

**RODRIGO DA SILVA ALVES DOS SANTOS**

**TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: hierarquia em relação  
à Constituição Federal do Brasil.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Professor: Dr. José Rossini Campos do  
Couto Corrêa

**BRASÍLIA**

**2010**

Agradecimentos com muito amor aos pais.  
Por tudo que sacrificaram,  
Por todo tempo que desprenderam,  
Para tudo me proporcionar.

Aos avós um agradecimento de coração.  
Pelo carinho que tiveram,  
Lecionando não só os caminhos do Direito,  
Mas os caminhos da vida como um todo.

Aos irmãos se agradece pelo companheirismo,  
A companhia incondicional,  
Que embora de longe,  
Faz-se constantemente presente.

À namorada uma imensa gratidão.  
Além de toda a felicidade que me traz,  
Enfrenta com muito amor esta etapa  
Tão cansativa, tanto para mim quanto para ela.

Aos amigos agradeço profundamente.  
Não pela amizade em si, que não se agradece,  
Retribui-se. Mas por toda experiência vivida,  
E por aquelas que estão por vir.

Com toda honestidade,  
Obrigado.

*Courage is what it takes to stand up and speak; courage is also what it takes to sit down and listen.*

Winston Churchill

## **Resumo**

Este trabalho monográfico aborda a discussão acerca do posicionamento hierárquico a ser atribuído aos tratados que versam sobre direitos humanos. A questão que surge quando do estudo do tema decorre do fato de a Constituição Federal não especificar de forma nítida a colocação dos tratados de direitos humanos. Por isso, surgiram diversas teses que pretendem solucionar a lacuna deixada pelo legislador, teses essas aqui abordadas. A análise é feita levando-se em consideração a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que adicionou novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal, assim como os julgados proferidos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito internacional. Direitos humanos. Emenda Constitucional nº 45/2004. Pacto de San José da Costa Rica. Hierarquia dos tratados.

## Sumário

1. TRATADOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO .....	6
1.1. A teoria monista.....	9
1.2. A teoria dualista .....	12
1.3. A Constituição de 1988 e a recepção dos tratados no Brasil .....	14
2. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	18
2.1. Análise do Preâmbulo e artigos 1º, 3º e 4º da Constituição Federal.....	18
2.2. O artigo 5º e seu parágrafo 1º. ....	20
2.3. O parágrafo 2º do artigo 5º .....	22
2.3.1. Tese dos tratados com status de Constituição material. ....	22
2.3.2. Tese dos tratados com status supraconstitucional. ....	26
2.3.3. Tese dos tratados com status infraconstitucional e supralegal.....	28
2.3.4. Evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.....	30
3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E SEUS EFEITOS.....	37
3.1. A Redação do Parágrafo 3º do Artigo 5º. ....	37
3.1.1. A ineficácia do novo parágrafo de acordo com a tese dos tratados de Direitos Humanos com status de Constituição material.....	40
3.2. Tratados Anteriores à Emenda Constitucional nº 45. ....	43
3.3. A Incongruência do Parágrafo 3º do artigo 5º em Relação à Constituição Federal...	46
3.4. A posição do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45. ....	47
Conclusão .....	60
Referências Bibliográficas.....	63

## INTRODUÇÃO

É principalmente na história moderna que se vê a importância das normas protetoras das pessoas. Primeiramente com a Declaração de Independência Americana, de 4 de julho de 1776, e sua determinação de igualdade entre humanos e da existência de direitos inalienáveis; e posteriormente com a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, votada na França em 2 de outubro de 1789, a humanidade passava a viver em uma era nunca antes vista. Iniciou-se um movimento mundial em prol da defesa daqueles direitos inerentes ao humano, e necessários para o desenvolver de vidas adequadas às pessoas.

Os dois movimentos acima apontados, a Independência Americana e a Revolução Francesa, atingiram o mundo em todos os aspectos da sociedade. Houve, inclusive, impacto sobre as normas jurídicas que vigoravam e que passaram a existir após esses movimentos iluministas. Contudo é perceptível, sob um aspecto histórico, que a humanidade como um todo só percebera a importância das normas protetoras das pessoas após demonstrações terríveis de selvageria por parte dos próprios humanos. Assim, é após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto que os ordenamentos jurídicos mundiais passam a serem guiados em direção à abertura em favor de normas que garantam direitos básicos.

A situação do Brasil não difere muito do histórico mundial, no que diz respeito ao ordenamento jurídico. Aqui, foi somente com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se atribuiu a devida importância à globalização jurídica e ao especial tratamento das normas de direitos humanos. Nesse sentido, embora ainda haja relutância por parte de alguns para concordar com a ideia, a nova Carta determinou um

sistema de interiorização e aplicação imediata aos tratados de direitos humanos ratificados pela Nação.

Mas a Constituição não foi clara em um ponto: a hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento interno. A ideia inicial, e confirmada por diversas vezes pelo proponente do texto, era de que os tratados internacionais relativos aos direitos humanos adentrassem no ordenamento como equivalentes às normas constitucionais. Porém, não foi o que se observou nos anos que seguiram a promulgação da Carta.

Visando solucionar o debate, no ano de 2004, editaram a Emenda Constitucional nº 45, que trouxe novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição. A pretensão de solução foi por água abaixo de imediato. Logo se notou a redundância na redação do novo parágrafo, gerando novos debates acerca do posicionamento dos tratados de direitos humanos.

Afinal, qual é a hierarquia atribuída aos tratados de direitos humanos? Como ficou a situação dos tratados já ratificados antes da Emenda e como se posicionava a Corte Suprema nesse momento? Após a Emenda, como analisar os tratados de direitos humanos? O que tem decidido o Supremo Tribunal nesse sentido?

Para tentar solucionar esses questionamentos, o trabalho desenvolvido abordará o assunto de maneira lógico-cronológica. Assim, em primeiro lugar se analisará o sistema de incorporação de tratados de forma geral, as teorias que prevalecem nesse estudo e a situação atual do Brasil. Posteriormente, abordar-se-á o texto constitucional brasileiro a fim de encontrar uma lógica na interpretação dos dispositivos que tratam dos direitos humanos, para, então, analisar as teses que estudam as possíveis posições dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico. Para finalizar o trabalho, estudar-se-á o novo dispositivo

da Constituição e suas consequências, inclusive abordando as novas discussões judiciais sobre a matéria.

Para a realização do trabalho, utilizar-se-á a metodologia dogmático-instrumental, com a abordagem de textos doutrinários, publicações judiciais e dos textos legais referentes à matéria, as quais comporão uma narrativa referente à relação da Constituição com os tratados sob a égide dos direitos humanos, em busca de uma visão mais precisa quanto ao desafiante problema de sua hierarquia..



# 1. TRATADOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

## 1.1. A teoria monista

A teoria monista de incorporação de tratados internacionais ao Direito interno surgiu dentro da discussão sobre o enquadramento do Direito internacional nos ordenamentos jurídicos. O debate levou alguns doutrinadores a concluir que o Direito internacional e o Direito interno fariam parte de um mesmo meio, denominando-se essa corrente de monista; enquanto outros defenderiam a tese de que o Direito internacional e o interno seriam duas ordens jurídicas distintas, tese que foi denominada de teoria dualista.<sup>1</sup>

A teoria monista defende que o Direito Internacional e o Direito interno compõem um único ordenamento jurídico, havendo equiparação dentre os sujeitos, as fontes e o objeto dessa ordem jurídica.<sup>2</sup> Ou seja: “não há para eles duas ordens jurídicas estanques, como querem os dualistas, cada uma com âmbito de validade dentro de sua órbita, mas ‘um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades’”.<sup>3</sup> Dentre os doutrinadores que assim pensam, destacam-se Kelsen, Verdross, Mirkine-Guerzévitch, Lauterpacht, Jimenez de Arechaga, Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta, Rangel e Mitrô Fraga.<sup>4</sup>

Dessa forma, segundo a tese, os tratados internacionais e as leis internas estariam em interação constante, sendo que ambos devem respeitar uma ordem hierárquica,

---

<sup>1</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001, p. 78.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 125.

<sup>4</sup> *Idem.*

ordem essa que deve obedecer aos seguintes critérios: imediatividade das normas internacionais em relação ao Direito interno; divergência de grau e não de essência entre um e outro ramo do Direito e; opção imperiosa por uma das ordens conflitantes.<sup>5</sup>

Com a evolução dos debates, houve uma divisão dentro do pensamento monista:

Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária.<sup>6</sup>

Ou seja, a teoria monista foi dividida entre várias correntes, tais como a teoria da primazia do Direito interno e a teoria da primazia do Direito internacional. Isso devido aos conflitos gerados entre normas advindas de tratados e as internamente formuladas que, segundo os monistas, fariam parte do mesmo ordenamento.<sup>7</sup> Embora as duas divirjam quanto à prevalência do Direito interno ou do Direito Internacional, ambas defendem a unidade sistemática das normas de Direito Internacional e das normas de Direito interno.<sup>8</sup>

A corrente do monismo internacionalista, que dá primazia ao direito internacional, foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena (Kelsen, Verdross e Kunz). Essa corrente começou a ter maior aceitação teórica após a Segunda Guerra Mundial,

---

<sup>5</sup> FRAGA *apud* BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 78.

<sup>6</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4.

<sup>7</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 125.

<sup>8</sup> MIRANDA *apud* BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 82.

momento em que se iniciava o processo de globalização das relações internacionais e do próprio Direito Internacional.<sup>9</sup>

O monismo internacionalista pode assim ser definido:

Sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas. Segundo essa concepção, o direito interno *deriva* do direito internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o direito internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), de onde deriva o direito interno, que lhe é subordinado.<sup>10</sup>

Sob esse conceito, havendo conflito entre o ordenamento jurídico interno e o internacional, este deverá prevalecer. Alguns doutrinadores chegam ao ponto de defender a impossibilidade de haver um conflito, uma vez que quando o direito interno vai de encontro a um preceito internacional, ocorreria nulidade daquela norma, sendo essa a posição originária de Kelsen.<sup>11</sup>

Hildebrando Accioly, defensor do monismo internacionalista, assim se manifesta sobre a prevalência da ordem internacional:

Revogam as leis anteriores, que lhes sejam contrárias; as leis posteriores não devem estar em contradição com as regras ou princípios por eles estabelecidos; e, finalmente, qualquer lei interna com eles relacionada deve ser interpretada, tanto quanto possível, de acordo com o direito convencional anterior.<sup>12</sup>

O sistema mais popular da teoria monista é esse que dá primazia ao Direito Internacional, sendo que tal sistema é utilizado em países como França, Suíça, os Países Baixos e os Estados Unidos da América. Na prática, o sistema determina que o ato de

---

<sup>9</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 126.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>12</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*, p. 391.

ratificação do tratado tenha efeitos tanto no âmbito internacional quanto no nacional de forma simultânea.<sup>13</sup>

Os monistas nacionalistas, que entendem ter primazia o direito nacional de cada Estado, são baseados nas ideias de Hegel, antecedido por Jean Bodin, que entende ser o Estado um ente cuja soberania é absoluta. Dessa forma, o direito internacional poderia adentrar no ordenamento do Estado, mas apenas de forma que este prevaleça sobre aquele. Assim, a Constituição dos Estados é que teriam o condão de determinar as regras sobre a incorporação dos tratados ao sistema pátrio.<sup>14</sup>

São dois os principais argumentos utilizados pelos defensores do monismo nacionalista para sustentar sua tese: a ausência de uma autoridade supra-estatal, de forma que cada Estado seria competente para determinar suas obrigações internacionais e “o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional”.<sup>15</sup>

## 1.2. A teoria dualista

O termo “dualismo” foi primeiro cunhado por Alfred Von Verdross, em 1914, sendo posteriormente utilizado por Heinrich Triepel, seguido por Strupp, Walz, Listz, Anzilotti, Balladore-Pallieri e Alf Ross.<sup>16</sup> Segundo a teoria dualista, o Direito internacional e o Direito interno não constituem um só ordenamento jurídico, havendo divisão total entre

---

<sup>13</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 82.

<sup>14</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 131.

<sup>15</sup> FRAGA *apud* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 132.

<sup>16</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 119.

essas ordens jurídicas. Para os defensores da teoria, não seria possível um conflito entre tratados e leis justamente por não se comunicarem.<sup>17</sup> Isso porque:

O direito internacional regularia as relações entre os Estados, enquanto que o direito interno destinar-se-ia à regulação da conduta do Estado com os indivíduos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o *transforme* em lei nacional (*act of parliament*, do direito inglês).<sup>18</sup>

Ou ainda, nas palavras de Triepel:

*Quand nous parlons de rapports entre Le droit international et Le droit interne, nous supposons comme établi que le droit international est quelque chose d'autre que le droit interne. A notre avis, Le droit international et Le droit interne sont des notions différentes.*<sup>19</sup>

A teoria dualista se destaca por sustentar a prevalência da norma interna sobre a internacional, mesmo que contrárias ao Direito das Gentes, assim como pela necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno.<sup>20</sup> Devido a essa última característica, a teoria dualista sustenta que a ratificação só gera efeitos no âmbito internacional após ser devidamente convalidada no âmbito interno, sendo esse o momento em que o tratado passa a vigor no âmbito doméstico do Estado.<sup>21</sup>

O Direito internacional e o interno, segundo a teoria dualista, não têm nenhuma comunicação direta, uma vez que uma norma internacional nunca poderia ter efeitos no âmbito interno, assim como uma norma interna não poderia ter efeitos no âmbito

<sup>17</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 83.

<sup>18</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 119.

<sup>19</sup> TRIEPEL *apud* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 120. Em tradução livre: Quando falamos da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, assumimos como fato que o direito internacional é algo diferente do direito interno. Em nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são conceitos diferentes.

<sup>20</sup> FRAGA *apud* BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 83.

<sup>21</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 84.

internacional. Assim, os tratados internacionais “representam apenas compromissos exteriores do Estado”, não influenciando no ordenamento interno dos Estados. Ou seja, “em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos”.<sup>22</sup>

Para haver a incorporação do tratado ao ordenamento jurídico interno, segundo os dualistas, faz-se necessário a edição de norma, após a ratificação do tratado, nesse sentido.

Ressalta-se, contudo, que com a evolução do entendimento da prevalência do Direito internacional em relação ao Direito interno, a teoria dualista deixa de ser tão antagônica à monista. Isso ocorre uma vez que os monistas defenderiam a aplicação da norma internacional para a solução de um conflito devido à hierarquia das normas; enquanto os dualistas resolveriam pela aplicação da norma internacional por causa do princípio da honorabilidade de compromissos assumidos. Ou seja, embora por razões diferentes, as teorias levariam a resultados semelhantes.<sup>23</sup>

### **1.3. A Constituição de 1988 e a recepção dos tratados no Brasil**

O sistema brasileiro de recepção de tratados, segundo a Constituição Federal de 1988, segue a teoria dualista, ou seja, “aceita duas ordens jurídicas diversas, a ordem interna e a ordem internacional”, no que diz respeito aos tratados em geral. Para que o tratado

---

<sup>22</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 120.

<sup>23</sup> MEZZARROBA, Orides. *Uma ótica sobre a questão da interação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno no sistema de proteção dos direitos humanos*. 1998 in Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 25, n. 51, dezembro de 2005, p. 281.

tenha efeitos no Brasil, é preciso a edição de um ato normativo interno, no caso, um decreto de execução emanado pelo Presidente da República.<sup>24</sup>

Embora o Brasil adote a teoria dualista, não se verifica a necessidade de formulação de uma lei formal para que ocorra a incorporação do Direito internacional no Direito interno. Conforme estabelece a Constituição, a simples ratificação não é suficiente para a entrada em vigor do tratado, é preciso que o Congresso Nacional examine e aprove o conteúdo do tratado. Aprovado o tratado pelas duas Casas Legislativas, será expedido decreto legislativo com a finalidade de formalizar a decisão do Congresso. Tal decreto será expedido pelo Presidente do Senado e, posteriormente, publicado no Diário Oficial da União. Uma vez publicado o decreto legislativo, será preciso a promulgação pelo Presidente da República para que a norma internacional entre em vigor na ordem jurídica doméstica. A promulgação também será realizada por meio de decreto.

A competência para celebrar tratados, no Brasil, é privativa do Presidente da República, assim como para celebrar convenções e atos internacionais, essa é a determinação do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal. Contudo, a celebração dos tratados está sujeita a referendo do Congresso nacional.<sup>25</sup>

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 49, inciso I, que é atribuição do Congresso Nacional decidir sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Mediante tal artigo, o constituinte atribuiu ao Parlamento a competência para analisar a possibilidade de o Brasil ratificar um tratado. Caso o tratado seja submetido às duas casas do Congresso, a aprovação

---

<sup>24</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 85.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 72.

será feita por meio de decreto, na hipótese de ser competência única do Senado, a aprovação será feita mediante resolução.<sup>26</sup>

O sistema acima descrito já é parte da tradição jurídica brasileira, podendo ser observado nas Constituições anteriores do Brasil. O sistema pressupõe a colaboração entre Executivo e Legislativo, sendo necessária tanto a vontade do Presidente da República quanto a do Congresso para que ocorra o aperfeiçoamento do tratado. Dessa forma, a simples assinatura do tratado pelo Presidente da República não gera efeitos.<sup>27</sup>

A sistemática adotada pelo Brasil é vista como um verdadeiro exemplo do sistema de *checks and balances*, atribuindo o poder para celebrar tratados ao Presidente da República, mas sendo subordinado à vontade do povo, demonstrada pela concordância, ou não, do Congresso Nacional. É um sistema que busca descentralizar o poder de realizar tratados, prevenindo contra eventuais abusos por parte de um ou outro Poder.<sup>28</sup>

Acerca do sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, entende Flávia Piovesan:

Contudo, cabe observar que a Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita, ao não prever, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminha ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado ... Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado e nem tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 53.

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 73

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 74.



Ou seja, embora o sistema trazido pela Constituição Federal seja visto como uma clara expressão de constitucionalismo, o procedimento normatizado é tido por muitos como lacunoso e insuficiente.

## 2. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

### 2.1. Análise do preâmbulo e dos artigos 1º, 3º e 4º da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na história do Brasil, no que diz respeito aos Direitos Humanos. Desde seu preâmbulo, a Carta determina que sejam observados o Estado Democrático, **os direitos sociais e individuais**, dentre outros. Conforme a redação do texto, o Estado tem como objetivo garantir os direitos ali elencados como sendo “valores supremos” da Nação.

Seguindo os ideais do preâmbulo, o artigo 1º da Constituição Federal apresenta os fundamentos do Estado de Direito, dentre os quais se destacam os previstos nos incisos II e III: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup> Desse primeiro artigo, nota-se que o Estado Democrático de Direito sustentado pelo texto constitucional não poderá prosperar sem que seja observada a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, entende-se que a dignidade da pessoa não é apenas direito individual, trata-se de base essencial para o certo funcionamento do Estado.

Enfatizando a importância dos direitos das pessoas, a Constituição traz como sendo objetivos **fundamentais** da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos. Nota-se que dentre os quatro incisos presentes no artigo, três deles claramente tratam de direitos que podem ser caracterizados como sendo

---

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 54.

relativos a direitos humanos. Basicamente, o constituinte optou por elevar os direitos essenciais das pessoas como objetivos da República e como fundamentos do Estado.

Diante da importância demonstrada pelo constituinte em ressaltar os direitos essenciais das pessoas, infere-se que se trata de prioridade da Constituição assegurar o implemento efetivo e imediato desses direitos. Assim, observa-se que o valor da dignidade da pessoa humana juntamente com o valor dos direitos e garantias fundamentais confere um “suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.<sup>31</sup>

A importância dos direitos humanos na Constituição pode ser aferida não só pelos dispositivos que tratam do direito interno, mas também pelos princípios de comportamento internacional que devem ser seguidos pelo Estado. Pela primeira vez em uma constituição, a Carta de 1988 traz os princípios que devem guiar o Brasil no cenário internacional.<sup>32</sup> Dentre os dez incisos do artigo 4º da Constituição, que tratam dos princípios a regerem as relações internacionais do Brasil, ressalta-se o segundo: prevalência dos direitos humanos.

Ao optar pela redação acima mencionada, a Constituição abre a ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Assim entende Celso Lafer: “O art. 4º da Constituição de 1988 é representativo da abertura ao mundo, inerente a um regime democrático”.<sup>33</sup> Devido a essa determinação legal, o Brasil deve não só

---

<sup>31</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 57.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>33</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 13.

elaborar normas voltadas aos Direitos Humanos, como deve, também, buscar a integração plena das normas internacionais de Direitos Humanos ao ordenamento interno.<sup>34</sup>

Nota-se, assim, que desde seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 vem se preocupando de forma clara com a efetiva aplicação do sistema de defesa dos Direitos Humanos. Essa preocupação representa o fundamento e objetivo principal do Estado brasileiro e, por isso mesmo, optou o constituinte por inserir tal preocupação nas relações do Brasil com todos os demais Estados.

## **2.2. O artigo 5º e seu parágrafo 1º.**

Seguindo as determinações iniciais da Constituição, o constituinte brasileiro deu ênfase aos direitos fundamentais ao apresentá-los logo no artigo 5º. Trata-se de artigo extenso que visa garantir direitos essenciais às pessoas em suas relações com o Estado assim como com as demais pessoas. Desde o *caput* do artigo são assegurados direitos inerentes ao Estado de Direito: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A disposição da Constituição, ao trazer uma verdadeira carta de direitos fundamentais logo no início de seu texto, representa bem o porquê de ser chamada de Constituição Cidadã. Diferentemente do texto de 1988, a Constituição de 1967 priorizava a organização nacional para, posteriormente, elencar os direitos. Ainda é de observar-se, ao estudar a importância dos direitos fundamentais na Constituição, que todos os direitos e garantias individuais são considerados como cláusula pétrea, segundo o artigo 60, sendo, portanto, irrevogáveis.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 57.

Além dos destaques já mencionados que foram concedidos aos direitos fundamentais, cumpre ressaltar a importância do parágrafo 1º do artigo 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Como se observa do texto legal, a aplicação das **normas** relativas a direitos fundamentais devem ter aplicação imediata. Nota-se que o texto legal não é restritivo no sentido de garantir aplicação imediata somente aos direitos ali elencados; o uso do termo “normas” traz ideia ampla, abrangendo não só o texto constitucional, mas toda norma que tenha por essência a proteção à pessoa humana, inclusive os tratados sobre essa matéria. Isso é o que defende Valerio de Oliveira Mazzuoli: “Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos passam a incorporar-se *automaticamente* em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do mesmo art. 5º da nossa Carta”.<sup>36</sup>

A determinação de aplicação imediata “realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos (...) fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos”.<sup>37</sup> Em outros termos, a previsão constitucional de aplicação imediata dessas normas visa garantir a todos que a simples existência de regra garantidora de direito fundamental não dependa de qualquer outra regulamentação para sua aplicação.

Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli defende que, em se falando de tratados de direitos humanos, o § 1º do artigo 5º retira a necessidade de edição do decreto de promulgação dos tratados. Assim, uma vez ratificado esse tratado, ele passa a “irradiar seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional”. Dessa forma, o Brasil adota, no

---

<sup>36</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 89.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 59.

que diz respeito aos tratados de direitos humanos, o monismo internacionalista kelseniano, “dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo presidencial”.<sup>38</sup>

### 2.3. O parágrafo 2º do artigo 5º

#### 2.3.1. *Tese dos tratados com status de Constituição material.*

O presente estudo decorre, fundamentalmente, da discussão acerca do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 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.

De início, e sem grande esforço, percebe-se a audácia do legislador brasileiro ao trazer determinação legal totalmente inovadora no âmbito do Direito brasileiro. Diferentemente daquilo previsto na Constituição de 1967, a atual Constituição destaca que os direitos decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte são integrantes da Constituição.

Como bem aponta Flávia Piovesan, “este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”, isso porque, ao determinar que os direitos elencados no artigo 5º não excluem aqueles previstos em tratados, logicamente a Constituição os inclui no “catálogo de direitos constitucionalmente protegidos”.<sup>39</sup> Em outras palavras:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes de tratados internacionais, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar, também,

---

<sup>38</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 91.

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 75.

direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo dos direitos protegidos, ampliando e fortalecendo o seu “bloco de constitucionalidade”.<sup>40</sup>

Esse entendimento, de que há uma inclusão dos direitos previstos em tratados internacionais à Constituição também é o posicionamento de Celso Lafer:

Explico-me observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco da constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.<sup>41</sup>

Assim, percebe-se que a Constituição Federal assegura um tratamento hierárquico especial para os tratados referentes a Direitos Humanos, hierarquia essa que, segundo a tese dos tratados de Direitos Humanos com *status* de Constituição material, deve ser equivalente à da Carta legal. Tal conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica não só do texto constitucional, mas também de toda a evolução do Direito Internacional no que diz respeito às normas de direitos humanos.

Em relação à interpretação teleológica do dispositivo legal, não resta dúvida de que a finalidade do parágrafo “consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais”<sup>42</sup>. Essas são as palavras do próprio proponente do texto, não deixando qualquer resquício de questionamento quanto à intenção do legislador. Também é esse o entendimento de Valerio Mazzuoli:

---

<sup>40</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 73.

<sup>41</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 17.

<sup>42</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

De forma que, a cláusula do § 2º do art. 5º da Carta da República, está a admitir (e isto é bem visível) que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no *mesmo* grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.<sup>43</sup>

Esse sendo um típico entendimento dos defensores da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Ainda segundo o mesmo autor:

A inovação, no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, referente aos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, assim, como já se falou, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, vem também reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela nova Carta como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil deve reger-se nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, II).<sup>44</sup>

Quanto à análise lógico-sistemática no texto constitucional, a tese ora em comento tem sustentação baseada em todo o estudo previamente realizado relativo ao tratamento dado à dignidade da pessoa humana pela Constituição. Conforme se inferiu, a Carta traz o louvor aos direitos humanos desde seu preâmbulo, até o artigo 5º. Ademais, cumpre lembrar que as garantias de direitos fundamentais são cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, §4º, da Constituição, ressaltando mais uma vez a importância desses direitos para o pleno funcionamento do Estado.

Assim, tem-se que, conforme a interpretação da Constituição, os tratados que versam sobre os Direitos Humanos, segundo essa tese, são incorporados ao sistema jurídico pátrio como equivalentes às normas constitucionais. Por assim ser, havendo um eventual conflito aparente de normas expressas da Constituição com uma advinda de um tratado internacional, a melhor aplicação seria aquela que mais beneficia a vítima, “em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa

---

<sup>43</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 73

<sup>44</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 87.



humana<sup>45</sup>. Não poderia ser diferente, uma vez que a aplicação de norma que não fosse a melhor à vítima estaria em desconformidade com todo o sistema garantidor de direitos individuais estabelecido pela Constituição Federal. Esse é, inclusive, o posicionamento adotado por Cançado Trindade:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados).<sup>46</sup>

Essa é a tese defendida por doutrinadores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, José Joaquim Gomes Canotilho, Valerio de Oliveira Mazzuoli, assim como por grande parte da Doutrina internacional especializada na aplicação dos direitos humanos.

Analisando-se as consequências jurídicas da tese em comento, chega-se às conclusões que seguem. De início, e como acima exposto, um conflito entre norma Constitucional e uma advinda de tratado de Direitos Humanos, teria a solução advinda do caso concreto, sendo favorável aquela que melhor tratar a vítima. Por ser norma de hierarquia constitucional, os tratados só poderiam ser modificados, em tese, por emenda constitucional, mas na prática não seria possível sua alteração, por serem cláusulas pétreas. Havendo norma infraconstitucional contrária ao tratado, aquela deve ser declarada inconstitucional. O controle de constitucionalidade a ser feito em relação aos tratados de direitos humanos deve ser efetuado antes de sua ratificação, pois, uma vez promulgado o tratado, ele tornar-se-á norma constitucional pétrea.

---

<sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Editora Limonad, 1998, p. 44.

<sup>46</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, v. 1, 2003, p. 544.

### 2.3.2. *Tese dos tratados com status supraconstitucional.*

A segunda tese que aqui será estudada diz respeito à supraconstitucionalidade das normas advindas de tratados de direitos humanos. Trata-se de uma teoria pouco defendida no Brasil, mas que tem aplicação em diversos países e não deixa de ter argumentos convincentes. Essa tese tem como defensor principal, no Brasil, Celso de Albuquerque Mello<sup>47</sup>.

A teoria sustenta que, devido ao aumento da globalização e da maior consciência de necessidade de normas garantidoras dos direitos humanos, os tratados a essa matéria referente devem prevalecer a qualquer outro tipo de norma. Essa seria a melhor forma de otimizar os direitos humanos, de ter aplicação imediata e direta de suas normas.

Nos tempos contemporâneos, os Estados têm iniciado uma abertura de seus ordenamentos em relação às normas de direitos humanos. Isso é uma tendência que aumenta a cada dia e parece ser o prevalecente para o futuro. A intenção de criar um sistema de defesa internacional dos direitos humanos já vem sendo positivada desde a Carta das Nações Unidas, e os países, em regra, têm trabalhado para criar normas cada vez mais específicas no que se refere ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica da tendência internacional de aceitação dos tratados de direitos humanos, percebe-se que a tese ora em comento não soa tão absurda. Trata-se de defensores de um sistema normativo internacional prevalecente às normas internas dos países, sempre com a finalidade de proteger as pessoas, independentemente de seus ordenamentos internos. É claro que uma situação dessas, próxima da utopia, dependeria das decisões de cada

---

<sup>47</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do artigo 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

país a assim manifestar-se, contudo, percebe-se que essa parece ser a tendência para os tratados de direitos humanos.

No Brasil, por ora, não há como se ver aplicável tal tese. O sistema pátrio é fundado no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Ou seja, embora haja um tratamento especial dado aos tratados de Direitos Humanos, percebe-se que a Constituição não se submete a eles; na melhor das hipóteses, pode-se considerá-los equivalentes, como anteriormente foi colocado, mas nunca superiores.

Inclusive, foi esse o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a matéria no ano de 2002:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submentem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)<sup>48</sup>

A aplicação dessa tese traria consequências semelhantes àquelas da tese dos tratados de direitos humanos como norma constitucional. De início, por ser supraconstitucional, o tratado só poderia ser modificado pela ratificação de novo tratado sobre a matéria que altere seus dispositivos, uma vez que, internamente não haveria meio legal de alterar diploma acima da Constituição. Qualquer conflito de normas com o tratado seria resolvido pela aplicação deste em detrimento daquela. O debate sobre a declaração de inconstitucionalidade ficaria em situação peculiar. Entendo que só seria possível um eventual controle de constitucionalidade de forma prévia, pois, uma vez em vigor o tratado, seria a Constituição que estaria em desacordo com o tratado, e não o contrário.

---

<sup>48</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 79.785/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 22/11/2002.

### 2.3.3. *Tese dos tratados com status infraconstitucional e supralegal.*

A tese dos tratados de Direitos Humanos com status infraconstitucional e supralegal, que foi reforçada em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, leva em consideração a importância da integração das normas garantidoras de direitos humanos no ordenamento jurídico de uma forma especial. Essa importância seria decorrente da “tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano”<sup>49</sup>.

O posicionamento dessa tese não admite que os tratados ora em estudo possam ser equiparados à Constituição e muito menos que possam ser superiores a ela. Como argumentos contrários às outras teses, alegam que a supremacia constitucional é princípio inerente ao Estado brasileiro, mesmo que tal princípio não esteja expresso na própria Constituição. Assim, não podendo ser igual ou superior à Constituição, restaria aos tratados apenas submeter-se a ela. Contudo, também não vislumbram a possibilidade de equiparação desses tratados às leis ordinárias, isso devido a seu caráter especial. Essa especialidade dos tratados de direitos humanos decorre de toda a análise das normas constitucionais já estudadas e do parágrafo 3º, que será depois estudado.

Foi no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343/SP que o Ministro Gilmar Mendes expôs essa nova tendência de interpretação dos tratados de direitos humanos. Cabe ressaltar, contudo, que foi levado a assim entender por duas razões em especial: o novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal e a necessidade de modificar o posicionamento prévio do Supremo Tribunal Federal. Esses dois pontos serão melhor debatidos posteriormente.

---

<sup>49</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 5/6/2009.

As consequências dessa nova tese são obscuras, mas há que se analisá-las. De início, nota-se que, sendo infraconstitucional, o tratado que versa sobre Direitos Humanos não teria força para revogar norma elencada na Constituição. Assim, cria-se uma confusão jurídica que foi bem demonstrada no julgamento do Recurso Extraordinário comentado.

No caso, ao julgar a situação da prisão civil do depositário infiel, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que o Pacto de San José da Costa Rica, que veda essa forma de prisão civil, não revogaria o dispositivo constitucional permissivo da prisão. Contudo, o Pacto teria força para paralisar a aplicação da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Ora, percebe-se que, em raciocínio mais simples, trata-se de um tratado expressamente contrário à Constituição que é aplicado em relação às normas infraconstitucionais. Em uma análise mais profunda, poder-se-ia dizer que o tratado estaria, de certa forma, suspendendo a aplicação de norma constitucional. Se assim não o fosse, seria necessário declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que, claramente, vai contra o disposto no artigo 5º, LXVII. Isso porque a Constituição declara que haverá prisão civil para o depositário infiel e o Pacto é claro no sentido de que não haverá a prisão civil.

Outro aspecto a ser analisado diz respeito à revogação dos tratados de Direitos Humanos quando esses forem tidos como supralegais e infraconstitucionais. Por ter esse caráter supralegal, fica claro que o legislador não poderia editar lei que fosse contrária ao tratado, ou melhor, poderia editá-la, mas essa não teria aplicação. Assim, a forma de revogar o tratado seria por meio de uma emenda constitucional, mas, usando-se do caso acima narrado, mesmo uma norma constitucional não teria o condão de modificar esse tratado. Parece, dessa forma, que o tratado, na prática, seria tratado como uma norma supraconstitucional.

Embora o posicionamento seja uma evolução em relação ao posicionamento anterior (o qual declarava a igualdade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a leis ordinárias, a ser estudada abaixo), é possível notar que o Supremo Tribunal Federal acabou por gerar uma grande confusão jurídica.

#### *2.3.4. Evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.*

Uma vez exposto o debate doutrinário sobre o tema da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora demonstrar a evolução do pensamento da Corte Suprema do Brasil. Essa análise demonstrará que o Supremo já passou por entendimentos que se enquadram em quase todas as teorias acima elencadas. Cabe ressaltar, ainda, que grande parte dos julgados estudados são anteriores à vigência da Constituição Federal de 1988 e, nessa seção, serão analisados apenas os julgados anteriores à Emenda Constitucional nº 45.

O primeiro julgado a ser analisado é a Apelação Cível número 7.872/RS, de 1943. Embora nela não haja a abordagem direta do assunto referente aos tratados de Direitos Humanos, é nessa decisão que o relator Ministro Philadelpho Azevedo demonstra a tendência de interpretação que seria dada em relação à hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno.

Mesmo tendo o relator o seu voto vencido no caso, cumpre demonstrar sua análise dos tratados em face ao ordenamento jurídico interno. No momento em que o voto foi proferido, o entendimento geral brasileiro era no sentido de considerar os tratados como equivalentes à leis ordinárias, sem maiores complicações a seu respeito. Contudo, como bem demonstra o Ministro, um eventual conflito de lei posterior com o tratado acarretaria em um

problema de âmbito internacional e que tal lei não poderia, sem a denúncia do tratado, ter sido elaborada.

Em breve menção aos tratados que versam sobre direitos individuais, o Ministro Relator demonstra, após extensa argumentação, o caráter de especialidade que deve ser dado a esses tratados em relação às leis internas:

Quaisquer que sejam as transigências da Justiça francesa, o certo é que o **Poder Judiciário**, ao menos nos países em que o exame da constitucionalidade das leis lhe é precipuamente deferido, **tem de assegurar o cumprimento dos tratados no que tange com o respeito de direitos individuais**, e de, ao contrário, desatender a seu desrespeito, enquanto não for denunciado pelos meios regulares.<sup>50</sup> (negritou-se)

Não se trata de exposição longa ou específica sobre o estudo ora efetuado, mas nota-se que já se atribuía aos tratados de direitos humanos uma especialidade mesmo que vaga. Como acima foi mencionado, o Ministro Philadelpho Azevedo teve seu voto vencido no julgamento desse processo, mas os outros ministros não efetuaram qualquer análise referente a tratados internacionais, deixando o voto incontestado, por assim dizer.

Em julgamento posterior, relatado pelo Ministro Lafayette de Andrada, foi confirmado o posicionamento adotado pelo Ministro Philadelpho Azevedo acima narrado. O caso também não tratava diretamente dos tratados de direitos humanos, analisava, na verdade, legislação comercial posterior a tratado que com ele conflitava. Contudo, o que é importante sobre o caso é o fato de o voto do relator ter sido confirmado pelos demais julgadores, deixando claro o posicionamento da Corte Suprema, no sentido da prevalência dos tratados.

Nesse sentido, ao julgar a Apelação Cível 9.587-DF, o Ministro Lafayette proferiu entendimento de que os tratados internacionais são legislação especial, fugindo à

---

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Cível nº 7.872 – RS. Relator Ministro Philadelpho Azevedo, julgado em 11/10/1943.

incidência de leis ordinárias quando a ele forem contrárias. Assim, a edição de lei nova não tem o condão de revogar um tratado internacional quando esse não houver sido denunciado.

Ou, em suas próprias palavras:

Já sustentei ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583 de 22 de junho de 1950 que **os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais** de cada país, porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis.<sup>51</sup> (negritou-se)

O Supremo Tribunal Federal começou a adotar posicionamento diverso do que vinha sustentando quando do julgamento do RE 80.004-SE. Nessa ocasião, o Ministro Relator Xavier de Albuquerque foi o único dentre os votantes a defender a primazia do direito internacional em face do direito interno. Tratando o caso de conflito entre a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto-Lei nº 427, de 1969.

O primeiro Ministro a discordar do posicionamento adotado pelo relator foi Cunha Peixoto. Em seu voto, ele sustenta que uma vez incorporado o tratado ao sistema pátrio, ele se torna lei ordinária, podendo ser revogado ou alterado por lei ordinária posterior. Seu entendimento é de que, caso assim não fosse, o tratado se tornaria uma super lei, tendo prevalência, inclusive à Constituição. Isso porque o tratado só poderia ser revogado por meio de denúncia, ato de competência do Presidente da República, dessa forma, a competência atribuída ao Poder Legislativo de revogar leis estaria sendo violada.

Em voto semelhante, mas com algumas fundamentações diversas, o Ministro Rodrigues Alckmin também sustentou a possibilidade de revogação de tratado por meio de lei posterior. Para chegar a tal conclusão, após extensa análise do direito comparado, argumentou que a Constituição Federal não havia garantido caráter especial aos tratados em

---

<sup>51</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apelação Cível nº 9.587-DF. Ministro Relator: Lafayette de Andrada, julgado em 21 de agosto de 1951.



face da lei, assim como fora feito pela Constituição francesa de 1958. Dessa forma, mesmo que se adotasse a teoria monista de incorporação dos tratados, não haveria razão para crer na predominância do direito internacional em face do interno, pois dessa forma não estava previsto na Constituição. Logo, não seria necessária a denúncia prévia do tratado para que lei posterior tivesse validade. De forma conclusiva, argumenta que, para que o posicionamento defendido por Xavier de Albuquerque fosse válido, seria necessário que a Constituição vedasse a edição de leis contrárias a tratados não denunciados, em suas palavras:

Creio, pois, que, à falta de norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quanto à edição de leis internas contrárias a tratados, enquanto não forem estes denunciados, princípios de escolas não justificam, na ordem positiva, o primado pretendido.<sup>52</sup>

Em julgamento mais recente, o Supremo Tribunal Federal analisou, no Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ, o conflito entre o Pacto de San José da Costa Rica com o Decreto-Lei nº 911 de 1969, no que diz respeito à prisão por dívida. Nessa ocasião, a Corte julgou, por maioria, que não haveria prevalência da norma internacional em face do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, os debates demonstraram que havia grandes discordâncias na forma de se interpretar o tratado que versa sobre direitos humanos.

O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, entendeu que o tratado em discussão teria adentrado o ordenamento jurídico brasileiro em equivalência à lei ordinária. Dessa forma, não teria o condão de alterar a Constituição Federal, mas, por ser posterior ao Decreto-Lei em análise, este estaria revogado devido ao princípio de que lei posterior revoga anterior.

---

<sup>52</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, publicado no DJ de 29/12/1977.

O voto que seguiu, proferido pelo Ministro Maurício Corrêa, foi de todo contrário ao proferido pelo relator. Entendeu aquele julgador que o dispositivo do tratado que proibia a prisão por dívida não poderia ser aplicado no caso do depositário infiel, uma vez que a Constituição Federal autorizava ao legislador pátrio editar lei que regulasse tal prisão. Assim, o Pacto de San José seria apenas uma norma geral no que diz respeito à prisão civil, não sendo capaz de revogar as normas especiais brasileiras sobre a matéria.

Seguindo o voto do Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Moreira Alves também se posicionou no sentido de que o Pacto de San José seria uma norma geral no que diz respeito à prisão civil, apenas a proibindo em casos de dívidas simples. Por isso, tal tratado não poderia revogar lei específica sobre a matéria e que, segundo ele, foi, inclusive, recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Em verdadeira lição de Direito Internacional, o Ministro Francisco Rezek expôs seu entendimento de que o tratado adentra ao ordenamento jurídico como lei ordinária e, dessa forma, se conflitante fosse com a Constituição, não poderia prevalecer:

É claríssimo (...) que ele (tratado) convive hierarquicamente com a lei federal, e que, na hipótese de conflito material entre seu texto e aquele da Carta, é o primeiro que deve ser sacrificado. Dá-se prevalência sempre à Carta, embora isso não nos exonere de responder internacionalmente, pelo ato ilícito – consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderíamos honrar, culpa da inadvertência dos poderes políticos do Estado.<sup>53</sup>

Estando a norma internacional no ordenamento jurídico interno em equivalência à lei ordinária, posição apontada, inclusive em seu livro<sup>54</sup>, Rezek defende a premissa de que a norma posterior deve revogar a anterior no que for conflitante. Também

---

<sup>53</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 72.131-1 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 01/08/2003.

<sup>54</sup> REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 394.

ressalta que, no caso de tratado internacional, seria preciso que o tratado fosse denunciado antes de legislar-se de forma contrária a ele.

Cabe apontar, também, o voto do Ministro Carlos Velloso. Neste, ele afirma que o Pacto de San José traz direito fundamental que tem caráter materialmente constitucional. Dessa forma, tal norma estaria “em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição”<sup>55</sup>. Por essa razão, Velloso defende que todas as normas que versem sobre prisão civil estariam revogadas pelo tratado, salvo as relativas ao depositário infiel. Isso porque a prisão do depositário infiel é facultada pela Constituição de forma expressa, não podendo o tratado ser contrário a ela.

Nota-se no estudo desse julgado que somente os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso mencionaram o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição ao analisar matéria que claramente versava sobre direitos fundamentais previsto em tratado internacional. E, mesmo ao fazerem, não se atentaram à especialidade que deveria ter sido atribuída a tal norma. Os demais julgadores, inclusive, interpretaram o tratado como sendo uma norma genérica, não tendo forças para revogar normas específicas. Assim, o Supremo continuou com o entendimento de que tratados internacionais e leis ordinárias têm equivalência hierárquica, mesmo em se versando de tratado de direitos humanos.

Esse último posicionamento é o que foi mantido nos últimos anos em diversos julgamentos (RE nº 206.482-3 – SP, RHC nº 80.035-1 – SC, dentre outros). A jurisprudência da Corte Suprema só veio a se modificar em julgado do ano de 2008, situação em que foi estabelecida a defesa à suprallegalidade dos tratados de direitos humanos. Contudo,

---

<sup>55</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 72.131-1 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 01/08/2003.

por se tratar de julgamento posterior à Emenda Constitucional nº 45, passaremos primeiro ao estudo desta para, posteriormente, analisarmos aquele.

### **3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E SEUS EFEITOS**

#### **3.1. A redação do parágrafo 3º do artigo 5º.**

No ano de 2004, o legislador brasileiro promulgou a Emenda Constitucional nº 45, que tem por objetivo uma reestruturação do Poder Judiciário pátrio. Dentro desse enorme pacote de alterações, pretendeu o legislador resolver o debate acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Para tal fim, editou o parágrafo 3º do artigo 5º com a seguinte redação:

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

O que almejava tranquilizar o sistema brasileiro de incorporação de tratados acabou por gerar nova confusão jurídica. O novo debate surge em volta da faculdade atribuída ao legislador de utilizar-se de rito especial para que os tratados de direitos humanos tenham força de emenda constitucional.

De início, cabe apontar a redundância do novo dispositivo legal. A emenda à Constituição é tratada no artigo 60 da Carta, artigo esse que traz as matérias que não podem, em hipótese alguma, ser objeto de emenda que vise abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Nota-se, portanto, que já era faculdade do legislador a utilização desse meio formal para deliberar sobre a matéria constante de tratados. Inclusive, poder-se-ia utilizar a emenda constitucional em relação a tratados não relativos a direitos humanos. Assim também entendendo José Levi Mello do Amaral Júnior:

Com efeito, *não traz nenhuma novidade*. Isso porque, já no modelo constitucional originário de 1988, nada impedia que o conteúdo de um tratado ou convenção internacional fosse posto em uma proposta de emenda constitucional – a ser deliberada nos termos do artigo 60 da Constituição de 1988 – e viesse a vigorar, por exemplo, como uma lei constitucional autônoma.<sup>56</sup>

Embora o autor acima citado tenha esse posicionamento a respeito da não inovação por parte do legislador, entende ele que a Emenda Constitucional nº 45 serviu para “sepultar a polêmica referida”, qual seja, a polêmica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos promulgados pelo Brasil.

O novo parágrafo do artigo 5º repete o procedimento previsto no artigo 60, §3º, para que haja emenda à constituição. Contudo, a redação do dispositivo em estudo traz expressão que deixa obscura a intenção do legislador: “serão **equivalentes** às emendas constitucionais”. Surge daí toda uma nova problemática. A utilização da palavra “equivalente” nos remete à ideia de igual valor, mas não à noção de ser, de fato, emenda à constituição. Não resta claro se o tratado que seguir esse rito de promulgação será ou não incorporado formalmente à Constituição Federal. Mais feliz teria sido o legislador se definisse, objetivamente, o tratamento a ser atribuído aos tratados de direitos humanos.

Ainda é de observar-se que a redação do §3º do artigo 5º não condiz com qualquer das teorias relativas à incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem interna. A teoria da atribuição de *status* constitucional a esses tratados partem do pressuposto de que seriam essas normas materialmente constitucionais, não havendo a defesa da necessidade de se atribuir formalmente a equivalência à constituição. O novo parágrafo parece regredir no que diz respeito à determinação do legislador constitucional primário, especialmente relativamente ao §1º do artigo 5º. O intuito originário era de haver aplicação

---

<sup>56</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário*. Revista Jurídica Consulex, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 38-39, mar. 2005.

imediate e eficaz dos tratados de direitos humanos; ao estabelecer rito complexo para a promulgação dos tratados com equivalência à constituição, o legislador impõe novo obstáculo às normas protetoras dos direitos naturais. Esse é o entendimento de Flávia Piovesan, que ainda adiciona que o novo parágrafo surgiu apenas para permitir a “constitucionalização formal’ dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil”<sup>57</sup>.

Entendem diferentemente os autores que defendem a tese da equiparação dos tratados à lei ordinária. Ressalta-se que essa tese não via como necessária a Emenda Constitucional que adicionou o novo parágrafo, isso por também entenderem que o legislador já dispunha da possibilidade de utilizar-se do rito especial do artigo 60 da Constituição Federal para ratificar os tratados.<sup>58</sup> É o caso de Alexandre de Moraes, que entende ser a regra aos tratados de direitos humanos a equiparação às leis ordinárias, salvo se, por discricionariedade do legislador, for seguido o rito especial do novo parágrafo, *in verbis*:

Devidamente incorporado, esse ato normativo caracteriza-se como infraconstitucional para efeitos de controle de constitucionalidade (...), salvo na hipótese do §3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>59</sup>

O autor José Levi Mello do Amaral Júnior, também defensor da tese dos tratados de direitos humanos com status de lei ordinária, entende que a Emenda Constitucional nº 45 definiu, sem sombra de dúvidas, a problemática envolvendo a hierarquia dos tratados aqui estudados. Segundo o autor, após a entrada em vigor do §3º do artigo 5º, os tratados de direitos humanos ratificados sob o rito normal do decreto legislativo têm

---

<sup>57</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 73.

<sup>58</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados de direitos humanos*. Disponível em: : [http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma\\_define\\_status\\_juridico\\_tratados\\_internacionais](http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais) . Acessado em 5 de novembro de 2009, às 19h12

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 745.

equivalência às leis ordinárias. Os tratados que seguirem o rito da emenda à constituição, ainda segundo o doutrinador, têm status de norma constitucional. Assim conclui: “as duas vias convivem”.<sup>60</sup> O legislador, ao emendar a Constituição da forma como fez, não se ateve à discussão doutrinária que há tempos debatia o assunto e acabou por buscar uma redação que não satisfaz os desejos de quaisquer das teses majoritárias sobre o assunto.

Embora tenha tido intenção de pacificar os entendimentos a respeito da incorporação dos tratados de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico pátrio, fica claro, com esses exemplos acima, que a Emenda em nada ajudou nesse sentido. Colocação muito correta é a de Flávia Piovesan a respeito da alteração constitucional:

Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.<sup>61</sup>

Cabe agora, dessa forma, analisar as situações surgidas com o advento do § 3º do artigo 5º, em especial a situação dos tratados ratificados antes de viger o novo parágrafo e, também, o status a ser atribuído aos tratados frente à tese dos tratados de Direitos Humanos com *status* de Constituição material.

### *3.1.1. A ineficácia do novo parágrafo de acordo com a tese dos tratados de direitos humanos com status de Constituição material.*

Alguns dos pontos acima apresentados servem como introdução à argumentação realizada pelos defensores da tese dos tratados de direitos humanos com *status* de Constituição material de forma a demonstrar a ineficácia do novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

---

<sup>60</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. Cit.*

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 71.



De início, cabe apontar que, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º, os tratados de Direitos humanos ingressam no sistema jurídico como componentes do bloco de constitucionalidade. Esse mencionado bloco pode assim ser definido:

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.<sup>62</sup>

Assim entende Flávia Piovesan, que traz argumentação esmagadora nesse sentido:

O quorum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória (*sic*) dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante (*sic*) da prevalência da dignidade humana. **À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. 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.**<sup>63</sup>(negritou-se)

Conforme já exposto acima, os doutrinadores que essa tese defendem argumentam que o novo parágrafo veio apenas a confirmar o caráter especial dos tratados de direitos humanos, permanecendo eles com força de norma constitucional material, mas, agora, com expressa previsão para sua incorporação formal ao texto constitucional. Nesse sentido, afirma Celso Lafer: “Com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados

---

<sup>62</sup> LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, p. 15/18, 2005, Manole.

<sup>63</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 72.

formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *inter* previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º.<sup>64</sup>

Esses argumentos levam à conclusão de que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, surge no ordenamento jurídico duas categorias de tratados de direitos humanos: aqueles materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, por seguirem o rito do §3º do artigo 5º. Logo, nota-se que qualquer tratado de direitos humanos é norma materialmente constitucional, devido ao §2º do artigo 5º; mas, aqueles que seguirem o rito formal de emenda à constituição, serão, também, formalmente constitucionais.<sup>65</sup> Fica claro que esse é o entendimento correto quando se verifica na obra do doutrinador Valerio Mazzuoli, editada no ano de 2002, portanto anterior à emenda, o seguinte pensamento:

E isto significa, na inteligência do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que o *status* do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se ‘materialmente constitucional’, tendo em vista não integrarem os tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60, § 2º ... Integram os tratados de proteção dos direitos humanos, entretanto, o conteúdo *material* da Constituição, o seu ‘bloco de constitucionalidade’.<sup>66</sup>

Justamente por surgir essa nova distinção entre tratados é que o novo parágrafo piora a situação prévia. Agora há a possibilidade de surgirem conflitos entre tratados de direitos humanos materialmente constitucionais e tratados material e formalmente constitucionais. Assim, haverá casos em que o tratado que é apenas materialmente constitucional será menosprezado em face daquele que é formalmente constitucional apenas devido ao *quorum* de votação atribuído a esse último. Ou seja, mesmo que o tratado

---

<sup>64</sup> LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Ed. Manole, 2005, p. 17.

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 79.

<sup>66</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002, p. 75.

materialmente constitucional possua norma de maior importância no caso concreto, há a chance dele ser tido como revogado, ou inconstitucional, pelo fato de haver outro que foi promulgado seguindo o novo rito constitucional.

Contudo, cabe ressaltar que essa discussão não deveria surgir. Isso porque, segundo a tese aqui estudada, ambos os tratados teriam força de norma constitucional, independentemente do rito que for seguido para sua promulgação. Logo, a solução de um eventual conflito entre dois tratados desse gênero deve ser solucionado pelos critérios cronológico ou de especialidade e jamais pela sua forma de promulgação. Dessa forma, toda a argumentação feita quando do estudo da tese dos tratados de Direitos Humanos com *status* de Constituição formal se aplica mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, sem maiores problemas. Razão pela qual o §3º do artigo 5º é ineficaz e não necessário ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, Celso Lafer traz a lição de que o novo parágrafo 3º serviria como uma norma interpretativa que se destina a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do §2º do artigo 5º.<sup>67</sup>

### **3.2. Tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45.**

A situação dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 45 se tornou incerta, devido à lacuna deixada pelo legislador. Isso porque, como já analisado acima, esses tratados parecem ser regidos por um caráter especial (art. 5º, §§1º e 2º da Constituição Federal), de forma que haveria incongruência jurídica no caso de serem equiparados a leis federais. Dessa forma, surge a

---

<sup>67</sup> LAFER, Celso, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

questão: onde se enquadrariam os tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45?

Para a doutrinadora Flávia Piovesan, não há dúvida de que os tratados teriam força de norma constitucional material. Argumenta ainda, que os tratados já ratificados anteriormente à Emenda Constitucional foram votados por ampla maioria em ambas as casas do Congresso, ressalvando apenas que tal votação não fora feita em dois turnos.<sup>68</sup> Também nesse sentido está José Francisco Rezek:

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer 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.<sup>69</sup>

Defende ainda, a autora Flávia Piovesan, o erro jurídico que seria cometido caso os tratados anteriores tivessem hierarquia inferior aos ratificados sob o novo rito:

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.<sup>70</sup>

Essa possibilidade criada pelo legislador, de haver tratados de direitos humanos com hierarquias distintas, poderia levar a situação absurda, como apresenta a doutrinadora. Isso porque poderia surgir a hipótese de vigorar, no Brasil, um tratado de Direitos Humanos com valor de norma federal e, ao mesmo tempo, um tratado subsidiário a ele com status constitucional.

---

<sup>68</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 72.

<sup>69</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

<sup>70</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed., p. 72.

Assim, e levando em consideração a análise feita do novo parágrafo 3º do artigo 5º em relação à tese dos tratados de Direitos Humanos com status de norma constitucional material, resta claro que os tratados desse gênero ratificados anteriormente à Emenda Constitucional continuam a ter a equivalência de norma constitucional material. Qualquer outra interpretação levaria ao caos jurídico em relação à sistemática jurídica do ordenamento brasileiro. Para tanto, apresenta Flávia Piovesan quatro argumentos, *in verbis*:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.<sup>71</sup>

Adota posicionamento diferente José Levi Mello do Amaral Júnior:

O §3º do artigo 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do §3º do artigo 5º combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter *status* constitucional. Em função do caráter *alternativo* do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes.<sup>72</sup>

Percebe-se que o autor defende a tese de que os tratados anteriormente ratificados poderiam, ainda, passar pelo rito especial instituído pelo §3º do artigo 5º. Assim, caso o legislador não se utilize do rito especial, o tratado adentraria ao ordenamento como norma ordinária:

---

<sup>71</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>72</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário*. Revista Jurídica Consulex, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 38-39, mar. 2005.

### 3.3. A incongruência do parágrafo 3º do artigo 5º em relação à Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45, batizada de reforma do judiciário, parece ter sido feita, no que diz respeito ao artigo 5º, sem maiores estudos do contexto constitucional. Assim se afirma porque foi adicionado o novo parágrafo sem que se levasse em consideração o parágrafo imediatamente anterior a ele, ou seja, o parágrafo 2º. Caberia ao legislador revogar o parágrafo 2º ou não promulgar o parágrafo 3º. Apenas para relembrar, o texto do parágrafo 2º traz a seguinte redação:

§ 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. (negritou-se).

Como já foi anteriormente dito, o fato de não excluir logicamente leva à conclusão de que os direitos decorrentes de tratados internacionais estão inclusos nos direitos e garantias da Constituição. Quanto a isso, já se demonstrou vários argumentos. Assim, e sem voltar à análise dos artigos iniciais da Constituição, fica claro que os tratados de direitos humanos são normas constitucionais.

Sendo já consideradas normas constitucionais, não há razão para o legislador passar pelo trabalho de promulgar os tratados de Direitos Humanos sob o rito da emenda constitucional, como propõe o novo § 3º. Não há, como já foi explicado, distinção prática entre a norma materialmente constitucional e aquela que é tanto formal quanto materialmente constitucional. Logo, o tratado de direito humano ao ser promulgado pelo rito ordinário já seria suficiente para trazer novas garantias de proteção do ser humano ao nível de norma constitucional.

O novo parágrafo 3º parece desconsiderar essa determinação do parágrafo 2º, de que os tratados de direitos humanos são parte integrante da Constituição Federal.

Ademais, nesta análise da incongruência do novo parágrafo, deve-se levar em consideração também o parágrafo 1º do artigo 5º: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esse parágrafo 1º, que já foi anteriormente analisado, pretende descomplicar a aplicação de normas que visam proteger as pessoas de eventuais abusos. Estabeleceu-se uma espécie de monismo constitucionalmente previsto em relação às normas que garantem direitos fundamentais, que é o caso dos tratados de direitos humanos. Dessa forma, a previsão do novo parágrafo 3º parece desconsiderar por inteiro a tentativa do constituinte de defender efetiva e imediatamente o ser humano. Se for necessário o procedimento previsto pela Emenda Constitucional nº 45 para que os tratados de Direitos Humanos tenham o status de norma constitucional, como é a vontade do constituinte, a aplicação das normas nesse tratado previstas será qualquer coisa menos imediata. Isso porque o procedimento de emenda à constituição é o mais complexo de todos aqueles previstos pela Constituição Federal.

#### **3.4. A posição do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45.**

Posteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal mudou o posicionamento que tinha a respeito dos tratados de direitos humanos ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, em 3 de dezembro de 2008, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso. O recurso foi interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que entendeu ser inconstitucional a prisão civil de devedor fiduciante. A questão que interessa a este estudo é o conflito presente no caso entre a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. Esse conflito aparece devido à previsão constitucional de que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do

depositário infiel” (art. 5º, LXVII). Ao mesmo tempo, o Pacto de San José da Costa Rica tem previsão semelhante, mas que é conflitante em um aspecto: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º, 7). É perceptível que as duas normas pretendem o mesmo objetivo, o de impedir a prisão civil. Contudo, a Constituição Federal autoriza a prisão no caso de depositário infiel, o que não é feito pelo Pacto. Cabe apontar que, embora o Pacto seja de 1969, ele só foi ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, portanto, posteriormente à entrada em vigor da Constituição de 1988.

O relator desse *leading case*, em seu voto, conclui que a discussão sobre o aparente conflito entre o Pacto de San José da Costa Rica (tratado de direitos humanos) não é necessária para resolver-se a questão. Assim, produz argumentação magnífica sobre a prisão civil do depositário infiel e sua incompatibilidade com a prisão do devedor fiduciante, decidindo pelo improvimento do recurso. Contudo, não se trata de matéria que será abordada aqui.

O voto que mais interessa no debate que se desenvolve neste trabalho é o proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, o segundo a se manifestar sobre o assunto. Sua argumentação já se inicia com a abordagem da controvérsia da hierarquia dos tratados. Para propor uma solução ao aparente conflito, Gilmar Mendes passa a desenvolver uma análise das correntes doutrinárias que atribuem distintos status aos tratados de Direitos Humanos, isso ao analisar o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Segundo o Ministro, a tese de que os tratados de direitos humanos teriam caráter de supraconstitucionalidade, defendida por Bidart Campos (no direito comparado) e Celso de Albuquerque Mello, não poderia prosperar no Brasil, devido ao princípio da



supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico. Em suas palavras:

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais.<sup>73</sup>

A sustentação feita por Gilmar Mendes é consistente com aquilo que aqui foi apresentado, quando da análise dessa tese. Embora essa argumentação, por si só, já seja suficiente para questionar-se a procedência da tese, o Ministro continua seu estudo apontando a possibilidade que existiria, se essa tese prevalecesse, de ocorrer uma eventual deturpação do termo “direitos humanos”, de forma que se “poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente”.<sup>74</sup>

Após a análise dessa tese, o Ministro Gilmar Mendes passa a analisar a situação da teoria dos tratados de Direitos Humanos com status de norma constitucional. Após apresentar a base para a teoria (artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal), o Ministro aponta, como neste trabalho foi comentado, qual seria a fórmula de solução para um eventual conflito entre o tratado e a Constituição:

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na

---

<sup>73</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>74</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.<sup>75</sup>

Nota-se que se trata de argumentação eloquente, que parece ser coerente com a evolução do Direito interno e internacional no que diz respeito à proteção da pessoa humana. Contudo, esse trecho representa apenas esclarecimentos por parte do Ministro, não sendo essa a tese que acaba por adotar, como veremos abaixo.

Ao terminar a exposição básica da tese da equivalência entre tratados de direitos humanos e a Constituição, Gilmar Mendes argumenta que, com o advento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, a discussão relativa ao status constitucional dos tratados estaria esvaziada. Sem demonstrar o raciocínio lógico que o leva à conclusão, o Ministro afirma que os tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil anteriormente à Emenda 45 não podem ser equiparados à Constituição, salvo se tiverem seguido o rito das emendas constitucionais. Após chegar a essa conclusão infundada, o Ministro sustenta ideia de grande relevo para a defesa dos direitos dos homens, ao declarar que: “Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”.<sup>76</sup>

Ou seja, embora não possa ser equiparado à Constituição Federal, o tratado que versa sobre direitos humanos também não pode ser rebaixado a nível ordinário, como sustenta a última das teses que o Ministro estuda. Dessa forma, o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal estaria equivocado, por assim ter entendido a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. O maior argumento para que se desfaça o

---

<sup>75</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>76</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

entendimento anterior da Corte Suprema, segundo o Ministro, é a necessidade de adequar-se à nova ordem internacional:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.<sup>77</sup>

Nesse sentido, Gilmar Mendes aponta que a Constituição Federal parece indicar, em vários momentos, a necessidade de abertura do ordenamento jurídico pátrio às normas advindas de convenções internacionais. Assim, como aqui já foi apontado, o artigo 4º da Carta é específico ao determinar a importância da formação de uma comunidade latino-americana. Mesma intenção, segundo o Ministro, teria o artigo 5º, inciso 2º, já amplamente debatido neste trabalho. Para tal fim também serviriam, conforme argumentação apresentada em seu voto, os novos parágrafos 3º e 4º do artigo 5º.

Ainda em seu estudo da tese da legalidade dos tratados de direitos humanos, Gilmar Mendes aponta um argumento de significação muito importante para o assunto do Direito internacional. Caso os tratados de direitos humanos fossem equiparados às leis ordinárias, diz o Ministro, existira a hipótese de o Brasil descumprir unilateralmente um acordo internacional, o que vai de encontro à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>78</sup>

É nessa esteira que o Ministro demonstra sua preferência pela tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. A tese consiste na atribuição de um status infraconstitucional aos tratados, mas em hierarquia superior à das leis. Ou, em suas palavras:

---

<sup>77</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>78</sup> Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.<sup>79</sup>

O jurista explica que a referida tese fora primeiro apresentada no Supremo por meio de voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RHC nº 79.785-RJ. Nota, ainda, assim como o faz em grande parte de seus votos, que tal tese está presente na Constituição da Alemanha, além de elencar demais regras do direito comparado em que há determinação semelhante.

A defesa da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos leva Gilmar Mendes a uma conclusão inédita no ordenamento jurídico pátrio. Assim, por ter esse status, o tratado teria a força de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.<sup>80</sup> Trata-se de inovação pela opção de termo utilizado pelo Ministro: “paralisar”. Dessa forma, a norma conflitante com o tratado não estaria revogada ou ab-rogada, ocorreria a paralisação de sua aplicação concreta. No que diz respeito ao caso julgado quando da elaboração da tese, esta é a conclusão do Ministro:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada** pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>80</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>81</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

Essa regra também seria aplicável no que diz respeito às leis posteriores aos tratados que com ele sejam conflitantes. Isso ocorreria devido ao caráter supralegal do tratado, o que faz com que a lei não pudesse ter eficácia mesmo sendo editada posteriormente. Cabe reproduzir a conclusão do Ministro Gilmar Mendes, que elucida bem todo seu voto:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).<sup>82</sup>

O próximo voto de relevância para a discussão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos é o proferido após o pedido de vista do Ministro Celso de Mello. Ao iniciar sua abordagem acerca desses tratados, o Ministro concorda com Gilmar Mendes no sentido de que deve haver um tratamento especial para essas convenções, como se depreende do seguinte trecho:

“**tratando-se** de convenções internacionais de direitos humanos, **estas guardem primazia hierárquica em face** da legislação comum do Estado brasileiro **sempre** que se registre **situação de antinomia** entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.”<sup>83</sup>

Contudo, sua posição difere daquela sustentada por Gilmar Mendes no que tange à exata colocação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Para Celso de Mello, a correta interpretação constitucional é aquela que atribui status de norma

---

<sup>82</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

<sup>83</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Pelluso. DJe nº 104 – Divulgação 04/06/2009, publicação 05/09/2009

constitucional aos tratados aqui em estudo. Assim, após uma breve análise dos argumentos apresentados favoravelmente à tese da supralegalidade, o Ministro passa a expor seu entendimento nos seguintes termos.

Para dar início a sua fundamentação jurídica, o Ministro utiliza-se de citação do eminente Professor Celso Lafer que, embora longa, é de extrema relevância para a discussão:

No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição na excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

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

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, o novo § 3º que diz:

...

**O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa** destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, **uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste ao clarificar a lei existente**.

...

**Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º.**

Com efeito, entendo que **os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais**, pois foram como tais formalmente recepcionadas pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva “ex parte civium” dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao “iter” previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos **muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45**, seguindo a política jurídica exterior determinada pela “vis directiva” do inc. II do art. 4º. (...) Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o “quorum” de uma emenda constitucional **não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias**. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que **as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade**, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, **são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental**. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição 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 a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade**.

Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer “a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional”. (negritou-se)<sup>84</sup>

Embora o Ministro Celso de Mello possuisse entendimento diverso anteriormente, com a nova Emenda Constitucional decidiu que deveria haver, sim, um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos.

---

<sup>84</sup> LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, p. 15/18, 2005, Manole.

Aponta, ainda, o Ministro, para a impossibilidade de se aplicar a tese que atribui status superior à Constituição aos tratados de direitos humanos. Isso seria impossível, segundo o Ministro, devido à qualificação da Constituição como estatuto fundamental da República. Assim, os tratados devem seguir as determinações da Constituição para que adquiram validade jurídica, de forma que seria inconstitucional aquele tratado que tramitasse de forma incorreta no momento de sua promulgação. Da mesma forma, não poderia o Brasil subscrever tratados internacionais ofensivos às liberdades públicas consagrados pela Carta Magna.

Em meio à discussão que se trava após esse voto, o Ministro Cezar Peluso também passa a sustentar a hierarquia de norma materialmente constitucional aos tratados de direitos humanos. Os demais debates e argumentos trazidos no acórdão não trazem mais informações de relevo ao estudo que se aqui se faz.

Esse julgado que aqui foi exposto é de grande valor para o futuro dos tratados de direitos humanos. Comparando-se a análise feita sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, é perceptível o quanto foi alterado o entendimento do status dos tratados. Embora os Ministros participantes do julgado não tenham chegado a um acordo específico acerca a hierarquia que devem possuir os tratados de direitos humanos, todos concordaram com a necessidade de atribuir-se um tratamento especial a eles.

A questão de qual é a tese adotada pelo Supremo tornou-se debate quando do julgamento do Habeas Corpus nº 92.566-9/SP. O que houve, na verdade, foi uma divisão de entendimentos entre os ministros, como bem esclarece o Ministro Celso de Mello:



De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio.

De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO).

...

Observo, por relevante, que, embora majoritária (cinco votos), a tese da supralegalidade ainda não foi acolhida pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, eis que a corrente que confere natureza constitucional aos tratados internacionais em referência foi sufragada por 04 (quatro) votos (o meu próprio e os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO e EROS GRAU).

Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nesta causa, pois, além do Ministro Marco Aurélio – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das 02 (duas) correntes em discussão (critério da supralegalidade X critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica -, também o eminente Ministro Joaquim Barbosa não se pronunciou sobre essa específica questão.<sup>85</sup>

Fica evidente a disparidade de entendimentos entre os Ministros da Suprema Corte em relação a qual tese ser adotada em relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos. Contudo, nota-se verdadeira evolução jurídica, conforme já foi apontado, no sentido de garantir melhor interpretação e aplicação das normas internacionais que visem à proteção da pessoa humana. T tamanha foi essa evolução, que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante de número 25, que possui a seguinte redação: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Embora não se tenha decidido o exato lugar em que deve situar-se o tratado de direitos humanos, a consequência de sua especialidade deve ser analisada. A nova Súmula Vinculante do Supremo determina que é **ilícita** a prisão civil, independentemente da

---

<sup>85</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 92.566-9 São Paulo. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/12/2008, Divulgado no DJe nº 104, em 04/06/2009, publicado em 05/06/2009.

modalidade do depósito. Assim, há um verdadeiro conflito entre o que é expresso na Constituição da República e o texto da Súmula: “não haverá prisão civil por dívida, **salvo** a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e **a do depositário infiel**” (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal). Ora, a fundamentação para formular essa Súmula é de extrema importância para saber-se qual é a verdadeira colocação dos tratados de direitos humanos. Isso porque, se se trata de uma norma supralegal, conforme a tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, ocorreria a chamada “paralisação” das normas infraconstitucionais conflitantes com o tratado. Já se for considerada uma norma materialmente constitucional, o entendimento é que haveria a revogação tácita da segunda parte do artigo 5º, inciso LXVII, por com ela ser conflitosa a norma internacional.

A hierarquia dos tratados de direitos humanos continua a ser, como foi aqui visto, um tema de amplo debate. Embora a Emenda Constitucional nº 45 tenha servido para melhorar a aplicação dos direitos advindos desses diplomas internacionais, nota-se que o novo § 3º do artigo 5º não foi suficiente para resolver os debates, como alguns advogam. Nesse sentido, é muito bem colocado o seguinte comentário: “A correta interpretação conferida a esses tratados permanece ignorada, causando prejuízo à proteção do ser humano e, ainda, podendo gerar no futuro a responsabilidade internacional do Estado brasileiro”<sup>86</sup>.

O que fica claro é que o Supremo Tribunal Federal está avançando em seu posicionamento a respeito desta matéria. Pelo que foi exposto nos votos analisados, os defensores da tese de supralegalidade ou de caráter especial dos tratados de direitos humanos parecem ter evitado aplicar a tese da constitucionalidade dos diplomas, devido apenas a certa insegurança quanto às consequências que poderiam ser ocasionadas por esse entendimento.

---

<sup>86</sup> TRINDADE, Vinícius Fox D. Cançado. *O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e sua Projeção no Direito Brasileiro: O papel internacional das jurisdições nacionais*. In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 9, n. 9, p. 216, 2009.

Assim, parece tratar-se de uma questão de tempo e de evolução jurídica até que se chegue ao ponto ideal em que os tratados de direitos humanos se situem em patamar equivalente à da Lei Maior.

## **Conclusão**

O trabalho aqui exposto, embora não aborde especificamente o objeto dos direitos humanos e sua suma importância para a humanidade, deixa clara a necessidade de atribuição de valores especiais aos tratados que visam proteger a pessoa humana de males arbitrários. Não só isso, como é preciso a aplicação sem demoras daqueles direitos formulados em favor das gentes.

É nesse sentido que se observa o quanto a abertura dos ordenamentos internos para as normas advindas de tratados se tornam cada vez mais relevantes para a proteção do ser humano. Contudo, para que essa abertura seja eficaz, os Estados devem entrar em acordo sobre a hierarquia elevada que deve ser atribuída aos tratados de direitos humanos.

O especial tratamento das convenções de direitos humanos deve ocorrer no Brasil, onde ainda há discussões sobre o posicionamento desses tratados no ordenamento pátrio. Os debates aqui travados levaram à criação de quatro teses distintas, com algumas divisões dentro de cada uma: a tese da paridade entre tratados e leis ordinárias; a tese da supraconstitucionalidade; a tese da supralegalidade; e a tese da constitucionalidade.

Duas dessas teses são defendidas por uma minoria no Brasil, isso devido a suas incompatibilidades explícitas com o ordenamento que aqui vigora. A tese da equivalência de tratados de direitos humanos com as leis ordinárias é repudiada por grande parte da Doutrina e da Jurisprudência em razão da possível quebra de boa fé internacional que pode ser gerada ao adotar-se essa sistemática. Já a tese da supraconstitucionalidade não pode

vigorar em razão do princípio da supremacia da Constituição, que em nosso sistema é essencial para o certo funcionamento soberano do Estado.

Logo, as duas teorias restantes são as que mais relevância têm para o estudo que aqui se conclui. A recém-exaltada teoria da supralegalidade (e sua semelhante, a da especialidade) dos tratados de direitos humanos representa, como já foi mencionado, um grande avanço no estudo da proteção dos direitos humanos. O simples fato de a Corte Suprema do Brasil ter apontado, de forma majoritária, a necessidade de consideração especial a esses tratados já é, por si só, uma evolução magnífica. Contudo, a tese que parece criar forças atualmente possui falhas que devem ser levadas em consideração. Parece-nos que a mais relevante diz respeito à possibilidade de haver tratados de direitos humanos considerados meramente supralegais e outros com hierarquia constitucional, por ter seguido o rito do parágrafo 3º do artigo 5º. Essa situação é passível de gerar aberrações jurídicas como nunca antes vistas. Ademais, essa tese não é clara a respeito das consequências concretas da aplicação de um status supralegal, especialmente ao anunciar que haveria uma paralisação das normas conflitantes com os tratados de direitos humanos.

A correta interpretação da hierarquia dos tratados de direitos humanos, dessa forma, é aquela que segue a tese da constitucionalidade dessas normas. Essa conclusão não decorre apenas da exclusão de aplicabilidade das teses anteriores, mas sim do estudo minucioso do texto constitucional de 1988, assim como pela análise dos mais renomados doutrinadores do tema, inclusive daqueles que estavam presentes quando da formulação da Constituição.

Cabe apontar, ainda, que a vinda do parágrafo 3º ao artigo 5º não muda a tese da constitucionalidade, assim como não afeta o fato de o Brasil adotar um sistema misto

de incorporação de tratados no que tange aos que lidam com os direitos humanos. O novo parágrafo 3º entra no sistema pátrio como norma interpretativa, apenas para realçar o caráter de especialidade dos tratados de direitos humanos, e deve ser analisado em concordância com os parágrafos que a ele antecedem. Assim, os tratados de direitos humanos devem ter aplicação imediata e devem ser incluídos no rol das garantias individuais, sendo o rito da emenda à constituição mera faculdade legislativa para atribuir-se caráter formalmente constitucional a esses diplomas.

Deve-se concluir, portanto, que os tratados de direitos humanos, seguindo o entendimento dos monistas internacionalistas, são normas materialmente constitucionais, atendendo ao disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. A isso se deve adicionar o que muito antes foi apontado: a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade a pessoa humana. Se essa não for devidamente protegida, não há razão para o Estado existir.

## Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : IBGE , 1956 , 2.ed.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados de direitos humanos*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma\\_define\\_status\\_juridico\\_tratados\\_internacionais](http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais) . Acessado em 5 de novembro de 2009, às 19h12.

\_\_\_\_\_, José Levi Mello do. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário*. Revista Jurídica Consulex, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 38-39, mar. 2005.

BRAUN, Helenice. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Ijuí: Unijuí, 2001.

FRAGA, Mitrô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania*. Campinas: Minelli, 2002.

\_\_\_\_\_, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, 1 ed.

MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do artigo 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 5ª Ed.

MEZZAROBA, Orides. *Uma ótica sobre a questão da interação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno no sistema de proteção dos direitos humanos, in*

Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 25, n. 51, dezembro de 2005, p. 281.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional público*. Lisboa: Pedro Ferreira, v. 1, 1995, 2.ed.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010, 25ª ed.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, 11. ed.

\_\_\_\_\_, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Ed. Limonad, 1998.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010, 12. Ed.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACi nº 7.872. Primeira Turma. Relator: Philadelpho Azevedo. 11 de out. 1943. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. ACi 9.587. Segunda Turma. Relator: Lafayette de Andrada. 21 ago. de 1951. DJ de 18 out. 1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. HC 72.131-1. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. 23 de nov. 1995. DJ de 1º de ago. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. HC 77.053-1. Segunda Turma. Relator: Maurício Corrêa. 23 de jun. 1998. DJ de 4 set. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. HC 92.566-9. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. 3 dez. 2008. DJe nº 104. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2010.

\_\_\_\_\_. RE nº 80.004. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque. 1º jun. 1977. DJ de 29.12.1977, voto-vogal, Ministro Leitão de Abreu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. RE nº 466.343-1. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 nov. 2007. DJ de 23.11.2007, voto-vogal, Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2009.



\_\_\_\_\_. RHC 80.035-1. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. 21 nov. 2000. DJ de 17 ago. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 abr. 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: SBERJ, 1988.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, v. 1, 2003.

TRINDADE, Vinícius Fox D. Cançado. *O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e sua Projeção no Direito Brasileiro: O papel internacional das jurisdições nacionais*. In *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 9, n. 9, 2009.