no Direito brasileiro. Em seguida será demonstrado o caráter especial dos tratados de direitos humanos e como eles se diferenciam dos demais tratados. Ainda, será exposto o modo de formação e incorporação dos tratados no âmbito do Direito brasileiro.

A partir disso, no segundo capítulo, serão analisadas as quatro teorias existentes sobre o tema, à luz dos principais argumentos expostos pelos autores que as defendem. Também será demonstrada a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Por fim, no terceiro capítulo, se tentará demonstrar como a teoria que defende o *status* constitucional é a que melhor corresponde às necessidades de proteção dos direitos humanos e quais as conseqüências disso para o sistema jurídico brasileiro.

1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

1.1 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO BRASIL

É possível falar em, pelo menos, três fases no que diz respeito à história das declarações dos direitos humanos, conforme ensina Norberto Bobbio: a primeira quando os direitos humanos não passam de teorias filosóficas, ficando apenas no campo dos valores; a segunda fase se caracteriza pela positivação dos direitos humanos no ordenamento interno dos países e, por fim, a última fase, quando ocorre a chamada internacionalização dos direitos humanos.²

Essa última fase é de especial importância para o presente trabalho, uma vez que é a partir dela que os direitos humanos passam a ter relevância não apenas no âmbito do direito interno dos países, mas também para o Direito Internacional, culminando com a produção de diversos tratados de direitos humanos, conforme se verá adiante.

Desse modo, tendo em vista que o objetivo deste trabalho é discorrer sobre os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe fazer um breve relato a respeito do processo de internacionalização desses direitos, bem como seus reflexos na Constituição brasileira de 1988.

Assim, a doutrina costuma indicar como antecedentes históricos da internacionalização dos direitos humanos três institutos, quais sejam, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).³

O Direito Humanitário teve início no século XIX, tendo sido desenvolvido para proteger, nos casos de conflito armado, os direitos humanos dos militares fora de combate e da população civil. Desse modo, o Direito Humanitário constitui um conjunto normativo internacional, destinado a ser aplicado nos conflitos armados (internacionais ou internos), limitando o direito das partes em conflito de escolher

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 18-19.

³ Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, p.109; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, p. 67-68; MAZZUOLI,

livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou protegendo as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.⁴

Portanto, o Direito Humanitário, também chamado de Direito da Guerra, “foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”.⁵

Essa concepção de limitação da atuação estatal em prol dos direitos humanos foi reforçada pela criação, após a Primeira Guerra Mundial, da Liga das Nações, cujo objetivo era “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos seus membros”.⁶ Assim, a Convenção da Liga das Nações de 1920 previa normas genéricas sobre direitos humanos, bem como sanções econômicas e militares àqueles países membros que não cumprissem as obrigações dispostas na Convenção.⁷

Juntamente com o Direito Humanitário e a Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho também colaborou para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Também criada após a Primeira Guerra, tinha como objetivo fixar padrões internacionais de proteção aos direitos do trabalhador.⁸

Tais precedentes, portanto, contribuíram, cada qual da sua maneira, para tentar assegurar a observância aos direitos humanos na esfera internacional, fazendo surgir os primeiros contornos da concepção de que a proteção dos direitos humanos “deve ultrapassar as fronteiras estatais, transcendendo os limites da soberania territorial dos Estados para alçarem à categoria de matéria de ordem pública internacional”.⁹

No entanto, foi apenas a partir da Segunda Guerra Mundial que a internacionalização dos direitos humanos de fato se consolidou.

Devido às recorrentes atrocidades cometidas naquele período de guerra, principalmente pelo nazismo, e que ocasionaram o extermínio de, pelo menos, 11 milhões de pessoas,¹⁰ ficou evidente que não era mais possível deixar a proteção

Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, p. 49; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, p. 50.

⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, p. 50.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 110.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 110.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 111.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 111.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, p. 52.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 116.

dos direitos humanos apenas a cargo do Estado. Era necessário que houvesse um sistema de proteção internacional, para que as violações de tais direitos pudessem ser evitadas.

Desse modo, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, “emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”.¹¹

Assim, surge o denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que consiste em um novo ramo do Direito Internacional, cujas normas e institutos são voltados à proteção dos direitos humanos em âmbito mundial. A ideia em que se baseia é a de que todos os países têm a obrigação de respeitar os direitos humanos dos indivíduos sobre sua jurisdição e que aqueles que não o fizerem devem ser responsabilizados.

Portanto, nesse cenário pós-guerra, sendo o Estado considerado um potencial violador dos direitos humanos, fortalece-se a ideia de que esses direitos não devem ficar restritos à jurisdição doméstica estatal, pois configuram tema de legítimo interesse internacional. Tal entendimento ocasionou duas grandes consequências para o Direito Internacional: i) primeiramente, o conceito de soberania estatal passa a ser relativizado, uma vez que se torna permitida a intervenção no país que não estiver respeitando os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição; e ii) o indivíduo passa a ser sujeito de direito na esfera internacional.¹²

Ocorre, portanto, uma ruptura com as linhas clássicas do Direito Internacional Público pautadas na soberania absoluta do Estado e na concepção de que os Estados são os únicos sujeitos de direitos no âmbito internacional.

É nesse contexto, e sob influências dessas novas concepções, que surge, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), e em 1948 é criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi aprovada de forma unânime por 48 Estados, com 8 abstenções. Conforme ensina Flávia Piovesan “a inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário as suas

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 50.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 51.

disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código de plataforma comum de ação”.¹³ Isso significa que a Declaração “consolida a formação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.¹⁴

Ela inaugura, portanto, uma concepção de direitos humanos diferente das outras declarações existentes antes dela, que são agora caracterizados pela sua *universalidade e indivisibilidade*.

Universalidade, pois os direitos humanos se fundamentam no conceito de dignidade da pessoa humana e, sendo assim, basta a condição humana para que o sujeito possa ser titular de tais direitos, independentemente de sua raça, cultura, sexo, etc. Indivisibilidade, por sua vez, consiste na ideia de que os direitos humanos não apenas são constituídos por direitos civis e políticos, como também de direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, ao conjugar os direitos relativos à liberdade (direitos civis e políticos) com os direitos relacionados à igualdade (econômicos, sociais e culturais), passa a conceber os direitos humanos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível.¹⁵

Portanto, em relação à classificação doutrinária que divide os direitos humanos em “gerações”, não se mostra mais possível defender a sucessão geracional de tais direitos, como se os direitos de segunda geração se sobrepusessem aos de primeira, e assim por diante. Ao contrário, as ditas gerações de direitos humanos são cumulativas e convivem entre si: são uma realidade una. Nesse sentido, “revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade”.¹⁶

Assim, a partir da Declaração de 1948 e sua inovação na gramática dos direitos humanos, inicia-se o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da produção de diversos tratados, cuja finalidade é a proteção internacional de tais direitos.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 130.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 130.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 54.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 54 - 55.

Surge, assim, o sistema normativo global de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas, que é integrado por diversos instrumentos de proteção, tanto gerais (que correspondem à proteção dos direitos humanos dos indivíduos em geral, abstratamente considerados), como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, bem como de caráter especial (voltados a uma determinada coletividade cujas características as tornaram historicamente mais suscetíveis a terem seus direitos violados), como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), etc.¹⁷

Ao lado desse sistema onusiano de proteção surgem os sistemas regionais de proteção, que visam internacionalizar os direitos humanos no plano regional. São exemplos de tal sistema o Interamericano, o europeu e o africano.

Tais sistemas (global e regional) não são dicotômicos, mas complementares. Ambos interagem em conjunto com o sistema nacional de proteção com a finalidade de prestar maior efetividade possível à tutela de direitos humanos.¹⁸

No Brasil, os reflexos mais profundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos foram sentidos apenas a partir de sua redemocratização, deflagrada em 1985. Foi a partir de então que o país começou a ratificar os mais importantes tratados internacionais de direitos humanos, todos sob a égide da Constituição de 1988.¹⁹

A Constituição de 1988 assinalou no plano jurídico a passagem política do regime militar para a democracia.²⁰ Ela trouxe em seu texto diversos princípios, direitos e garantias fundamentais, que contrastam bastante com a realidade constitucional existente no período ditatorial.

Já em seu primeiro artigo, a Constituição consagra a dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República. A partir do artigo 5º, no título “Direitos e Garantias fundamentais”, traz um amplo rol de direitos, tanto individuais, como coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, sem prejuízo de outros direitos

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 57.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 12.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 58.

²⁰ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, p.13.

fundamentais encontrados em outros dispositivos constitucionais, para além desse título.

Todos esses direitos e garantias fundamentais foram elevados à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF), não podendo ser, portanto, abolidos da Constituição via reforma constitucional.²¹

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1988 “empresta aos direitos e garantias fase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país”.²²

Além disso, a Constituição de 1988 inaugura, na história constitucional brasileira, um rol de princípios a fundamentar as relações internacionais do país, entre eles o princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, CF).

O princípio da prevalência dos direitos humanos, segundo Celso Lafer, “afirma uma visão de mundo - que permeia a Constituição de 1988 - no qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania”.²³

Isso significa que a Constituição está claramente em consonância com a concepção pós-moderna do Direito Internacional, que tem colocado os direitos humanos como limite à soberania absoluta do Estado e como tema obrigatório na agenda internacional.

De acordo com Lafer, “o desdobramento do inc. II do art. 4º na prática diplomática brasileira tem sido uma política de Direito voltada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos”.²⁴

A Constituição trouxe também, em seu art. 5º, § 2º, a previsão de que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.²⁵ Assim, o constituinte originário criou uma cláusula de abertura aos direitos humanos previstos em tratados ratificados pelo país.

²¹ Embora ainda exista certa divergência doutrinária quanto à interpretação da expressão “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4º, IV, como “cláusula pétrea”, prevalece o entendimento de que esta abrange não apenas os direitos individuais, mas todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p.61.

²³ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, p. 14.

²⁴ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, p. 15.

²⁵ “Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Outras questões sobre direitos humanos foram inseridas na Constituição pelo poder reformador por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004 que, entre outras inovações, acrescentou: i) o § 4º ao art. 5º, reconhecendo a submissão do Estado Brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional; ii) o § 3º também ao art. 5º, prevendo a equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais, quando aprovados por três quintos de cada casa do Congresso, em dois turnos de votação; e iii) o § 5º ao art. 109, estabelecendo o deslocamento de competência para a justiça federal dos inquéritos ou processos cujo objeto configure grave violação aos direitos humanos, para que seja assegurado o cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos de que o Brasil seja parte.

A Constituição de 1988 traduz, assim, a abertura do país à normatização internacional no que se refere aos direitos humanos.

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, tratado é “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

A Convenção de Viena de 1986 amplia esse conceito ao introduzir a possibilidade de as organizações internacionais também celebrarem tratados internacionais. Tal capacidade, no entanto, é reduzida, uma vez que as organizações internacionais só poderão celebrar tratados “necessários à realização da missão a que se propuseram”.²⁶

Entretanto, trataremos apenas dos aspectos dos tratados celebrados entre Estados, uma vez que são os que importam ao presente estudo.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, p. 43.

Assim, a partir da Convenção de Viena de 1969, é possível extrair os elementos essenciais dos tratados internacionais, quais sejam: a) *acordo internacional*, significando a convergência de vontade entre os Estados que devem acordar livremente para a celebração de um tratado (uma vez que são soberanos); b) *forma escrita*, impossível, portanto se falar em tratados orais; c) *celebrado entre Estados* (ou entre organizações internacionais, ou entre essas e Estados), portanto não é possível celebração de tratados por indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito público interno ou privado; d) *regido pelo Direito Internacional Público*, o que os diferenciam dos contratos internacionais que são regidos pelo direito interno dos Estados; e) *composto de instrumento único ou em dois ou mais instrumentos*, pois não raro além do texto principal o tratado é acompanhado por outros textos, como os protocolos adicionais e os anexos; f) *ausência de denominação específica*, ou seja, independente da dominação que for dada ao acordo (Tratado, Pacto, Convenção, Carta, etc.), se ele contiver as características acima, terá a natureza jurídica de tratado.²⁷

Portanto, a expressão “tratado” é genérica, dadas as suas variações terminológicas, tais como Carta, Convenção, Pacto, Acordo, etc., que serão utilizadas a depender de seu conteúdo, objeto ou fim.

Quanto aos efeitos gerados, os tratados apenas obrigam os Estados-partes, isto é, os Estados que expressamente consentiram com sua adoção. Não é possível que tratados criem direitos e obrigações a Estados terceiros, sem o consentimento desses.

Além disso, os Estados pactuantes deverão cumprir os tratados conforme o princípio da “*pacta sunt servanda*”, não sendo permitido, a nenhuma das partes, “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, conforme dispõe o art. 27 da Convenção de Viena. Dessa forma, os tratados são regidos pelo princípio da boa-fé, pelo qual “cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional”.²⁸

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, p. 39-48.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 157.

Assim, “os tratados são por excelência uma expressão de consenso”.²⁹ É apenas através de seu livre consentimento que um Estado se sujeita às normas previstas em um tratado internacional. Um tratado concluído mediante violação ou uso da força, em flagrante afronta aos princípios do Direito Internacional Público, é considerado nulo, conforme art. 52 da Convenção de Viena.³⁰

O que motiva os Estados a celebrarem tratados internacionais, conforme explica André de Carvalho Ramos, “é a lógica das *vantagens recíprocas*”.³¹ Isso significa que, assim como ocorre com a maioria dos contratos de Direito Privado, os tratados internacionais têm, em geral, natureza sinalagmática, ou seja, os Estados-partes contraem entre si obrigações recíprocas (estabelecem prestações e contraprestações).

Essa lógica, no entanto, não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados de direitos humanos impõem um regime objetivo, por meio do qual um Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sobre sua jurisdição, e não para com os demais Estados.³² Logo, nos tratados de direitos humanos, os Estados não adquirem direitos, apenas assumem deveres. Os deveres assumidos não são relativos a outro Estado, mas aos próprios indivíduos sob sua jurisdição.

Segundo Cançado Trindade, “(...) os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados internacionais clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consagram interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano”.³³

Assim, os tratados de direitos humanos não possuem características eminentemente contratuais, e sim normativas, na medida em que estabelecem uma diversidade de dispositivos voltados à proteção dos direitos humanos a serem

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 157.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 157.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 68.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 68.

³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 49.

respeitados, protegidos e implementados pelos Estados-partes no seu direito interno.³⁴

Os tratados internacionais de direitos humanos, para além de obrigarem os Estados a não violarem os direitos neles protegidos, demandam uma atuação positiva para assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição o exercício livre e pleno de todos os direitos protegidos. Isso significa que os tratados de direitos humanos implicam na obrigação de o Estado adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. Logo, os tratados de direitos humanos obrigam todos os poderes, inclusive o legislativo que deverá atuar, seja no sentido de regulamentar os tratados de direitos humanos para atribuir-lhes maior eficácia, seja no sentido de alterar as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições do tratado.³⁵ Conforme afirma Cançado Trindade, “em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, ainda com maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais”.³⁶

Outra peculiaridade desses tratados é a previsão de órgãos e mecanismos de monitoramento.

Os três principais mecanismos de monitoramento previstos nesses tratados são: a) os relatórios; b) as comunicações interestatais; e c) o direito de petição a organismos estatais. Tais instrumentos devem ser levados à apreciação dos chamados Comitês.³⁷

Os Comitês são órgãos de monitoramento, criados pelos tratados de direitos humanos, cuja finalidade é fiscalizar o Estado-parte na observância das normas de direitos humanos contidas no tratado. Embora não tenham caráter jurisdicional, os Comitês emitem decisões recomendatórias, aplicando sanções morais ou políticas (não jurídicas no sentido estrito) ao Estado violador.³⁸

³⁴ Conforme ensina Flávia Piovesan: “A obrigação de respeitar os direitos humanos demanda dos Estados que se abstenham de violar direitos; a obrigação de proteger demanda dos Estados que evitem que terceiros (atores não estatais) afrontem direitos; por fim, a obrigação de implementar demanda dos Estados que adotem todas as medidas necessárias para a realização dos direitos humanos”. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 162-163).

³⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 42.

³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 42.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 25.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 25.

No que se refere aos mecanismos de monitoramento, os relatórios deverão ser elaborados pelos Estados-partes, a fim de demonstrarem, perante os Comitês, o modo como estão dando cumprimento às obrigações assumidas no tratado. Os relatórios devem esclarecer “as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado para implementar o tratado, bem como os fatores e dificuldades enfrentadas”.³⁹ Segundo Flávia Piovesan, esse sistema de relatório é previsto em todos os tratados de direitos humanos.⁴⁰

Ao lado dos relatórios, os tratados de direitos humanos trazem o mecanismo das comunicações interestatais, que confere a um Estado-parte a prerrogativa de denunciar outro Estado-parte que estiver violando direitos enunciados no tratado em questão. No entanto, esse mecanismo constitui cláusula facultativa, sendo que só se torna eficaz se os dois Estados (denunciado e denunciante) reconhecerem tal sistemática.⁴¹

A mais eficaz via de monitoramento é a petição a organismos internacionais. Por esse sistema, nas hipóteses de violação aos direitos humanos constantes no tratado e respeitados certos requisitos de admissibilidade, é possível que se postule individualmente perante o organismo internacional competente, que poderá adotar medidas para restaurar ou reparar os direitos violados. Em geral, tal mecanismo também vem previsto como cláusula facultativa.⁴²

Também é possível que os tratados de direitos humanos criem Cortes Internacionais para julgar os Estados em eventuais violações aos direitos previstos em seu texto. É o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil em 1998.⁴³

Portanto, dado seu caráter diferenciado, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos tratam de valores supremos do ser humano e, inclusive, estabelecem mecanismos de fiscalização, não raro as Constituições dos países dão a eles tratamento especial quanto à sua incorporação e hierarquia. É o que será analisado adiante, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 26.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 26.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 27.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos humanos*, p. 27.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 107.

1.3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.3.1 Monismo x Dualismo

No que tange à relação existente entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno, a doutrina tradicionalmente divide-se em duas posições diametralmente opostas: a monista e a dualista.

Para os adeptos da teoria dualista, o Direito interno e o Direito Internacional Público são dois sistemas independentes e distintos entre si, porém igualmente válidos, de modo que, para essa concepção, fontes e normas de direito internacional não se relacionam com as normas de direito interno e vice-versa, sendo impossível a existência de conflitos normativos entre tais esferas do direito.⁴⁴

Esse entendimento foi construído sobre a concepção de que aos tratados, bem como às outras fontes de direito internacional, competem regular matérias que envolvem precipuamente questões entre Estados ou entre estes e organizações internacionais, de modo que o seu conteúdo normativo nada tem a ver com as normas de direito interno, as quais visam regular, principalmente, questões envolvendo indivíduos entre si e entre estes e o Estado. Assim, evidente que não poderia existir conflito normativo entre matérias que regulam questões diferentes.⁴⁵

A teoria dualista é reflexo de um tempo (início do século XX) em que o Direito Internacional Público voltava-se à produção de normas predominantemente de conteúdo contratual, que tinham como finalidade fixar regras de convivência entre os Estados.⁴⁶ Os tratados de natureza normativa (como é o caso dos tratados de direitos humanos) ainda eram incipientes, o que justifica essa concepção dualista da existência de dois sistemas jurídicos completamente distintos e intocáveis.

Para os dualistas, um tratado internacional, para que pudesse regular alguma questão relevante no âmbito nacional, e, portanto, ter validade na ordem

⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 48.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 48.

⁴⁶ DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*, p. 9.

jurídica interna do Estado, deveria passar por um processo de incorporação que o transformasse em lei nacional.⁴⁷

Em suma, segundo essa doutrina, as normas de direito interno têm eficácia apenas no âmbito nacional, enquanto que as normas de direito internacional têm eficácia apenas na esfera internacional. Para que um tratado pudesse ser aplicado no ordenamento jurídico interno, isso somente se tornaria possível mediante a sua transformação em lei.

A doutrina monista, por sua vez, parte do princípio de que o direito é um só, quer se apresente na esfera estatal, quer nas relações internacionais.⁴⁸ A partir de então, os adeptos do monismo dividem-se em duas categorias: os que entendem que o direito internacional tem primazia em relação ao direito interno (monismo internacionalista) e os que, ao contrário, entendem que o direito interno é o que prevalece no caso de conflito normativo (monismo nacionalista).

Desse modo, para essa doutrina, o procedimento de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno, transformando-os em leis nacionais, não se demonstra necessário para que os tratados tenham eficácia no âmbito do direito interno dos Estados: a partir da ratificação dos tratados, esses já passam a vigorar tanto na ordem jurídica interna como na internacional, uma vez que não são considerados dois sistemas distintos, e sim uma realidade una.

Assim, para os monistas, com a mera ratificação dos tratados internacionais pelo Estado, se opera a sua “incorporação automática” no sistema jurídico nacional, sendo que, ao existirem normas internacionais que colidam com alguma norma interna, deve prevalecer uma ou outra a depender do posicionamento que se adote (monismo internacionalista ou nacionalista).

Na realidade, hoje tal discussão perdeu parte de sua relevância, uma vez que se entende que cabe à Constituição de cada Estado determinar qual será a relação existente entre seu direito interno e o direito internacional. Portanto, as questões relativas ao momento da entrada em vigor das normas internacionais e a questão da hierarquia de tais normas serão expostas conforme dispuser a norma constitucional de cada Estado.⁴⁹

⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 48.

⁴⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*, p. 237.

⁴⁹ Nesse sentido: “É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos

No Brasil, no entanto, seguindo uma tradição das constituições anteriores, a Constituição de 1988 foi omissa em relação a diversos aspectos relacionados à recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico do país. Não se estabeleceu de forma expressa qual seria o procedimento a ser adotado para que os tratados tivessem validade no país, bem como não previu expressamente qual o posicionamento hierárquico dos tratados ratificados e tampouco se referiu ao momento em que se pode considerar válido um tratado no Brasil. Diante dessa omissão constitucional, coube à doutrina e à jurisprudência brasileira resolver tais questões.

Assim, antes de tratar da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente dos tratados internacionais de direitos humanos, mister fazer uma breve explanação sobre o procedimento de incorporação desses tratados no caso brasileiro. Isso porque somente após se verificar em que momento passa a valer um tratado no Brasil é que se pode atribuir sua hierarquia e identificar todas as demais consequências jurídicas dessa atribuição.

1.3.2 Incorporação dos tratados que não versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Na Constituição brasileira de 1988, apenas dois dispositivos tratam da questão da formação dos tratados internacionais. Um deles é o art. 84, inciso VIII, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções ou atos internacionais, dispondo que estarão eles sujeitos a referendo do Congresso.⁵⁰ O outro dispositivo é o art. 49, inciso I, que prevê a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre

atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro". (BRASIL. STF. ADI 1480 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213).

⁵⁰ "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional."

tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.⁵¹

Conforme dito, portanto, a Constituição de 1988 manteve a tradição das constituições brasileiras de não esclarecer satisfatoriamente o momento a partir do qual os tratados internacionais passam a vigorar no país, restando à doutrina e à jurisprudência a interpretação de tais artigos.

Na falta de uma norma clara, a processualística dos atos internacionais no Brasil “amoldou-se com o tempo, por meio de práticas reiteradas”.⁵² Assim, além da assinatura e ratificação, que são os atos internacionais necessários à formação dos tratados e reguladas pelo Direito Internacional (Convenção de Viena de 1969), o sistema brasileiro estabelece, ainda, a necessidade de aprovação parlamentar anterior à ratificação e de publicação do decreto presidencial após a ratificação do tratado.

Assim, o processo de conclusão de um tratado internacional no Brasil possui duas fases internacionais e duas fases internas. Primeiramente, há a fase de negociações que culminam com a assinatura do tratado (primeira fase internacional), depois, é necessário um procedimento interno de aprovação do tratado pelo poder legislativo, também chamado *referendum*, (segunda fase interna). Com a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional segue a próxima fase, que é a ratificação do tratado (terceira fase externa) e, por fim, há a promulgação e publicação do tratado (quarta fase interna).⁵³

A par desse processo dito solene de conclusão do tratado existe também um processo simplificado, utilizado para os acordos executivos, que prescindem apenas das fases de negociação, assinatura (ou troca de notas) e publicação.

Analisaremos apenas o primeiro processo (processo solene), que é o mais comum e o que importa para os objetivos desse trabalho.

Portanto, o início da celebração do tratado se dá com a negociação e assinatura. A negociação e a assinatura são de competência do Presidente da República (competência originária) que, no entanto, pode delegá-la aos ministros

⁵¹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”

⁵² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 145.

das relações exteriores ou aos chefes de missão diplomática (competência derivada) e a outras pessoas ou grupo de pessoas (delegação ou comissão) desde que detenham a carta de pleno poderes. No caso de Delegação ou Comissão, a carta de plenos poderes é exigida apenas aos seus chefes.⁵⁴

Na fase de negociações, os Estados reúnem-se para debater sobre os aspectos relacionados ao tratado. Concluídas as negociações, caso haja convergência de vontade entre os Estados, o tratado é assinado. A assinatura, porém, constitui ato precário e provisório, não possuindo efeitos jurídicos vinculantes.⁵⁵

Logo após a assinatura, o Presidente da República deve mandar o tratado à apreciação do Congresso Nacional pelo que se costumou a chamar de “mensagem”. A partir de então, inicia-se a fase da aprovação parlamentar, que atribui ao processo de formação do tratado um aspecto democrático. Nessa fase, é possível que os parlamentares oponham restrições em relação a determinados pontos do tratado (que serão, no futuro, vertidas em reservas pelo presidente no momento da ratificação), nunca podendo, porém, emendá-lo.

Se a deliberação parlamentar resultar na aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, o Presidente do Senado deverá promulgar um decreto-legislativo que, além de instrumentalizar a aprovação do tratado, irá autorizar o Presidente da República a ratificá-lo. O decreto-legislativo deverá ser publicado no Diário Oficial.

A partir de então, inicia-se a terceira etapa, que é a da ratificação do tratado. A ratificação é de competência exclusiva do Presidente da República, não podendo ser delegada. Ela é ato de caráter internacional, a partir do qual o Estado efetivamente se obriga, com relação aos demais, a obedecer e realizar o tratado internacional. A ratificação é um ato unilateral, irrevogável, discricionário, político e externo. Justamente por ser discricionário, o Presidente da República não

⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*: com comentários à Convenção de Viena de 1969, p. 59.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*: com comentários à Convenção de Viena de 1969, 78-85.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*: com comentários à Convenção de Viena de 1969, p. 81.

é obrigado a ratificar o tratado, mesmo tendo sido este devidamente aprovado pelo Congresso.⁵⁶

Após a ratificação, ocorre o depósito (no caso de tratados multilaterais) ou troca (no caso de tratados bilaterais) dos instrumentos de ratificação, e é a partir de então que o tratado passará a vigorar no plano internacional. No caso de tratados multilaterais, é possível que eles prevejam a necessidade de um determinado número de ratificações para que comecem a entrar em vigor.

A quarta e última fase é a da promulgação do tratado via decreto do Presidente da República e sua posterior publicação, a partir da qual, conforme entende a doutrina majoritária, este passa a vigorar no plano do direito interno brasileiro.

Portanto, após a ratificação, que, conforme visto, é um ato internacional, o Presidente da República deverá, no plano interno, promulgar o tratado a partir da edição de um decreto presidencial, o qual deverá seguir para a publicação no Diário Oficial da União.⁵⁷

Assim, se é no momento do depósito ou troca dos instrumentos de ratificação que o tratado passa a vigorar no plano do direito internacional, é a partir da publicação do decreto do Presidente da República que o tratado passa a valer no plano do direito interno.

Quando o Estado não participou das fases de negociação e assinatura do tratado, mas quer, assim mesmo, tornar-se parte, é possível fazer isso pela chamada *adesão*. A adesão possui os mesmos efeitos da ratificação e, também, pressupõe a aprovação do Congresso Nacional e edição do decreto legislativo. Após a autorização do Congresso, o Presidente aderirá ao tratado (ato internacional similar à ratificação) e promulgará, posteriormente, o decreto presidencial.⁵⁸

A questão da promulgação do tratado pelo decreto presidencial “é uma das mais difíceis e problemáticas fases da inserção dos tratados no Direito Brasileiro”.⁵⁹ Isso porque se discute na doutrina se tal decreto teria o condão de transformar o tratado internacional em direito interno ou se sua função seria apenas a de dar

⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*: com comentários à Convenção de Viena de 1969, p. 92.

⁵⁷ DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*, p. 99.

⁵⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 144.

publicidade ao tratado. O ponto que diferencia essas duas posições é saber se basta a ratificação para a inserção do tratado no direito interno e se o instrumento normativo que passa a vigorar internamente é o tratado em si ou o decreto presidencial que o promulga.⁶⁰

A doutrina é bastante confusa a esse respeito. Parte dela entende que o decreto presidencial é um ato de incorporação, defendendo que o Brasil adota a teoria dualista.⁶¹ Outros discordam que o sistema brasileiro teria adotado a teoria dualista, e defendem que o decreto presidencial cumpre o papel apenas de dar publicidade ao tratado internacional.⁶² Há, ainda, os que defendem que é o decreto legislativo, e não o decreto presidencial, que insere o tratado no Direito brasileiro.⁶³ E há os que defendem a desnecessidade do decreto presidencial, entendendo que o tratado pode ser aplicado a partir de sua ratificação, pois o decreto legislativo já foi suficiente para dar a devida publicidade.⁶⁴

⁵⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 144.

⁶⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 146.

⁶¹ Nesse sentido: "(...) o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República (...)" (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional*, p. 86.)

⁶² Nesse sentido afirma Pedro Dallari que: "(...) o tratado ingressa no direito brasileiro – e entendo que essa é uma questão pacífica hoje – com vida própria, com forma própria, por força do compromisso internacional celebrado pelo Brasil, sendo o decreto presidencial a via pela qual se dá a publicidade ao seu conteúdo e se fixa o início de sua vigência no território nacional. Prevalece, assim, a solução monista para o dilema da integração dos tratados de direito internacional público ao direito interno." (DALLARI, Pedro B. A., Pedro. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista especial do Tribunal Regional Federal*, p. 31.)

⁶³ Nesse sentido, José Carlos Magalhães afirma que "(...) a competência do Presidente da República, estabelecida de forma privativa, é a de celebrar tratados, porém sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe a competência exclusiva de resolver definitivamente sobre tratados. Assim, firmado o tratado, esgota-se a competência do Presidente, cabendo ao Congresso o poder de resolver sobre ele de forma definitiva, ratificando-o ou não. E, se o ratificou por meio de Decreto Legislativo, tal ratificação aperfeiçoa-se no plano interno, com mesma obrigatoriedade de sua observância, cabendo ao Presidente apenas a responsabilidade de dar cumprimento à decisão do Congresso e, assim, executar a formalidade externa de depositar o instrumento de ratificação" (MAGALHÃES, José Carlos *apud* GALINDO, George Rodrigo Bandeira, *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 150- 151)

⁶⁴ Nesse sentido afirma Valerio Mazzuoli: "Segundo a tese que sempre defendemos, o tratado ratificado –desde que, é claro, já esteja em vigor no plano internacional- já está apto a produzir efeitos no âmbito do Direito interno do Estado-parte, independentemente de promulgação e publicação internas (ainda mais levando-se em consideração que o tratado ratificado já foi anteriormente aprovado pelo Parlamento, ocasião em que se fez publicá-lo Diário do Congresso Nacional, que também é veículo de publicidade oficial no Brasil). Tais efeitos são de variada índole, dentre os quais os mais importantes são: a) a revogação imediata da legislação interna incompatível com o conteúdo do tratado; e b) a possibilidade de responsabilização do Estado relativamente a quaisquer atos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário contrários àquilo que estabelece o compromisso internacional. A promulgação e publicação dos tratados é mera *praxe* que se estabeleceu no Brasil,

O posicionamento do STF sobre o tema induz a necessidade do decreto presidencial, para, só assim, poder o tratado ser aplicado internamente:

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a exequutoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno". (ADIn 1.480 -DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, DJU, 13.5.1998)

Utilizaremos, neste trabalho, os ensinamentos de George Rodrigo Bandeira Galindo, para quem “a razão parece estar com os que acreditam que o Decreto [presidencial] tem o mero efeito de dar publicidade ao tratado internacional devidamente ratificado”.⁶⁵ O autor argumenta que a Constituição sempre se refere a “tratado” em seus dispositivos, o que leva a conclusão que ele existe de forma autônoma em relação ao decreto.⁶⁶

O decreto presidencial, portanto, não transforma o tratado internacional em lei interna, apenas exterioriza o conteúdo do tratado.⁶⁷ Nas palavras de Pagliarini os decretos-presidenciais são apenas “veículos introdutórios de normas internacionais”,⁶⁸ pois os tratados passam a vigorar no plano do direito interno com *força* de norma interna, porém não se transfigurando em lei nacional. A função do decreto presidencial é, pois, apenas dar publicidade aos tratados internacionais ratificados.

Conforma ensina Pedro Dallari, a necessidade do decreto presidencial para dar publicidade aos tratados ratificados decorre do art. 37 da Constituição. Segundo o autor, tal artigo é “peremptório ao assinalar a imperatividade do princípio da *publicidade* para os atos da administração pública, configurando-se claramente no

desde o primeiro tratado celebrado no Império (...).” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 135.)

⁶⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 152.

⁶⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 153.

⁶⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*, p. 153.

⁶⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, p. 157.

reclamo constitucional do decreto”,⁶⁹ uma vez que este é o “instrumento próprio e também constitucionalmente assinalado para a exteriorização dos atos privativos do Presidente da República (art. 84, IV)”.⁷⁰

Diante disso, depreende-se que o sistema jurídico brasileiro teria adotado o sistema monista, uma vez que confere ao tratado internacional ratificado pelo país tanto força normativa internacional como interna. No entanto, para que possa vigorar no plano interno, depende de um ato de publicidade, qual seja o decreto presidencial.

Em suma, em face da omissão constitucional, no sistema brasileiro, entende-se pela necessidade da publicação do decreto presidencial para estabelecer a data em que o tratado passa a ter aplicabilidade obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro. O decreto presidencial, segundo a posição adotada, serve para dar publicidade à ratificação do tratado, e não para transformá-lo em lei nacional. A partir da publicação, o que passa a ser aplicado no sistema jurídico é o próprio tratado, e não o decreto presidencial.

1.3.3 Incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Em face da Constituição de 1988, alguns autores vêm defendendo que existe um tratamento diferenciado em relação à processualística que envolve os tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a previsão contida em seus art. 5º, §§ 1º e 2º.

O art. 5º, § 1º, prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e o § 2º prevê que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros previstos nos tratados internacionais em que o Brasil faz parte.

Da interpretação desses dois dispositivos, duas questões foram levantadas pela doutrina. A primeira diz respeito ao *status* constitucional dos tratados de direitos

⁶⁹ DALLARI, Pedro. B. A. *Constituição e tratados internacionais*, p. 100.

⁷⁰ DALLARI, Pedro. B. A. *Constituição e tratados internacionais*, p. 100.

humanos, que será objeto de análise nos próximos capítulos. A segunda interpretação é a de que os tratados de direitos humanos no Brasil têm aplicação automática (ou imediata) não dependendo, pois, de decreto do Presidente da República.

Nesse sentido, ensina Flávia Piovesan:

Por força do art. 5º, § 1º, [os tratados de direitos humanos] têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, irradiam efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto.⁷¹

Do mesmo modo, entende Valerio Mazzuoli:

(...) passam os tratados de direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1.º do seu art. 5º, a ter *aplicabilidade imediata*, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz necessário.⁷²

Contudo, conforme explica Galindo, a existência de diferença entre o processo de inserção dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados vai depender do que se entende por incorporação automática.

Segundo o autor, caso entenda-se por incorporação automática o fato de o tratado ser obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua ratificação, sendo o decreto presidencial mero ato de publicidade, não há diferença em relação ao procedimento previsto para os demais tratados, pois, conforme visto, a melhor interpretação é aquela que entende que o decreto do Presidente da República apenas confere publicidade ao tratado, e não o transforma em lei nacional.⁷³

A outra interpretação possível é entender que “incorporação automática” enseja a desnecessidade do ato de publicação do tratado, devendo este ser aplicado desde sua ratificação. O autor aponta algumas questões problemáticas quanto a esse entendimento.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 161.

⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, 55 -56.

⁷³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição*, p. 155.

A primeira delas é que tanto no direito interno como no Direito Internacional, o requisito publicidade é essencial.⁷⁴ Conforme explica Galindo: “A função da publicidade é dar a conhecer indivíduos e mesmo aos Estados (na esfera internacional) a norma. A transparência impede o arbítrio e contribui para a aplicação ampla e irrestrita do Direito”.⁷⁵

Outra questão é o fato de que considerar que os tratados de direitos humanos devem ser aplicados sem publicação no direito interno é contribuir para que “não sejam eles invocados na esfera interna, até mesmo porque quase todos os tratados de Direitos Humanos são publicados em poucas línguas, a que parcela significativa da população mundial não tem acesso”.⁷⁶

Segundo o autor, “a melhor atitude não é eliminar a necessidade de publicação, mas mitigá-la em casos necessários”.⁷⁷

Caso o Estado, por alguma razão, não publique o tratado que ratificou, ao particular é reservada a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional para exigir os direitos constantes no tratado de direitos humanos.⁷⁸

De acordo com Alberto Xavier: “se é certo que o tratado não publicado não é oponível aos particulares, no sentido de lhes exigir obrigações, a verdade é que estes podem invocá-los para exigir direitos que dele decorram”.⁷⁹

Isto é, os tratados internacionais que estabelecem encargos aos indivíduos necessariamente precisam de publicação para que sejam invocados. No entanto, nos casos de tratados que estabelecem direitos e garantias fundamentais, na falta de publicação, é possível exigi-los através do judiciário, pois não é possível que o Estado se exima das obrigações que internacionalmente se comprometeu para com os indivíduos sob sua jurisdição, sob a desculpa de que ainda não publicou o tratado internamente.

⁷⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 156.

⁷⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 156.

⁷⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 156.

⁷⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 156.

⁷⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 156.

⁷⁹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional no Brasil*, p. 133.

De todo modo, a jurisprudência não faz diferença entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados quanto à sua inserção no ordenamento interno, considerando necessária, para ambos os casos, a publicação do decreto presidencial, para que passem a vigorar no plano interno.⁸⁰

Nesse sentido, o art. 5º, § 1º, não deve ser interpretado como sendo um dispositivo que estabelece um sistema misto no que diz respeito à inserção dos tratados no direito interno. Vale dizer, o artigo não visa dar tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos quanto ao seu procedimento de internalização no ordenamento doméstico. O § 1º do art. 5º, lido em conjunto com o § 2º do mesmo artigo, trata, na realidade, da impossibilidade de conceber os tratados de direitos humanos como *non-self executing*.⁸¹

Portanto, os tratados de direitos humanos são *self-executing*, não precisando de nenhuma norma do direito interno para que possa ser invocado. Isto é, os tratados de direitos humanos, após serem publicados no direito interno, são diretamente aplicáveis, sem necessidade de lei que os regule.⁸²

Haverá casos, no entanto, que as medidas legislativas serão necessárias. Porém, isto somente acontecerá quando indubitavelmente expresso no texto convencional.⁸³

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 87.

⁸¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 310.

⁸² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 311.

⁸³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*, p. 311.

2 CONTROVÉRSIA ACERCA DA HIERARQUIA DO TRATADO DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após tratar da gênese dos tratados de direitos humanos, bem como suas características e o modo de sua formação e incorporação ao ordenamento brasileiro, será analisado no presente capítulo a questão central deste trabalho: o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil.

A questão ganha força a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, conforme visto, além de representar no plano jurídico a passagem do Brasil para o regime democrático, assinalou a institucionalização dos direitos humanos no país.⁸⁴

A discussão gira em torno do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que prevê que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A partir da interpretação de tal artigo, parte da doutrina começou a defender que a Constituição Federal teria dispensado um tratamento especial aos tratados de direitos humanos, elevando-os à categoria de normas constitucionais. Tal posicionamento contrariava o entendimento consolidado na época, de que todos os tratados internacionais teriam *status* de leis ordinárias.

Se os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* constitucional, e, portanto, situam-se no ápice do ordenamento, significa que as normas infraconstitucionais contrárias a eles não terão aplicabilidade por serem inconvencionais.

A partir disso, diversas vezes o STF foi obrigado a se manifestar sobre o tema, porém sempre concluía pelo *status* infraconstitucional dos tratados.

Em 2004, o legislador constituinte, com o intuito de eliminar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, inseriu na Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o § 3º ao artigo 5º, cuja redação dispõe que:

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 130.

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*.

Portanto, a partir desse dispositivo, os tratados de direitos humanos que forem aprovados no Congresso com o mesmo quórum necessário para aprovação de emendas constitucionais (3/5, dois turnos, em cada Casa do Congresso)⁸⁵ terão *status* constitucional.

Entretanto, o novo dispositivo não foi suficiente para dirimir o problema. Ainda resta saber qual é, de fato, a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos anteriores à emenda, e que não passaram por esse quórum de votação. Além disso, com a emenda, surgem diversos outros problemas: a) estaria agora o Congresso Nacional obrigado a votar com esse procedimento do art. 5º, § 3º? Ou ele poderia escolher quando votar desta forma? b) E se o tratado não conseguir atingir o quórum determinado pela emenda? Ele mesmo assim será considerado aprovado pelo Congresso Nacional? c) Deverá o Congresso Nacional novamente colocar em votação os tratados anteriores à emenda para que eles adquiram *status* constitucional?

Enfim, percebe-se que longe de dirimir a discussão, o novo dispositivo ainda trouxe outras dúvidas, tornando a matéria sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos ainda mais problemática.

Em 2008, o STF novamente precisou se posicionar sobre o tema por meio do Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP, que tinha como objeto a questão da validade da prisão civil do depositário infiel. Isso porque, a Constituição Federal prevê a possibilidade da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII),⁸⁶ mas a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º)⁸⁷ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 11)⁸⁸ não a admitem.

⁸⁵ Art. 60 (...) § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁸⁶ Art. 5º (...) LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁸⁷ Artigo 7º. (7). Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedido em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁸⁸ Artigo 11 – Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

O Plenário do STF, mudando seu posicionamento anterior, entendeu que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum determinado pelo art. 5º, § 3º, da CF, não teriam nem caráter legal nem constitucional, e sim *supralegal*.

Contudo, ao se analisar os votos do recurso, percebe-se que houve uma divergência significativa entre os ministros quanto ao *status* de tais tratados (uns entendendo pela supralegalidade, outros pela constitucionalidade, outros nem mesmo se posicionando sobre a hierarquia), uma vez que tal divergência não foi determinante para a conclusão do julgado (que concluiu pela vedação da prisão civil do depositário infiel). Assim, permanece a dúvida se esse continuará sendo o entendimento do Supremo caso ele deva novamente se manifestar sobre o tema.

Além disso, grandes nomes do direito brasileiro, como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovensan, Valerio Mazzuoli, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros, continuam a defender o caráter constitucional de tais tratados, mesmo sem o quórum de aprovação previsto no § 3º, uma vez que a cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, já seria suficiente para conceber a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

Outros vão mais além e defendem que os tratados de direitos humanos teriam característica supraconstitucional e, portanto, estariam acima, inclusive, da Constituição Federal. Esse é o posicionamento, por exemplo, de Celso de Albuquerque Mello, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, entre outros.

É evidente, portanto, que não se trata de tema pacífico. A doutrina divide-se em quatro posicionamentos: a) os que equiparam os tratados de direitos humanos às leis ordinárias; b) a vertente que atribui caráter supralegal a esses diplomas internacionais; c) os que defendem o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos; e, por fim, d) os que entendem pela sua natureza supraconstitucional.

A seguir, será analisado cada um desses posicionamentos, bem como a evolução do entendimento do STF sobre o tema, para que, posteriormente, seja possível demonstrar o posicionamento adotado por esse trabalho e suas consequências para o sistema jurídico brasileiro.

2.1 STATUS DE LEI ORDINÁRIA

A doutrina que defende o *status* de lei ordinária dos tratados de direitos humanos perdeu bastante sua força, principalmente a partir do julgamento, em 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP, que, conforme exposto rapidamente acima, conferiu aos tratados de direitos humanos (não internalizados pelo procedimento do art. 5^a, § 3^o) caráter supralegal.

Os adeptos dessa doutrina (*status* de lei ordinária) se baseavam na concepção firmada no Brasil, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 (1977), de que todos os tratados internacionais incorporados no país têm *status* infraconstitucional equivalente ao da lei ordinária. Segundo esse entendimento, o tratado incorporado no ordenamento jurídico brasileiro é equiparado à lei ordinária e obedece às regras próprias dessa espécie normativa (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível; lei especial revoga lei geral).

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse foi o entendimento da grande parte da doutrina, bem como do STF até 2008.

Os principais argumentos levantados pelos que defendem tal posição dizem respeito: a) ao art. 102, III, *b*, da CF, que prevê o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais; b) ao art. 105, III, *a*, que trata da competência do STJ para recursos que versarem sobre decisão contrária à lei federal e a tratados; c) ao quórum exigido pela aprovação dos tratados internacionais (maioria simples), que corresponde ao quórum exigido para aprovação de lei ordinária; d) à interpretação do art. 5^o, § 2^o, da CF, que significaria apenas o recebimento dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sem, contudo, conferir-lhes hierarquia diferenciada; e) à rigidez constitucional, uma vez que o tratado internacional não poderia alterar a Constituição sem que se passasse pelo procedimento previsto para aprovação de emendas (art. 60 da Constituição); e f) à supremacia da Constituição e à impossibilidade de relativização da soberania estatal.

Portanto, segundo essa doutrina, uma vez que a Constituição estabelece o controle de constitucionalidade de tratados, não fazendo nenhuma ressalva quanto aos tratados de direitos humanos, isso significa que os tratados estão, no plano da hierarquia das normas, abaixo da Constituição. Este controle está previsto no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Assim, uma vez que o dispositivo se refere à inconstitucionalidade de “tratado” ou “lei federal”, a conclusão é que a Constituição estaria igualando os dois diplomas normativos.⁸⁹ Portanto, os tratados seriam equivalentes às leis federais.

Sob essa mesma lógica, a redação do art. 105, III, a, da Constituição Federal, para essa doutrina, também ensejaria a conclusão de infraconstitucionalidade dos tratados.⁹⁰ Assim dispõe o referido artigo:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Assim, tendo em vista que o artigo trata de “lei federal” e “tratado”, a conclusão seria, também, no sentido de equiparação de tais atos normativos.

Soma-se a isso o fato de que, antes do art. 5º, § 3º, o rito para aprovação de um tratado internacional no Brasil (inclusive de direitos humanos) era o mesmo utilizado para aprovação de leis ordinárias (maiorias simples). Também por tal motivo, a conclusão seria a da equiparação dos tratados à lei ordinária. Nesse sentido, argumenta Amaral Júnior:

Parece tranquilo concluir que o tratado internacional seja qual for sua matéria, inclusive direitos humanos, ingressa no Direito brasileiro com *status*, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comporta-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a

⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados de Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, p. 135.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*, p. 194.

aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (artigo 47 da Constituição de 1988).⁹¹

Nessa esteira, tendo em vista que a Constituição de 1988 se caracteriza por ser uma Constituição rígida, pois estabelece procedimento mais rigoroso para sua reforma (art. 60, CF), não seria possível que os tratados, que são aprovados por maioria simples, fossem considerados normas constitucionais. Para essa doutrina, sempre que existir conflito entre tratado e Constituição, a última prevalecerá. Sobre a rigidez constitucional, Maurício Andreiuolo Rodrigues afirma que:

(...) os tratados internacionais de direitos humanos devem ser acolhidos, sim, mas desde que não ofereçam obstáculos às ordens constitucionais já existentes. Pois bem, se houver conflito de fonte constitucional com outra internacional, valerá a primeira, que só será alterada através dos meios ordinários nela prevista (Emenda Constitucional – art. 60).⁹²

Outro argumento importante é o relativo à soberania do Estado. Considerar os tratados de direitos humanos com *status* constitucional ou mesmo supraconstitucional seria relativizar a soberania estatal. Nesse sentido, afirma Ricardo Almeida Ribeiro Silva:

Os atos normativos alienígenas ainda que absorvidos ao direito positivo nacional através dos instrumentos próprios, jamais poderão sublimar determinados marcos muito bem delimitados, que são de um lado a rigidez constitucional; e de outro a soberania estatal- que não deverá quedar mediante golpe tão frágil.⁹³

Além disso, segundo essa doutrina, a interpretação correta do art. 5º, § 2º seria a que o considera apenas como um dispositivo que demonstra a não taxatividade dos direitos fundamentais da Constituição. Desse modo, o dispositivo significaria que, de fato, há o recebimento dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio, porém não há previsão expressa que eles possuem caráter de norma constitucional.

⁹¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

⁹² RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 188.

⁹³ SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 188.

Por outro lado, ainda em relação ao art. 5º, § 2º, o ex-ministro do STF, José Carlos Moreira Alves, em conferência inaugural ao Simpósio “Imunidades Tributárias”, coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, em 1998, afirmou que tal dispositivo teria concedido *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, porém ele só poderia ser aplicado “aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988”,⁹⁴ sendo que os tratados posteriores a promulgação da Constituição ingressariam no ordenamento “como lei ordinária”.⁹⁵

Segundo o jurista, não poderia ser aplicado referido parágrafo, porque “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”,⁹⁶ uma vez que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”.⁹⁷

A partir da EC 45/2004, alguns continuaram defendendo o *status* infraconstitucional de tais tratados, quando não aprovados segundo o procedimento do novo § 3º, art. 5º, da Constituição Federal.⁹⁸ Nesse sentido, defende Amaral Júnior que:

(...) os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam – ou melhor, desde que sejam – recepcionados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais (art. 60 da Constituição de 1988) terão o status das normas constitucionais. Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados segundo o mecanismo usual de recepção – aquele por meio de decreto legislativo – terão, ou melhor, continuarão a ter, indubitavelmente, força de lei ordinária.

⁹⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades Tributárias*, p. 22.

⁹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades Tributárias*, p. 22.

⁹⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades Tributárias*, p. 22.

⁹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades Tributárias*, p. 22.

⁹⁸ No entanto, outros mudaram de opinião, como é o caso de José Francisco Resek, que sempre defendeu o caráter infraconstitucional dos tratados internacionais (inclusive de direitos humanos), conforme pode ser observado em seu voto na qualidade de ministro do STF no HC 72.131/RJ. Porém, com o advento do novo § 3º do art. 5º da CF, o jurista passou a entender que: “ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.(RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar, p. 133).

Ainda segundo esse autor, a maior virtude dessa emenda constitucional seria a de “sepultar a polêmica”⁹⁹ sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos (o que, na realidade, não ocorreu). Segundo o jurista, com a emenda que acrescentou o § 3º ao art. 5º, prevendo um quórum diferenciado para aprovação de tratados de direitos humanos, restou claro que os tratados internacionais que não passarem por tal procedimento não possuem outro *status* se não o de lei ordinária.¹⁰⁰

Em suma, essa doutrina entende que os tratados que não passarem pelo rito do art. 5º, § 3º, têm *status* de lei ordinária federal. Conforme já mencionado, porém, essa tese perdeu sua força, com o advento do Recurso Extraordinário nº 466.423 – SP julgado pelo Supremo em 2008, ocasião em que se afastou completamente a tese do *status* de lei ordinária, e decidiu-se pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

2.2 STATUS CONSTITUCIONAL

Os que defendem a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos se baseiam, principalmente, no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Antônio Augusto Cançado Trindade, jurista responsável pela inclusão de tal dispositivo na Constituição por meio de sua participação na Assembleia Nacional Constituinte na condição de consultor jurídico do Itamaraty, explica que:

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento ao contrário requer demonstração. A tese de equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.¹⁰¹

⁹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

¹⁰⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

¹⁰¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 54.

Flávia Piovesan também defende o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos. Ao interpretar o art. 5º, § 2º, a autora ensina que, “ao prescrever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”,¹⁰² a *contrario sensu*, a Constituição está a “incluir no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”.¹⁰³

A partir disso, conclui a jurista que “este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional de tais direitos”.¹⁰⁴ Desse modo, a Constituição teria atribuído a tais tratados uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Além disso, a própria natureza dos direitos fundamentais, que é materialmente constitucional, revela que se deve dar a esses normativos um tratamento especial. O art. 5º, § 2º, constituiria, assim, uma cláusula de abertura aos direitos fundamentais constantes em tratados que, por sua vez, integrariam o chamado “bloco de constitucionalidade”.¹⁰⁵

Assim, em que pese não serem formalmente constitucionais (pois não estão formalmente integrados no texto constitucional), os tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais.

Além disso, Flávia Piovesan explica que a conclusão pelo *status* constitucional de tais tratados advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.¹⁰⁶ Além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁷

Aos defensores do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, a inovação trazida pela EC 45/2004 veio somente reforçar o caráter especial de tais tratados. Isso porque o art. 5º, § 3º, segundo explica Celso Lafer, “pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 52.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 52.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 52.

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 62.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 61.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 62.

jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º.¹⁰⁸ Explica o autor que “uma lei interpretativa nada faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente”.¹⁰⁹

Assim, a partir da referida emenda, os tratados internacionais que forem aprovados conforme o procedimento do novo dispositivo, além de serem materialmente constitucionais, serão, também, formalmente constitucionais.

Portanto, para essa doutrina, com o advento do § 3º do art. 5º, existem agora duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais e b) os materialmente e os formalmente constitucionais.¹¹⁰

2.3 STATUS SUPRACONSTITUCIONAL

Há ainda os que defendem a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Para esses autores, os tratados de direitos humanos estão, no plano da hierarquia das normas, acima da própria Constituição Federal.

Nesse sentido, os autores portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, ao tratar da Constituição brasileira, ensinam que:

No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito

¹⁰⁸ LAFER, Celso, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 16.

¹⁰⁹ LAFER, Celso, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 16.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 74.

Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.¹¹¹

Além disso, para os autores, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ao dispor que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, significa que todo o direito interno do Estado está subordinado aos tratados internacionais, inclusive sua Constituição, conferindo a todo o Direito Internacional convencional “grau supraconstitucional na ordem interna dos Estados onde ela viesse a vigorar ou por ratificação ou por costume internacional”.¹¹²

Celso Albuquerque de Mello também defende o *status* supraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Nesse sentido, afirma o autor que a norma internacional “prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”.¹¹³

Defende o jurista que o direito interno dos países está subordinado ao Direito Internacional. Isso porque o Estado não existe sem um contexto internacional. Sendo a Constituição fruto da existência de um Estado, logo, ela também depende da realidade internacional. Assim, o autor enfatiza a relativização da soberania estatal, bem como do poder ilimitado do Constituinte, que, em realidade, é subordinado ao Direito Internacional Público. Nas palavras do autor:

Ao se falar em 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 D. Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado.¹¹⁴

Celso de Albuquerque Mello ainda cita o dispositivo da Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil e promulgada em 1929, que

¹¹¹ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. Manual de direitos internacional **apud** PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 68-69.

¹¹² PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público **apud** GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Revista de Direito*. vol. XII, n. 15, ano 2009, p. 7.

¹¹³ MELLO, Celso de Albuquerque, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 25.

¹¹⁴ MELLO, Celso de Albuquerque, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 20.

prevê, em seu art. 11, que “os tratados continuarão a produzir efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes”.¹¹⁵

Desse modo, para o autor, os Tratados de Direitos Humanos estão posicionados acima da Constituição Federal.

No entanto, nas palavras do internacionalista: “a nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano seja ela interna ou internacional”.¹¹⁶

Nesse sentido, o autor não defende uma supraconstitucionalidade pura e simples, mas apenas no caso de os tratados consagrarem normas mais benéficas. Caso contrário, será o direito interno que deverá prevalecer.

Há, ainda, os que defendem que apenas algumas normas de direitos humanos são supraconstitucionais. Nesse sentido, afirma George Galindo que: “estes direitos humanos são justamente aqueles aos quais o Direito Internacional dá uma proteção especial, por meio das noções de obrigações *erga omnes*, normas de *jus cogens* e crimes internacionais”.¹¹⁷

Assim, os direitos que estão fortemente impregnados pelo conceito de dignidade humana e, portanto, constituem normas de *jus cogens*, seriam supraconstitucionais e limitariam o próprio poder constituinte. Pode-se citar como exemplo o caso das normas que proíbem a escravidão e o genocídio.

No Brasil, no entanto, são poucos os que advogam pela necessidade de se reconhecer a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos.¹¹⁸

2.4 STATUS SUPRALEGAL

¹¹⁵ MELLO, Celso de Albuquerque, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 24.

¹¹⁶ MELLO, Celso de Albuquerque, O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 25.

¹¹⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*, p. 319.

¹¹⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 6. vol. 6. n. 6, 2005, p. 124.

A concepção de que os tratados de direitos humanos teriam *status* supralegal tem como um dos principais defensores na doutrina brasileira (e na jurisprudência) o ministro Gilmar Mendes.

Assim, analisaremos nesse tópico os principais argumentos levantados pelo autor em seu voto no Recurso Extraordinário 466.343/SP¹¹⁹ que consagrou, na jurisprudência do STF, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Segundo o jurista, após a reforma trazida pela EC 45/2004, ficou ainda mais difícil sustentar a tese que equipara os tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Isso porque, no atual contexto social, há uma abertura cada vez maior do Estado Constitucional às ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos. Há o chamado “Estado Constitucional Cooperativo” identificado pelo professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo.

Nesse sentido, Gilmar Mendes afirma que a Constituição Federal de 1988 assinalou uma maior abertura constitucional ao direito internacional.

Não apenas a Constituição brasileira aponta para essa abertura, mas existe, na realidade, “uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos”.¹²⁰

O autor ressalta, ainda, a Convenção de Viena de 1969 que, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.¹²¹ Nesse sentido, segundo defende o ministro, a tese da legalidade ordinária, “na medida que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção”.¹²²

Diante da impossibilidade de sustentar a tese da equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias, Gilmar Mendes entende também ser

¹¹⁹ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²⁰ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²¹ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²² BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

impossível defender a supraconstitucionalidade de tais tratados. Nas palavras do autor:

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade da alegação dessa tese à realidade dos Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia forma e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade de controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais.¹²³

O ministro aponta que o poder de ratificar tratados internacionais também advém da Constituição Federal, sendo que o procedimento de celebração dos tratados devem se submeter ao procedimento descrito por ela, e também ao seu conteúdo material, especialmente aos direitos e garantias fundamentais. Lembra ainda, que existe expressamente na Constituição a possibilidade de controle de constitucionalidade de tratados internacionais (art. 102, III, *b*)

Segundo o jurista, “a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’”¹²⁴ poderia tornar possível a abertura de “uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”.¹²⁵

Logo, tendo em vista a supremacia da Constituição, seria impossível defender a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos.

O ministro também rechaça a tese que sustenta o *status* constitucional de tais tratados, uma vez que, segundo ele, essa tese teria sido esvaziada pela promulgação da EC 45/2004 que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição.

Referindo-se a esse novo dispositivo, o jurista afirma que:

trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente a mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.¹²⁶

¹²³ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²⁴ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²⁵ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²⁶ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

Por outro lado, Gilmar Mendes anuncia que a referida reforma constitucional acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados internacionais, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Desse modo, o ministro entende que deve ser atribuído aos tratados de direitos humanos hierarquia supralegal. Isto é, tais tratados seriam infraconstitucionais (tendo em vista a supremacia da Constituição), porém, diante de seu caráter especial, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Nesses termos, explica o autor 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.¹²⁷

Para corroborar sua tese, o ministro aponta, no direito comparado, outros ordenamentos que adotam a supralegalidade dos tratados, no caso, a Alemanha, França e Grécia.

Além disso, demonstra que, no ordenamento jurídico brasileiro, há muito tempo existe a supralegalidade dos tratados internacionais que veiculam normas de direito tributário, de acordo com a inteligência do art. 98 do Código Tributário Nacional.¹²⁸

Dessa forma, o jurista demonstra uma visível incongruência ao se admitir o caráter especial dos tratados sobre matéria tributária, concedendo-lhes hierarquia supralegal, e entender que os tratados sobre direitos humanos devem ser equiparados a meras leis ordinárias, podendo ter seus efeitos suspensos por outra lei ordinária posterior.

Conclui o ministro que:

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia

¹²⁷ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹²⁸ “Art. 98 - Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.¹²⁹

Assim, os tratados de direitos humanos, por serem supralegais, uma vez internalizados, produzem um *efeito paralisante* em relação à toda legislação infraconstitucional que conflitam com suas disposições.

É o que o Supremo entendeu ter ocorrido com a norma infraconstitucional que prevê a prisão do depositário infiel.

Assim, embora a Constituição Federal autorize expressamente a prisão civil em dois casos: devedor inescusável de alimentos e depositário infiel, a lei infraconstitucional que regula a prisão do depositário infiel não pode mais ser aplicada, devido ao efeito paralisante da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7, § 7º) e da Convenção Internacional de Direito Cívico e Político (art. 11).¹³⁰

Por outro lado, Gilmar Mendes entende ser possível que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possam vir a ter *status* constitucional, desde que sejam novamente colocados em votação de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º. Nesse sentido:

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao 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.¹³¹

Em síntese, aos que sustentam essa tese, os tratados de direitos humanos não podem ter hierarquia supraconstitucional ou constitucional, tendo em vista a supremacia da Constituição, e a previsão de controle de constitucionalidade prevista em seu art. 102, III, *b*. Porém, também não consideram possível que os tratados de direitos humanos sejam equiparados a leis ordinárias, uma vez que essa tese vai de encontro ao atual contexto mundial de proteção aos direitos humanos, não levando em conta a característica especial de tais tratados, que não podem ter a

¹²⁹ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹³⁰ A decisão, inclusive, ensejou a produção da súmula vinculante nº 25 que dispõe que é “ilícita a prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade de depósito”.

aplicabilidade suspensa por outra lei ordinária. Portanto, defendem a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, que, embora abaixo da Constituição, estão acima das demais leis e produzem efeito paralisante em relação às normas infraconstitucionais que lhe são contrárias.

Contudo, os adeptos à tese da supralegalidade entendem ser possível que os tratados de direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004, e que, portanto, não passaram pelo *iter* procedimental do art. 5º, § 3º, possam ser novamente votados pelo Congresso Nacional, de modo que, obtendo quórum necessário, possam ser equiparados a emendas constitucionais.

2.5 POSICIONAMENTO DO STF

Até os anos 70, o posicionamento do STF sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno seguia no sentido de consagrar o primado do Direito Internacional.¹³² É possível verificar, em diversos acórdãos, que o Supremo não considerava possível a revogação de um tratado por uma lei ordinária.¹³³

Contudo, em 1977, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE que tratava sobre a possibilidade de um decreto-lei revogar um tratado internacional (no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), o STF, por maioria, decidiu que os tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro eram equiparados a leis ordinárias e, assim, no caso de antinomias existentes entre tratados e leis, prevalecia a regra geral do “*lex posteriori derogat legi priori*”.¹³⁴

Eis a ementa do referido acórdão:

¹³¹ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹³² LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 151.

¹³³ São exemplos os seguintes acórdãos: Apelação Cível 9.587; 7.872 e Pedido de Extradicação 7 de 1913. (PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*, p. 135).

¹³⁴ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*, p. 151.

Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. **Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país**, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso Extraordinário conhecido e provido.¹³⁵

Celso D. Albuquerque Mello, ao se posicionar sobre esse novo entendimento do Supremo, destacou, na época, que:

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nessa matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, 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.¹³⁶

Apesar da imensa reação da doutrina a respeito da nova decisão do Supremo,¹³⁷ tal posicionamento vigorou na Corte inclusive depois da promulgação da Constituição de 1988, sendo aplicada, também, nos casos de tratados de direitos humanos, como pode ser observado nos seguintes acórdãos: HC nº 72.131/RJ (23/11/1995); Medida Cautelar de Ação Direita de Constitucionalidade nº 1.480/DF (de 04/09/1997), Habeas Corpus nº 76.561/SP (de 27/05/1998); Recurso Extraordinário nº 206.482/SP (de 27/05/1998); Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79. 785/RJ (de 29/03/2000) e Habeas Corpus nº 81.319/GO (de 24/04/2002).¹³⁸

A ementa do acórdão referente à Medida Cautelar nº 1. 480/DF demonstra bem esse posicionamento do Supremo quanto aos tratados de direitos humanos:

¹³⁵ BRASIL, STF. RE: 80004 SE, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29/12/1977.

¹³⁶ MELLO, C. D. A. Curso de direito internacional público. 6ª edição. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1979, p.69 **apud** PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 135.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade*, p. 152.

¹³⁸ PRADO, Wagner Junqueira. *A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil*, p. 227. Disponível em: <<http://www.publicaçõesacadêmicas.uniceub.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2014.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.- **No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.** Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.- O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.- **Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.** Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. **A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (" lex posterior derogat priori ") ou, quando cabível, do critério da especialidade.** Precedentes.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.- **O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.** Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.- A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em

consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).¹³⁹

Interessante observar nesta ementa, que o Supremo nem mesmo fazia distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados internacionais, equiparando todos a leis ordinárias.

Em sentido contrário ao entendimento majoritário do Supremo, o ministro Carlos Velloso diversas vezes votou no sentido de considerar o *status* constitucional de tais tratados:

(...) se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito material fundamental, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da **citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição.**¹⁴⁰

Também em sentido oposto ao entendimento majoritário do STF, em maio de 2000, o ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC 79.785/RJ, pela primeira vez defendeu a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos no Supremo.

O ministro ressaltou em seu voto:

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 ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.”¹⁴¹

¹³⁹ BRASIL, STF. ADI 1480 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgado em 04/09/1997, DJ em 18/05/2001.

¹⁴⁰ BRASIL, STF. HC nº 72.131-RJ, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal pleno, DJ: 1.8.2003.

¹⁴¹ BRASIL, STF. RHC: 79785 RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 15/08/2000, Data de Publicação: DJ 30/08/2000.

Em que pese o voto dos citados ministros, o entendimento majoritário sobre equiparação dos tratados a leis ordinárias se manteve no Supremo até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP (julgado em conjunto com o Habeas Corpus de nº 87.585/TO e 92.566/SP e o Recurso Extraordinário de nº 349.703/RS), ocorrido em 3 de dezembro de 2008. Nessa ocasião, o STF consagrou a tese da *supralegalidade*.

Conforme visto, no referido acórdão predominou o entendimento capitaneado por Gilmar Mendes, para quem “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”.¹⁴²

A questão envolvia saber se a lei infraconstitucional que tratava sobre o depositário infiel poderia ser aplicada tendo em vista o disposto no art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político.

O relator do acórdão, ministro Cezar Peluso, entendeu que, para demonstrar a “ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José de Costa Rica”.¹⁴³ O ministro considerou desnecessária a discussão sobre hierarquia do tratado para a conclusão do julgamento:

Assim, a mim me parece - pelo menos neste julgamento - irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro. Em qualquer das concepções a respeito, o que se tem, como direito posto para os casos *sub iudice*, é a inadmissibilidade da prisão civil do depositário, e inadmissibilidade da prisão civil do depositário, qualquer que seja a qualidade ou a natureza do depósito.¹⁴⁴

Porém, relatou o ministro que:

Em relação aos casos futuros e a eventual caso posto perante o novo Código Civil, já antecipo, para excluir a terceira alternativa, minha posição

¹⁴² BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹⁴³ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹⁴⁴ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

de que vou reconhecer caráter supralegal ou caráter constitucional ao Tratado.¹⁴⁵

Por outro lado, o ministro Celso de Mello, mudando seu posicionamento anterior, votou no sentido de considerar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos:

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias (...) que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de *bloco de constitucionalidade*.

(...)

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica (...).¹⁴⁶

A tese que restou majoritária, no entanto, foi a aventada pelo ministro Gilmar Mendes, que entendeu pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos no Brasil. Como o voto já foi analisado no tópico anterior, não será aqui exposto novamente.

Portanto, atualmente no STF predomina o entendimento que os tratados de direitos humanos ratificados antes da emenda 45/2004 possuem *status* supralegal. Os que forem ratificados a partir do procedimento do art 5º, § 3º, têm *status* constitucional (equiparados a emendas). E os tratados que não versam sobre direitos humanos, *status* de lei ordinária.¹⁴⁷

¹⁴⁵ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹⁴⁶ BRASIL, STF. RE: 466343 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 em 04-06-2009 Publicado em 05-06-2009.

¹⁴⁷ A tese da equiparação dos tratados tradicionais à lei ordinária também tem opositores na doutrina. Valerio Mazzuoli, por exemplo, defende que os tratados comuns (que não versam sobre direitos humanos) têm caráter *supralegal*, pois eles cedem perante a Constituição, que sujeita esses tratados ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b), porém são superiores às leis ordinárias por força da norma *pacta sunt servanda* e do art. 27 da Convenção de Viena. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 255).

3 STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após a exposição das quatro correntes sobre *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, no presente capítulo, será demonstrada a teoria em que se acredita ser a que melhor se adapta ao sistema constitucional brasileiro, qual seja, a da hierarquia constitucional. Assim, se tentará demonstrar os equívocos (ou a insuficiência) das demais teorias, que não são aptas a dar um tratamento adequado ao tema dos direitos humanos no Brasil. Essa demonstração será feita com base nos principais doutrinadores brasileiros que defendem o *status* constitucional de tais tratados.

Ademais, será demonstrado como essa doutrina trata a questão das antinomias entre tratados de direitos humanos e a Constituição e, por fim, os demais impactos causados pelos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, antes e depois da alteração constitucional trazida pela EC 45/2004.

3.1 STATUS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS SEM O PROCEDIMENTO DO ART. 5º, § 3º

Conforme visto, grande parte da doutrina prega o *status* materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados sem o procedimento previsto no art. 5º, § 3º. Inclusive na jurisprudência do STF, alguns ministros confirmam a tese da constitucionalidade, embora não seja esse o entendimento majoritário. Aqui serão expostas mais algumas considerações sobre essa doutrina, colocando-a em confronto com as demais, e demonstrando como os autores respondem às objeções postas pelos partidários das outras três teorias.

Primeiramente, no que diz respeito aos argumentos da supremacia da Constituição e da soberania nacional levantados pelos adeptos das teorias da supralegalidade e do *status* de lei ordinária, deve-se observar que eles não obstam o entendimento que confere a hierarquia constitucional dos tratados de direitos

humanos. Isso porque, o próprio constituinte originário no art. 5º, § 2º, conferiu a esses tratados hierarquia constitucional, conforme vem ensinando Cançado Trindade, desde sua participação na Assembleia Nacional Constituinte na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty.

A conclusão sobre a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos advém, ainda, da interpretação sistemática e teleológica da Constituição, “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.¹⁴⁸

Conforme visto, o constitucionalismo contemporâneo está cada vez mais aberto à normatização internacional, notadamente no que diz respeito aos direitos humanos. A própria Constituição brasileira prevê, entre os princípios que regem as relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

Nesse contexto, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal constitui a chamada “cláusula constitucional aberta”, significando que direitos fundamentais previstos no texto constitucional não são taxativos, permitindo que o direito internacional complete o rol a partir dos tratados de direitos humanos.

A Constituição portuguesa tem um dispositivo semelhante, em seu artigo 16, n. 1.¹⁴⁹ Jorge Miranda afirma que esse dispositivo:

(...) aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1 de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais.¹⁵⁰

Assim, os tratados de direitos humanos constituem o que a doutrina chama de “bloco de constitucionalidade”, que corresponde às normas que, embora não previstas no texto constitucional, são consideradas materialmente constitucionais.

¹⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 52.

¹⁴⁹ “Artigo 16º - 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Conforme ensina Celso Lafer, o bloco de constitucionalidade corresponde a:

(...) 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 escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da 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 e a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois tem hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.¹⁵¹

Assim, conforme ensina Flávia Piovesan, o art. 5º, § 2º, traz três grupos de direitos:

(...) a) o dos direitos expressos na Constituição(...); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime de princípios adotados pela Constituição). Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos imprecisos, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a este último, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir os universos de direitos internacionais constitucionalmente protegidos.¹⁵²

Dessa forma, não é possível interpretar o art. 5º, § 2º, como se ele apenas afirmasse que o Brasil poderá ratificar tratados de direitos humanos. Tal interpretação retiraria todo o sentido útil do dispositivo e confrontaria com princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Além disso, há de se enfatizar que “a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional”,¹⁵³

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 153.

¹⁵¹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 17-18.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 58.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Espaço Jurídico*, v.12, n. 12, p.325-344, jul./dez. 2011, p. 338.

uma vez que “direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário”.¹⁵⁴

Nesse sentido, Flávia Piovesan ensina que na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal orientada por valores a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores, ensina a jurista, deve corresponder uma hierarquia de normas e não ao contrário.¹⁵⁵ Vale dizer, “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico normativo, e não ser condicionado por ela”.¹⁵⁶

Tendo em vista, portanto, o caráter especial desses tratados, eles merecem também um tratamento destacado no ordenamento jurídico, não podendo sofrer alterações ou ter sua aplicabilidade obstada por meras leis ordinárias. Conforme explica Cançado Trindade:

(...) não é razoável dar aos tratados de proteção aos direitos do ser humano (a começar pelo direito à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tido como tais.¹⁵⁷

No que tange ao entendimento de Moreira Alves, para quem o art. 5º, § 2º, somente teria aplicabilidade para os tratados firmados antes de 1988 e que, após a Constituição, eles seriam recepcionados com força de lei ordinária. Tal posicionamento foi firmemente criticado por Mazzuoli, *in verbis*:

(...) ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógica, e muito menos jurídica, uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988 somente aos tratados ratificados

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Espaço Jurídico*, v.12, n. 12, p.325-344, jul./dez. 2011, p. 338.

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72.

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72.

¹⁵⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 53.

posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental.¹⁵⁸

Mazzuoli ainda afirma que uma vez que “a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados”,¹⁵⁹ não seria possível entender que “esses *outros* direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor”.¹⁶⁰

Outro argumento utilizado pelos adeptos das teorias da supralegalidade e do *status* de lei ordinária diz respeito ao controle de constitucionalidade dos tratados, previsto no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal. Segundo este entendimento, não seria possível considerar o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, uma vez que a Constituição expressamente prevê o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declara a inconstitucionalidade de tratados.

Para Ingo Wolfgang Sarlet tal argumento não convence. Segundo o autor:

(...) se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade deste controle em matéria de tratados isto não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao § 2º do art. 5º, não possa prever exceções.¹⁶¹

Não é possível fazer uma interpretação dos dispositivos constitucionais de forma isolada. Dessa forma é necessário que o referido artigo (art. 102, III, *b*, CF) seja interpretado em conjunto com o art. 5º, § 2º, da Constituição. À luz desse dispositivo, é possível concluir que os tratados referidos pelo art. 102 não são os que versam sobre os direitos humanos. Em outras palavras, há a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão que declara

¹⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 236.

¹⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 236.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 236.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. *Espaço Jurídico*, v.12, n. 12, p.325-344, jul./dez. 2011, p. 339.

inconstitucionalidade de tratados, com exceção dos tratados que versarem sobre direitos humanos.

Há, ainda, o argumento, levantado pelos defensores do *status* infraconstitucional, relativo ao quórum de votação. Isso porque, antes da emenda 45/2004 que acrescentou o § 3º ao art. 5º, o quórum para aprovação dos tratados de direitos humanos no Congresso Nacional era de maioria simples. Logo, para essa doutrina, tendo em vista que a Constituição de 1988 é classificada como uma constituição rígida, pois prevê um procedimento mais complexo para reforma de seu texto (art. 60), os tratados de direitos humanos que não passaram pelo mesmo procedimento de aprovação de emendas constitucionais não poderiam ter *status* constitucional.

Quanto a isso, primeiramente, cabe lembrar que a aprovação de tratados internacionais não se confunde com a aprovação de lei interna. Conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, o papel do Congresso Nacional para a aprovação do tratado internacional resulta apenas no decreto legislativo que tem como objetivo principal autorizar o Presidente da República a ratificar o tratado. Logo, a participação do legislativo é apenas uma etapa do processo de formação do tratado internacional, sendo que não terá efeitos caso o Presidente da República resolva não ratificá-lo (a ratificação, conforme visto, é ato discricionário). Portanto, diferentemente do caso de produção das leis nacionais, o legislativo aqui atua mais no sentido de fiscalizar o poder executivo, a partir do sistema de freios e contrapesos, e menos na sua função típica de produção legislativa.¹⁶²

Além disso, embora o processo anterior à Emenda 45/2004 não exigisse o quórum diferenciado, deve-se admitir que o processo de formação de tratados é muito mais solene e complexo em comparação com o processo de aprovação de lei ordinária.

Ademais, conforme ensina Patrícia Cobianchi Figueiredo, considerar que o quórum de aprovação por maioria simples é sinônimo de lei infraconstitucional é, a

¹⁶² FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*, p.199.

contrário senso, dizer que lei complementar não é infraconstitucional, uma vez que requer maioria absoluta, e não simples para sua aprovação.¹⁶³

Também interessante observar, conforme leciona Flávia Piovesan, que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004 contaram com ampla maioria no Congresso, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros de cada Casa. Porém, não foram aprovados por dois turnos de votação, uma vez que tal procedimento não era previsto.¹⁶⁴

Portanto, os que defendem a tese da supralegalidade e dos *status* de lei ordinária entendem que com o novo art. 5º, § 3º, a Constituição teria trazido um tratamento hierárquico distinto para os tratados de direitos humanos ratificados antes e depois da EC 45/2004. Vale dizer, o tratado teria *status* constitucional ou não, exclusivamente pelo fato de terem sido ou não aprovados conforme o novo dispositivo.

Flávia Piovesan crítica tal posicionamento, e afirma que:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal- fosse conferido hierarquia constitucional e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção no direito brasileiro.¹⁶⁵

Desse modo, o novo § 3º, na realidade, trouxe maior força ao entendimento do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, pois não é possível admitir que tratados que versam sobre o mesmo assunto, sejam considerados dotados de *status* diferenciado apenas devido à data em que foram ratificados. Nesse sentido, afirma Resek:

(...) ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre

¹⁶³ FIGUEIREDO, Patrícia Cobiánchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*, p.200.

¹⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 72-73.

direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.¹⁶⁶

Em outras palavras, o § 3º do art. 5º vem “reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos”.¹⁶⁷

No que diz respeito especificamente à doutrina que defende o *status* de lei ordinária, além de todo o exposto, ela não poderia prevalecer uma vez que afronta os princípios internacionais da boa fé e da *pacta sunt servanda*, bem como a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, uma vez que admite que um tratado internacional possa ser revogado por lei ordinária posterior.

No que diz respeito à tese da supralegalidade albergada pelo STF no julgamento de 2008, e ao “efeito paralisante” que os tratados de direitos humanos produziram em relação às normas infraconstitucionais, é interessante a crítica feita pelo jurista Marcos Augusto Maliska:

Na questão da prisão civil por dívida, o efeito paralisante provocado pelo Tratado internacional em razão de sua hierarquia supralegal produz, na prática, situação jurídica equivalente ao de uma emenda constitucional. A rigor, a prisão civil por dívida, nesses casos, está vedada, o dispositivo constitucional não possui condições de produzir efeitos jurídicos. Esse entendimento firmado no voto necessita ser analisado sob o ponto de vista da força normativa da Constituição, uma vez que ele propõe uma interpretação da Constituição conforme os Tratados, o que, por certo, retiraria da Constituição sua força normativa e a colocaria à disposição de instrumentos normativos infraconstitucionais.¹⁶⁸

Prossegue o autor :

Se formalmente o Tratado está subordinado à Constituição, não há que se falar em efeito impeditivo, mas em inconstitucionalidade do Tratado. Ou o Tratado está em nível constitucional, assim a interpretação favorável a ele é dada pela maior deferência aos direitos humanos que confere o documento internacional se comparado como texto interno, ou o Tratado está em nível infraconstitucional, sendo inconstitucional por violação ao disposto na Constituição. Aqui a hierarquia tem preferência sobre a regra da aplicação mais benéfica. A tese do efeito impeditivo somente é possível nas hipóteses

¹⁶⁶ RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, p. 133.

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 73.

¹⁶⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1, *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n 2, jul./dez. 2008, p. 119.

de cláusulas abertas da Constituição, em que contudo é dado pela legislação infraconstitucional, pois estando o tratado em hierarquia superior à da lei, o legislador ordinário estaria vinculado ao disposto no documento internacional. Quando o texto do Tratado se confronta com o texto da Constituição, está diante de uma inconstitucionalidade.

Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar desse julgamento, entende que não obstante a homenagem que a tese da supralegalidade oferece à proteção internacional dos direitos humanos, “parece que ela cria condição estranha à lógica do ordenamento jurídico interno”.¹⁶⁹ Para o processualista, ao conceber “um terceiro nível dentro desse regime (a supralegalidade), o Supremo Tribunal Federal acaba por impor uma dupla fundamentação ao direito infraconstitucional” o que, segundo o autor, “não apenas complica desnecessariamente a interpretação do direito ordinário, como ainda gera situações inusitadas no próprio regime de recepção dos tratados internacionais”.¹⁷⁰ Isso porque, um mesmo tratado “poderá ter força de emenda constitucional ou de direito supralegal, apenas em razão do momento em que foi recebido pelo ordenamento nacional”.¹⁷¹

Para o jurista, “melhor seria concluir que as normas sobre direitos humanos têm, independentemente do regime de sua aprovação, força constitucional, à luz do que prevê o art. 5º, § 2º, da CR”.¹⁷² Além disso, afirma que a solução apresentada pelo STF parece desconsiderar tal dispositivo constitucional ao passo que não oferece papel útil a essa norma.¹⁷³

No que diz respeito à teoria da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, entende-se não ser possível aplicá-la no Brasil, uma vez que a Constituição de 1988 não permite tal conclusão.

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 291

¹⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 291 – 292.

¹⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 292.

¹⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 293.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 293.

Sabe-se que a relação do direito interno com o direito internacional, dependerá da Constituição de cada Estado.¹⁷⁴ Assim, não há nenhuma previsão na Constituição brasileira que permita concluir que os tratados internacionais são hierarquicamente superiores a ela.

Embora se reconheça que existem alguns direitos humanos que constituem normas de *jus cogens* (como as que proíbem escravidão e genocídio), não é possível argumentar que todos os direitos provenientes dos tratados de direitos humanos devam ser considerados como tal.¹⁷⁵

3.2 ANTINOMIA ENTRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS BENÉFICA

Partindo da concepção de que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia pelo menos materialmente constitucional, é possível verificar quatro possibilidades, conforme ensina Valerio Mazzuoli: a) é possível que o tratado repita norma já prevista na Constituição; b) o tratado pode vir a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais; c) o tratado pode ampliar o universo dos direitos constitucionalmente previstos; e d) pode ocorrer que a norma internacional entre em choque frontal com uma disposição constitucional, consagrando direito que vem disciplinado de modo diverso pela Constituição.¹⁷⁶

Quanto ao primeiro caso, explica Mazzuoli, ele ocorre quando a Constituição brasileira “traz normas de idêntica racionalidade e com o mesmo conteúdo valorativo ético que as previstas em tratados internacionais de direitos humanos”,¹⁷⁷ tendo, inclusive, redação semelhante senão absolutamente idêntica. Nesse sentido, vários são os exemplos que podem ser citados. Apenas para mencionar um, percebe-se que o art. 5º, III, da Constituição de 1988, que prevê que “ninguém será submetido a

¹⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 49.

¹⁷⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*, p. 308.

¹⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p.154 – 172.

tortura, nem a tratamento cruel, desumano e degradante”, é mera repetição do art. V da Declaração Universal de Direitos Humanos (“ninguém será submetido a tortura nem tratamento cruel, desumano ou degradante”), do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes”) e, também, do art. 5º (2) do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou trato cruéis, desumano ou degradantes”).¹⁷⁸

No que diz respeito a essa reprodução das normas internacionais pelo direito interno brasileiro, Flávia Piovesan ensina que isso não apenas demonstra o fato de o legislador nacional buscar orientação nesses instrumentos internacionais, como também revela “a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado”.¹⁷⁹ Nesse sentido, os tratados internacionais de direitos humanos reforçam “o valor jurídico dos direito constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional”.¹⁸⁰

Quanto à possibilidade de o tratado de direitos humanos preencher lacunas, Mazzuoli explica que, nesse caso, o direito interno passa a pedir (rogar) ao direito internacional a integração normativa.¹⁸¹ Nesse caso, ocorre o que Carnelutti chamou de *heterointegração*, que é o método segundo o qual, em casos de lacunas no direito, podem as normas ser integradas recorrendo-se a ordenamentos diversos.¹⁸² Um exemplo disso é a decisão proferida pelo STF no HC nº 70.389-5/SP, em que foi decidido que instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos poderiam integrar a norma penal em aberto constante no art. 233 do ECA, a fim de esclarecer o termo “tortura”.¹⁸³

¹⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 157.

¹⁷⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 157.

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*, p. 92.

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*, p. 92.

¹⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 160.

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito **apud** MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 160.

¹⁸³ BRASIL, STF. HC nº 70.389-5/SP. Tribunal pleno, julgado em 23/06/1994, rel. ministro Sidney Sanches.

Há, ainda, o terceiro caso, em que as normas internacionais provenientes de tratados inserem novos direitos antes não previstos no ordenamento, constituindo o chamado “bloco de constitucionalidade”. São vários os exemplos desse caso. Apenas para citar um, há o direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial mínima, previsto nos art. 8º, h, e 25 (1) da Convenção Americana.¹⁸⁴

Por fim, há a possibilidade de o tratado internacional prever determinada norma que é expressamente proibida pelo texto constitucional. Nesse caso, nasce um conflito entre as normas, e a antinomia deverá ser resolvida pelo que Mazzuoli denomina de “diálogo de transigência”, que obedece ao princípio internacional *pro homine* (ou princípio da primazia da norma mais benéfica). Nesse sentido, ensina o jurista que esse diálogo “leva a um resultado amigável, por meio de concessões: a Constituição cede ao ordenamento internacional quando este é mais benéfico e vice-versa”.¹⁸⁵

Tal princípio encontra-se consagrado em diversos tratados de direitos humanos por meio das “cláusulas comunicantes”, “cláusulas de diálogo” ou “vasos comunicantes”, expressões utilizadas por Valerio Mazzuoli.¹⁸⁶

Essas cláusulas, portanto, admitem que não seja aplicada a norma prevista no tratado, caso a lei interna seja mais protetora. Um exemplo de tal cláusula é o art. 13 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher:

Art. 13. Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como restrição ou limitação à legislação interna dos Estados Partes que preveja iguais ou maiores proteções e garantias aos direitos da mulher e salvaguardas adequadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Contudo, conforme explica Mazzuoli, mesmo em caso de inexistência de tais cláusulas em eventuais tratados de direitos humanos, a aplicação do princípio *pro homine* não fica afastada, pois ele constitui princípio de hermenêutica internacional.¹⁸⁷

¹⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 94.

¹⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 173.

¹⁸⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 116.

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 123.

O exemplo clássico de antinomia entre tratado de direitos humanos e Constituição é o da possibilidade da prisão civil do depositário infiel, já tratada em linhas gerais neste trabalho.

Assim, embora o tratamento feito pelo STF quanto ao julgamento do Resp. 466.343/SP tenha sido diverso,¹⁸⁸ seria possível que a questão fosse resolvida sob a perspectiva da primazia da norma mais benéfica.

Desse modo, considerando o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, no caso, do Pacto São José da Costa Rica, haveria um conflito normativo entre normas de igual hierarquia. Assim, para estabelecer qual norma deveria ser aplicada no caso concreto, seria necessário analisar em qual delas haveria um tratamento mais benéfico ao ser humano. No caso em análise, parece fácil concluir que o tratamento mais benéfico quanto à prisão do depositário infiel é o do Pacto São José da Costa Rica, uma vez que ele exclui a possibilidade de tal prisão.

Portanto, percebe-se que os tratados internacionais de direitos humanos entram no ordenamento jurídico sempre no sentido de reforçar e ampliar os direitos constitucionalmente previstos, nunca para restringi-los. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, “a aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos”.¹⁸⁹

Assim, na hipótese de existência de antinomias entre tratado e Constituição, a questão deverá ser resolvida pelo princípio da primazia da norma mais benéfica.

3.3 IMPACTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em relação ao impacto jurídico causado pela recepção dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, além do conflito de normas já analisado, existem mais algumas questões relevantes. Aqui, essas questões serão

¹⁸⁸ Lembrar que o Supremo considerou os tratados de direitos humanos como normas supralegais que possuem eficácia paralisante em relação as normas infraconstitucionais.

expostas de forma breve, observando os posicionamentos dos principais autores, sem que, no entanto, se faça uma análise mais aprofundada sobre o tema, dados os limites do presente trabalho monográfico.

Primeiramente, uma vez que tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, estando no topo do ordenamento jurídico brasileiro, conforme já visto, não poderão ser revogados por leis ordinárias posteriores.

Tais tratados também não podem ser considerados “inconstitucionais” uma vez que todos possuem *status* materialmente constitucional (embora outros sejam também formalmente constitucionais). O que poderá ocorrer são antinomias entre tratado e Constituição, que serão resolvidas conforme o princípio *pro homine*, analisado no item anterior.

Portanto, não há que se falar em controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) dos tratados de direitos humanos já internalizados no ordenamento brasileiro.

Além disso, ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, eles, assim como os demais direitos e garantias fundamentais da Constituição, constituem cláusulas pétreas, e, portanto, são insuscetíveis de abolição via reforma constitucional por força do art. 60 § 4º, IV, da Constituição Federal.

No entanto, existe a possibilidade dos tratados de direitos humanos considerados apenas materialmente constitucionais, isto é, que não passaram pelo procedimento do art. 5º, § 3º, serem denunciados pelo Estado signatário e deixarem de vigorar no plano do direito interno, ainda que considerados cláusulas pétreas.

Como se sabe, a denúncia é o ato pelo qual o Estado se desvincula de um tratado, desobrigando-se a cumprir os compromissos nele estabelecidos sem que isso acarrete sua responsabilização internacional. Tal ato é unilateral e compete privativamente ao Executivo, embora a doutrina defenda que deveria haver a observância do mesmo procedimento necessário para ratificação.¹⁹⁰

Por outro lado, os tratados de direitos humanos que são, além de materialmente, também formalmente constitucionais, não poderão ser denunciados, uma vez que eles receberam assento formal no texto da Constituição. Nesse

¹⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 32.

sentido, Flávia Piovesan explica que tais tratados não poderão ser objeto de denúncia, tendo em vista “o grau de legitimação popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação”.¹⁹¹

Ademais, uma vez que os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, o direito doméstico passa a ter de respeitar o que Valerio Mazzuoli chama de “duplo limite vertical material”, isto é, a norma infraconstitucional, além de dever respeitar a Constituição, deverá ser, também, compatível com os tratados internacionais (comuns e de direitos humanos).

Embora não tenham sido objeto de análise no presente estudo, vale ressaltar que parte da doutrina brasileira atual considera que os tratados internacionais comuns (que não versam sobre direitos humanos) possuem *status* jurídico supralegal.¹⁹²

A melhor doutrina também considera, conforme o exposto, que os tratados de direitos humanos possuem *status* constitucional.

Assim, no que diz respeito à validade das normas infraconstitucionais, ela deverá ser analisada sob um duplo aspecto: (i) primeiramente, as normas infraconstitucionais deverão ser compatíveis com a Constituição, e com os tratados de direitos humanos, e (ii) também deverão ser compatíveis com os demais tratados internacionais (que não versam sobre direitos humanos).¹⁹³

No que se refere à compatibilidade com a Constituição, isso ocorre com o instituto do “controle de constitucionalidade”, tanto difuso quanto concentrado, já conhecido pelo nosso direito há tempos.

Quanto aos tratados de direitos humanos, uma vez que estão, juntamente com a Constituição, no topo do ordenamento jurídico brasileiro, as leis infraconstitucionais deverão passar, também, pelo “controle de convencionalidade”, instituto que foi trazido no âmbito doutrinário brasileiro pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Por fim, além da compatibilidade com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, deverá ser verificada a compatibilidade das leis

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 76.

¹⁹¹ PIOVESAN Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 77.

¹⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 18.

¹⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 179.

infraconstitucionais com os demais tratados que, conforme o exposto, estão acima das leis, porém abaixo da Constituição. Nesse caso, tal controle é realizado pelo que Mazzuoli denomina “controle de suprallegalidade”.

Desse modo, poderão ocorrer quatro situações, conforme explica Mazzuoli: a) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não-recepção*, com a conseqüente invalidade material da norma a partir daí; b) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida via controle difuso de constitucionalidade ou pela via do controle concentrado; c) quando a lei anterior conflita com um tratado internacional (com *status* constitucional no caso de tratado de direitos humanos e com *status* suprallegal no caso dos demais tratados), ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) imediatamente; e d) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele, tal norma é inválida e, conseqüentemente, ineficaz.¹⁹⁴

Assim, considerando tanto a Constituição como os tratados de direitos humanos como normas que estão no ápice do ordenamento jurídico, é possível a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que todo o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se assim “a uma ordem jurídica interna perfeita, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 20-21.

¹⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, p. 20-21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou demonstrar a problemática da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

No primeiro capítulo, foram abordados alguns pressupostos para a compreensão da regulamentação dos tratados de direitos humanos. Assim, tratou-se da internacionalização dos direitos humanos, que se intensificou a partir da Segunda Guerra Mundial, e que culminou com a produção de diversos tratados de direitos humanos tanto em âmbito global como regional.

A partir da Segunda Guerra, com a maior preocupação com a questão dos direitos humanos, surgiu um novo paradigma no Direito Internacional Público, pois, a soberania estatal passou a ser relativizada e os indivíduos passaram a ser considerados sujeitos de direito internacional.

Os reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos foram maiores no Brasil a partir da Constituição de 1988 que, além de ter sido um marco jurídico no processo de redemocratização, assinalou, também, a institucionalização dos direitos humanos no país. Os principais tratados de direitos humanos foram ratificados pelo Estado brasileiro a partir da promulgação da atual Constituição.

Restou demonstrado, também, que os tratados de direitos humanos possuem características especiais que os diferenciam dos demais tratados, na medida em que trazem direitos essenciais aos seres humanos. Além disso, esses tratados obrigam os Estados-partes perante os indivíduos sob sua jurisdição, não trazendo obrigações a serem cumpridas pelos Estados entre si. Desse modo, a partir da ratificação desses tratados, todos os poderes do Estado ficam vinculados aos seus ditames, devendo este atuar no sentido de respeitar, proteger e implementar os direitos neles previstos. Tais tratados também trazem mecanismos de proteção que auxiliam o monitoramento da atuação dos Estados-partes por meio dos organismos supranacionais de proteção (Comissões, Cortes, etc.).

Quanto ao processo de incorporação dos tratados no direito interno brasileiro, foi demonstrado que a Constituição de 1988, seguindo o mesmo padrão das anteriores, não trouxe dispositivos suficientes sobre a matéria. Dessa forma, a processualística dos atos internacionais no Brasil é fruto de uma prática reiterada.

A questão do momento em que o tratado passa a vigorar no direito interno brasileiro é bastante controversa, pois a Constituição também não o regula. Nesse trabalho foi adotado o entendimento de Pedro Dallari e George Galindo, que defendem que é após a publicação do decreto do Presidente da República que os tratados passam a vigorar no plano do direito interno, em observância ao princípio da publicidade.

Quanto à incorporação dos tratados de direitos humanos, em que pese o entendimento de parte da doutrina de que o art. 5º, §§ 1º e 2º teria trazido o instituto da incorporação automática, adotou-se, no presente estudo, o entendimento de George Galindo, para quem tais dispositivos não afastam a necessidade de publicação do decreto presidencial. Para o autor, os dispositivos sugerem que os tratados de direitos humanos são *self-executing*, pois independem de lei nacional que os regulamentem. Porém, é possível que, caso não seja publicado o decreto executivo, seja invocada a tutela jurisdicional para exigir os direitos constantes no tratado.

Tendo em vista que a Constituição de 1988 também não trouxe expressamente o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais, a doutrina e a jurisprudência nacional dividiram-se em quatro posicionamentos acerca do tema. Parte dela entende pela equiparação dos tratados de direitos humanos a leis ordinárias federais. Outra parte defende o *status* constitucional de tais tratados. Outros advogam em favor da supralegalidade destes tratados. Outros, ainda, defendem seu caráter supraconstitucional.

Com o advento da EC 45/2004, que inseriu o § 3º ao art. 5º da Constituição, novos problemas acerca do assunto surgiram. O presente trabalho analisou apenas o problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos anteriores a emenda e que não passaram pelo procedimento previsto em tal dispositivo.

Assim, após analisar cada uma das teorias acerca do tema, o trabalho procurou demonstrar por que a teoria do *status* constitucional é a mais adequada.

Nesse sentido, os argumentos podem ser assim resumidos: a) o art. 5º, § 2º, da Constituição constitui uma cláusula aberta que possibilita a inserção dos tratados de direitos humanos ao rol de direitos previstos constitucionalmente; b) a interpretação sistemática e teleológica da Constituição permite concluir pelo *status* constitucional de tais tratados; c) o § 3º do art. 5º vem reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos; d) a

hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores a prevalência da dignidade humana; e) a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional; e f) os tratados de direitos humanos possuem características especiais e demandam um tratamento diferenciado em relação aos demais.

Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro todos os tratados de direitos humanos possuem hierarquia materialmente constitucional. Os tratados que passarem pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, serão, além de materialmente, também formalmente constitucionais.

Nada impede, porém, que os tratados ratificados sem o procedimento especial do art. 5º, § 3º, sejam novamente colocados em votação para alcançarem, também, *status* formalmente constitucional.

Assim, considerando a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, as principais conseqüências para o sistema jurídico são, em síntese: a) impossibilidade de revogação dos tratados de direitos humanos por lei posterior; b) impossibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que todos eles possuem *status* materialmente constitucional; c) eventuais antinomias serão resolvidas pelo princípio da primazia da norma mais benéfica; d) os direitos previstos nesses tratados são considerados cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser abolidos via reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV); e) somente os tratados que não passarem pelo procedimento do art. 5º, § 3º, poderão ser denunciados; e f) além do controle de constitucionalidade existente para verificar a adequação de uma norma infraconstitucional à Constituição, deverá haver um “controle de convencionalidade”, pois o direito infraconstitucional também deverá estar de acordo com os tratados de direitos humanos para que seja válido.

Esse estudo, portanto, conclui pela necessidade de se considerar os tratados de direito humanos como alçados ao nível de normas constitucionais, para que os direitos neles previstos sejam corretamente aplicados.

É imperiosa, pois, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, embora já tenha evoluído no sentido de conferir aos tratados de direitos humanos nível supralegal, deve avançar no sentido de equipará-los a normas constitucionais, a fim de que os direitos humanos possam ter ampliada a sua proteção dentro do cenário jurídico nacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1480 MC**. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343 SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008. Publicado em 05/06/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 80.004 SE**. Tribunal Pleno. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Julgado em 01/06/1977. Publicado em 29/12/1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 70.389 SP**. Tribunal Pleno. Relator Min. Sidney Sanches. Julgado em 23/06/1994. Publicado em 10/08/2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (orgs.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. **Revista especial do Tribunal Regional Federal**, v. 3, p. 25-38, 1997.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos**, v. II. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 6. vol. 6. n. 6, 2005, p. 121-129.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. **Revista de Direito**. vol. XII, n. 15, Ano 2009.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466. 343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v.9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena**, 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Tomo 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

_____. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

_____. Hierarquia dos Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Wagner Junqueira. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicaçõesacadêmicas.uniceub.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: Torres, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico**, v.12, n. 12, p.325-344, jul./ dez. 2011.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**: tributação das operações internacionais. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.