

**GUEVARA BIELLA MIGUEL**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE  
DIREITOS HUMANOS**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO**

**PUC/SP**

**2009**

**GUEVARA BIELLA MIGUEL**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE  
DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional. Trabalho elaborado sob a orientação do Prof. Renato Braz Mehanna Khamis.

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO**

**PUC/SP**

**2009**

*Dedico este trabalho aos meus pais, Rosana e Gilson, e a minha tia Dedé e ao meu avô Dimo, grandes incentivadores de minha carreira.*

**Banca Examinadora**

---

---

---

## RESUMO

O trabalho exposto tem como objetivo realizar uma explanação aprofundada com relação a hierarquia constitucional ou não dos tratados internacionais de direitos humanos em virtude da grande polêmica surgida com a Emenda Constitucional de 45/2004.

Preliminarmente se fará uma exposição de alguns conceitos, utilizando-se da doutrina especializada, de alguns institutos como o de tratados, direitos humanos, e uma breve história dos tratados internacionais, breve introdução ao atual sistema de proteção dos direitos humanos.

Após, há uma exposição acerca das correntes que se formaram ao longo dos anos com relação a polêmica da constitucionalização ou não dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos. Trazendo ao tema a opinião de alguns doutrinadores.

Também se analisará as jurisprudências recentes dos principais tribunais e as correntes vitoriosas nessas Cortes. Até que ao final se estabelecerá uma conclusão.

Este estudo não tem como meta esgotar o tema, ou seja, não se objetiva acabar com a discussão em torno da problemática, mas sim expor de forma didática as teorias e sugerir qual seria a melhor para o nosso modelo jurídico pátrio.

# **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. BREVE INTRÓITO AO CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS**
- 3. DIREITOS HUMANOS – CONCEITO**
  - 3.1** Direitos Humanos e a soberania dos Estados
  - 3.2** Internacionalização dos direitos humanos e influência nas Constituições
  - 3.3** Instrumentos especiais de proteção aos direitos humanos
  - 3.4.** Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos e o Estado Brasileiro
- 4. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO NO SISTEMA NACIONAL**
  - 4.1.** Hierarquia dos tratados internacionais tradicionais.
  - 4.2.** Teorias quanto a hierarquia dos tratados de direitos humanos
    - 4.2.1.** Natureza supraconstitucional
    - 4.2.2.** Natureza jurídica de emenda constitucional
    - 4.2.3.** Supralegalidade
    - 4.2.4.** Tese da constitucionalidade automática dos tratados internacionais de direitos humanos
    - 4.2.5.** Tratado internacional de direitos humanos com natureza de lei ordinária
- 5. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE REEXAME PROCEDIMENTAL PARA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL**
- 6. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS ANTERIORMENTE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

7. DIFERENÇA ENTRE STATUS CONSTITUCIONAL E EMENDA CONSTITUCIONAL
  8. QUANTO A DISCRICIONARIEDADE DO CONGRESSO NACIONAL REALIZAR O PROCEDIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
  9. NOVOS ENTENDIMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA
  10. CONCLUSÃO
- BIBLIOGRAFIA

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2004 a proposta de emenda constitucional nº 45 foi aprovada e promulgada. Denominada de Reforma do Judiciário, acabou por trazer outras regras além daquelas destinadas apenas ao Poder Judiciário, que acabaram por modificar fortemente nosso sistema jurídico.

Uma dessas modificações de peso foi a introdução na Constituição Federal de 1988, do parágrafo 3º no artigo 5º, que estipula a constitucionalização dos tratados internacionais que disponham de direitos humanos desde que submetidos ao procedimento rígido das propostas de emenda constitucionais.

Antes deste novo parágrafo havia em nosso sistema jurídico um grande embate entre a doutrina e a jurisprudência dominante, acerca do tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Importante destacar que já nessa época, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45 havia quatro teorias: supraconstitucionalidade, paridade constitucional, infraconstitucionalidade, mas supralegal, e paridade com lei ordinária.

Apesar destas outras teorias a doutrina majoritária sustentava que os tratados internacionais possuíam uma hierarquia de emenda constitucional, grandes defensores dessa tese foram a professora Flavia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. Por esta teoria este tipo de tratado automaticamente já seria incorporado em nosso sistema legal como uma hierarquia de posição igual a uma norma constitucional.

Já a jurisprudência dominante se posicionava no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos entravam e permaneciam em nosso sistema legal como leis ordinárias.

Este embate permanece até os tempos atuais, sendo que nossa jurisprudência vem modificando sua tese inicial, sustentado hoje a teoria da supralegalidade.

Para muitos doutrinadores a Emenda Constitucional nº 45/2004 não esclareceu absolutamente nada, e o pior, na verdade acabou por

atrapalhar e confundir as teorias existentes. Sustentam que o parágrafo 3º é inócuo, pois este tema já estaria englobado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição.

Assim, com base no parágrafo 2º os antigos doutrinadores continuam sustentando a constitucionalidade automática dos tratados de direitos humanos.

Este trabalho não tem como objetivo resolver a problemática posta, mas sim descrever de forma didática e organizar os principais posicionamentos acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dentro do nosso sistema jurídico.

Além disso, se resolveu colocar em tópicos autônomo alguns temas que estão relacionados com o novo texto constitucional e que surgiram em decorrência desta nova regra. Também não se objetiva nesta parte do trabalho chegar a uma conclusão absoluta a essas novas problemáticas, ditas como reflexas, pois são temas em pleno debate jurídico e doutrinário.

## 2. BREVE INTRÓITO AO CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Considerados atos solenes entre Estados, os tratados internacionais, segundo Guido Fernando Silva Soares<sup>1</sup>, são considerados tão antigos quanto as relações amistosas ou litigiosas entre grupos políticos autônomos. A sua prática entre os povos antigos pode ser datada dos primeiros registros escritos ou gravados em pedras e tinha como objetivo tornar claro e perpetuar no tempo, valores religiosos fundamentais das grandes civilizações, os direitos e deveres entre as unidades políticas autônomas da época.

Grandino<sup>2</sup> ao conceituar tratado internacional cita um interessante conceito fornecido por Paul Reuter em seu livro intitulado “Droit International Public” de que tratado é uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras de Direito Internacional.

Da conjugação do artigo 2º, 1, a da Convenção de Viena sobre Direito do Tratados (1969) e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986), pode se extrair o conceito de que tratado é um acordo celebrado por escrito entre dois ou mais Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional, sob a égide do Direito internacional, independentemente de sua designação específica<sup>3</sup>.

Dessa definição jurídica internacional se extrai importantes conseqüências como a de que os tratados regulados nesta Convenção são unicamente os celebrados entre Estados, assim excluindo os atos entre Estados e outros sujeitos de Direito Internacional, como as organizações intergovernamentais ou os movimentos de libertação nacional. Uma segunda

---

<sup>1</sup> Guido Fernando Silva Soares, Curso de Direito Internacional Público, p. 58.

<sup>2</sup> João Grandino Rodas, Tratados Internacionais, p. 10.

<sup>3</sup> Conforme ensina o professor Gustavo Bregalda em seu livro Direito Internacional Público e Privado (2007).

conseqüência é que os acordos devem ser escritos. E uma terceira é de que podem ser elaborados em único documento ou em vários, desde que entre as mesmas partes signatárias e sobre o mesmo assunto<sup>4</sup>.

Os Estados gozam de grande liberdade na elaboração do texto convencional em um ambiente que o formalismo não se apresenta como a nota dominante, salvo quanto a exigência da forma escrita, como anteriormente exposto. O texto convencional é a expressão objetiva do consenso entre as partes, o documento que, por sua natureza, garante a estabilidade ao que foi pactuado.

O novo parágrafo 3º do artigo 5º, em seu texto fala em “*tratado e convenções internacionais*”. Em decorrência disto se questionou se há diferença entre as expressões. O professor Pedro Loula<sup>5</sup> explica em brilhante artigo publicado em um livro denominado “o direito internacional contemporâneo”:

*“Para uma questão de lógica, se o legislador referiu-se a “tratados e convenções internacionais” é porque, em tese, enxergou alguma diferença entre essas duas espécies normativas do Direito Internacional. Se tratado e convenção internacional não são expressões sinônimas, então qual seria a diferença entre eles”*

Pedro Loula continua no artigo ensinando que tecnicamente a rigor, há diferenças para o Direito Internacional Público, entre tratados e convenções internacionais, porém ao final seguindo a mesma orientação do Professor Francisco Rezek, de que não há diferenças entre as expressões, conforme dispõem:

---

<sup>4</sup> Guido Fernando Silva Soares, Curso de Direito Internacional, *passim*.

<sup>5</sup> LOULA, Pedro. Artigo: Breves Reflexões sobre a Repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004) no Direito Internacional Brasileiro. Artigo integrante do Livro: O Direito Internacional Contemporâneo, p.781.

*“Feita essa pequena digressão, conclui-se que não foi a intenção do legislador constituinte derivado utilizar as expressões tratados e convenções internacionais em seu conteúdo técnico. De fato, todas essas definições e especificidades das diversas espécies normativas do Direito Internacional foram completamente ignoradas pelo Congresso Nacional ao editar a Emenda Constitucional n. 45/2004”.*

### 3. DIREITOS HUMANOS – CONCEITO

Conceituar direitos humanos se apresenta como uma tarefa extremamente árdua, pois a idéia de que indivíduos ou grupos humanos possam ser reduzidos a um conceito ou categoria a que todos são englobados, é de elaboração recente na História. O antropólogo Claude Lévy-Straus<sup>6</sup>, com a intenção de estabelecer conceitos diz que nos povos que vivem à margem do que se convencionou classificar como civilização, não existe a palavra que exprima o conceito de ser humano, pois os integrantes do grupo são denominados de “homens”, mas os estranhos ao grupo são designados por outra expressão, a significar que se trate de indivíduos de uma espécie animal diferente.

Foi durante o período axial da História humana que se despontou a idéia de igualdade essencial entre todos os homens, porém foram necessários vinte cinco séculos para que a primeira organização internacional que engloba quase que a totalidade dos povos da Terra proclamasse a Declaração Universal de Direitos Humanos e que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A convicção de que todos os homens possuem direitos iguais, pelo simples fato de pertencerem a raça humana, surgiu vinculada a uma instituição social importante, que é a lei escrita, que como regra geral e uniforme, deve ser aplicada de forma igual a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada.

Flávia Piovesan sustenta que:

*“os direitos humanos compõem uma unidade, indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.*

---

<sup>6</sup> Fábio Konder Comparato, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, *passim*.

A dignidade humana é um princípio que deve ser considerado um paradigma, um referencial ético, um verdadeiro superprincípio<sup>7</sup>, que tem como objetivo orientar o constitucionalismo contemporâneo, na esfera local, regional e global, dando especial racionalidade, unidade e sentido a produção das normas e ao comportamento social e do Estado.

Segundo Robert Alexy<sup>8</sup> os direitos humanos possuem cinco características principais, quais sejam:

- a) São direitos universais, sendo o ser humano os únicos sujeitos de direito capazes de exercê-los.
- b) São direitos morais, pois a sua validade independe da posição efetuada pela norma jurídica. Assim, os direitos do homem são direitos morais sempre que puderem ser justificados em face dos indivíduos aos quais se destinam.
- c) São direitos preferenciais porque os direitos morais exigem que as normas jurídicas lhe ofereçam proteção. Logo, no confronto com outros direitos, possuem uma posição de prioridade no quadro de normas jurídicas existentes.
- d) São direitos fundamentais. Os direitos humanos são protegidos tanto pelos direitos liberais clássicos, quanto pelos direitos sociais, que asseguram as condições mínimas de existência.
- e) São direitos abstratos. Em decorrência desta característica o Estado é uma instância decisiva para a concretização e efetivação dos direitos humanos.

A descrição destas características trazidas por Robert Alexy é importante, pois demonstram em que patamar um tratado internacional que dispõe sobre um direito humano é inserido em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>7</sup> Flávia Piovesan, Direitos Humanos e Justiça Internacional, *passim*.

<sup>8</sup> Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p.58 ss., jul./set. 1999. Cf também ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.217, p.67-79, jul./set. 1999.

Importante mencionar que nossa Carta Magna prestigiou o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, este princípio impõe-se como um núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, servindo como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional pátrio, inclusive como fonte de consulta para elaboração de novas legislações. Portanto, a dignidade humana, que também deve ser considerado um direito fundamental, constitui um princípio constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

### **3.1. Direitos Humanos e a soberania dos Estados**

Preliminarmente é importante comentar, como forma de introdução histórica, que a consolidação do Estado soberano surgiu com a ordem internacional de Westfália em 1648, com a celebração da paz que colocou fim à Guerra dos Trinta Anos. Essa paz baseou-se na separação entre o espiritual e o temporal, atribuindo-se a Igreja a competência sobre os assuntos espirituais e ao Estado o uso legítimo da força<sup>9</sup>.

O professor Francisco Rezek ensina que o Estado é identificado como tal quando o seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, *“não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo”*.

Ainda o mesmo doutrinador, citando Nguyen Dinh, coloca que a soberania, como atributo essencial do Estado, é titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, e, portanto, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui

---

<sup>9</sup> Alberto Amaral Júnior, Introdução ao Direito Internacional Público, p. xxx .

superiores. A soberania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito segundo o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Há grande polêmica com relação à posição hierárquica dos tratados de direitos internacionais de direitos humanos em nosso sistema jurídico. Esta discussão será explorada em um item separado, porém é importante trazer argumentos na seara da soberania e os tratados deste tipo.

A proteção dos direitos humanos não deve se restringir a legislação doméstica de cada país, pois é um princípio que revela legítimo interesse internacional, portanto, são normas que extrapolam as fronteiras tradicionais. Dessa afirmação decorrem duas importantes conseqüências comentadas por Flávia Piovesan, a primeira, de que a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado passou a sofrer um processo de relativização na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos, ou seja, atualmente há uma mudança da visão “hobnesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, que prega a cidadania universal. Assim, permite-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados. A segunda, uma importante conseqüência, está na idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, como sujeito de direito.

Deste modo, no mundo moderno não há mais espaço para a idéia de que o Estado deve tratar os seus nacionais da forma como pretender, como um problema de jurisdição doméstica, fundamentando sempre tais decisões em sua soberania. Esta concepção moderna surgiu com a criação da ONU e promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos consolidou-se como uma ética universal, em que se consagra o consenso sobre valores de cunho universal a serem obedecidos pelos Estados.

Celso Mello expõe de forma muito inteligente acerca do relacionamento que deve existir entre o Estado nacional e os outros países e organismos internacionais:

*“(...) queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado<sup>10</sup>”.*

Desta maneira, observa-se que Celso Melo defende uma certa primazia do direito internacional sobre o direito doméstico, assim afirmando que entre o direito interno e o direito internacional não há uma quebra na unidade do sistema legal, ou seja, da mesma maneira que não há essa quebra quando existe um conflito entre a lei e a Constituição. Importa-se apenas a primazia do direito internacional<sup>11</sup>.

### **3.2. Internacionalização dos direitos humanos e influência nas Constituições**

A partir do Pós-Guerra (II Guerra Mundial), que constitui um fato recente em nossa história, nasceu a internacionalização dos direitos humanos, como uma resposta imediata às atrocidades cometidas durante o período nazista na Alemanha. A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, tendo como responsável o próprio Estado como violador dos direitos humanos.

---

<sup>10</sup> MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais.

<sup>11</sup> Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra, Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Publicação, *apud*.

É neste contexto que surge os direitos humanos com um objetivo de reconstrução do valor do homem e como base, paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

Seguindo esta linha Flavia Piovesan<sup>12</sup> que cita Thomas Buergenthal “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.

Com essa maior preocupação da comunidade internacional com a proteção ao ser humano, surge também a descrença e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, centrado apenas no aspecto formal, pois o nazismo, bem como o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade, portanto, promoveram a barbárie em nome da lei.

A criação da Organização das Nações Unidas favoreceu em muito a edificação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>13</sup> Como pode se observar o Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas determina que “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas”. Ainda preceitua o artigo 1.3: “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Da mesma forma o artigo 55, como ensina Alberto Amara Júnior, associou o respeito universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais à criação de condições para a estabilidade e o aumento do bem-estar, necessários às relações pacíficas entre as nações.

Em 1948, é adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inaugurando-se a fase de positivação e universalização dos direitos humanos.

---

<sup>12</sup> Flavia Piovesan, Direitos Humanos e Justiça Internacional. Livro: Direitos Humanos e Justiça Internacional. Autora: Flávia Piovesan. Editora Saraiva. Ano: 2006

<sup>13</sup> Celso Lafer, A reconstrução dos direitos humanos. op. cit., p. 150.

A positivação se traduz na instituição de normas jurídicas que protegem os direitos humanos. Esta idéia tende-se a repetir em escala universal, assim servindo de base ao nascimento das democracias modernas. As normas jurídicas conferem solidez e durabilidade a valores, que de outro modo, teriam escassa efetividade prática<sup>14</sup>. Desta maneira ultrapassou-se o nível abstrato das aspirações, com o objetivo de garantir juridicamente o cumprimento dos direitos do homem até mesmo contra o Estado que os violou.

Assim, com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos há a aparição de outro importante fenômeno, que é a nova feição do Direito Constitucional ocidental, que começa a ser influenciado a princípios e valores, com ênfase no valor da dignidade humana. Desta maneira, começa a ser delineado o novo sistema normativo de proteção, como se surgisse um constitucionalismo global vocacionado a proteção de direitos fundamentais e com a crença de se limitar o Poder do Estado.

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, têm início a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana, surgindo outra problemática, qual seja, o confronto desses superprincípio com a soberania dos Estados. Como bem ensina Celso Lafer:

*“A expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira”.*

---

<sup>14</sup> Alberto Amaral Júnior, Introdução ao direito internacional público, p.441.

Continua o brilhante autor:

*“Esta linha também abrange as relações internacionais, pois o artigo 4º - que será objeto de análise deste texto – constitucionaliza princípios nesta matéria que são muito abrangentes. Vão muito além, *ratione materiae*, da própria tradição constitucional republicana. Esta, no Brasil, com a Constituição de 1891 – em contraste com a Constituição-garantia do Império – afirmou a proibição de guerra de conquista no seu artigo 88 e o estímulo à arbitragem no seu artigo 34, na esteira da visão doutrinária esposada por Kant que identificava uma vocação pacífica na forma republicana de governo”.*

José Joaquim Gomes Canotilho em seu livro *Direito Constitucional e teoria da Constituição* assevera que o constitucionalismo global não compreende apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, pois é centrado atualmente nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Em decorrência desta nova tendência mundial o Poder Constituinte dos Estados, conseqüentemente das respectivas Constituições nacionais, estão hoje cada vez mais vinculados a princípios e regras gerais do direito internacional. Pode-se chegar ao ponto de afirmar que o direito internacional é transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais, assim as normas passam a ser consideradas nulas se violarem as normas do *jus cogens* internacional.

Importante citar algumas outras constituições que, como a Carta Magna do Brasil, incorporaram a internacionalização dos direitos humanos “Constituição de Portugal (artigo 16º, 1 e 2), da Alemanha (artigo 25), da Nicarágua (artigo 46), do Chile (artigo 5º, inciso II), da Colômbia

(artigo 93), da Argentina (artigo 75 e 22) e da Guatemala (artigo 46). No caso das duas últimas e da Constituição do Peru de 1978 (que não está mais em vigor) há dispositivos expressos no sentido de que as normas decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos têm hierarquia constitucional.

### **3.3. Instrumentos especiais de proteção aos direitos humanos**

Historicamente a generalização e expansão da proteção dos direitos humanos foi marcada no decorrer destas quatro décadas por um fenômeno de multiplicidade e diversidade dos mecanismos de proteção, acompanhada pela identidade predominante de propósito destes últimos e pela unidade conceitual dos direitos humanos.

Os instrumentos de proteção possuem natureza e efeitos jurídicos distintos, pois ao longo dos anos houve uma multiplicação com o propósito de ampliar as proteções já existentes e alcançar o maior número de vítimas. Assim, tem-se usado o direito internacional com o objetivo de aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados.

Há dois mecanismos de Proteção Internacional dos Direitos Humanos: um global e os regionais. O sistema global é configurado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e há os sistemas regionais, que são: Sistema Africano (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos – 1981), o Sistema Árabe (Carta Árabe dos Direitos Humanos – 1994), o Sistema Europeu (Convenção Europeia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – 1950) e o Sistema Interamericano (Convenção Americana de Direitos Humanos - 1969)<sup>15</sup>.

Estes dois sistemas, o global e o regional, não são dicotômicos, mas complementares. São sistemas inspirados em valores e princípios da Declaração Universal, formando um complexo universo de instrumentos de proteção em que cabe o indivíduo que sofreu a violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, pois pode acontecer que

---

<sup>15</sup> Guilherme Assis de Almeida, *Direitos Humanos e Não-violência*, *passim*.

direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional.

Ao se adotar o pensamento de que a pessoa humana tem um valor de primazia, os sistemas acabam se complementando, interagindo com o sistema nacional de proteção, com o objetivo de proporcionar uma maior efetividade a tutela e promoção a direitos fundamentais. Portanto, a lógica dos Direitos Humanos é inspirada no valor da dignidade humana.

Existe também segundo Alberto Amaral Júnior alguns mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos, que são produtos derivados de resoluções elaboradas por órgãos criados pela Carta das Nações Unidas, como por exemplo, Assembléia Geral, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Direitos Humanos.

### **3.4. Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos e o Estado Brasileiro**

No Brasil, no que concerne a sua aceitação aos tratados internacionais de direitos humanos, somente a partir da democratização do país em 1985 que passou a ratificar importantes tratados. Considera-se o marco inicial a ratificação em 1989 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Depois deste ratificou-se inúmeros tratados já sob a égide da nova Constituição Federal<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> A partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Destaque-se a ratificação da: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de

Inclusive as novas normas constitucionais introduzidas em 1988 foram fundamentais para a incorporação de tantos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, pois a Carta Magna é fundada em estabelecer o primado da prioridade dos direitos humanos, como princípio essencial as relações internacionais.

Além dessa nova área introduzida pela nova Constituição, o Brasil por ter saído de um longo tempo de ditadura militar, possuía sua imagem degradada internacionalmente, por este motivo para reorganizar suas relações internacionais e melhorar sua imagem perante a comunidade internacional, não houve muitas rejeições quanto a ratificação dos tratados. Além disso, esta nova postura contribuía para legitimação do país no cenário internacional.

Portanto, como pode se observar á uma relação a democratização do país e a incorporação de inúmeros tratados que dispõe de direitos humanos.

---

janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

## **4. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO NO SISTEMA NACIONAL**

### **4.1. Hierarquia dos tratados internacionais tradicionais.**

Antes de tentar esclarecer a hierarquia dos tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos ou que dispõem sobre direitos humanos, mas não atingiram o quorum estabelecido para sua constitucionalização, é importante tecer alguns comentários quanto o direito internacional e o direito interno, e suas teorias em confronto.

Com base no livro de Francisco Rezek, diferencia-se a teoria dualista, defendida por autores do século passado como Carl Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti, que sustentam que o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, assim a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional.

Já os autores monistas (monismo internacionalista) estão divididos em duas correntes doutrinárias. Uma corrente sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, logo a ordem interna deveria se ajustar a esta realidade. Porém, a outra tese monista (monismo nacionalista) apregoa o primado do direito internacional de cada Estado soberano, cuja adoção de preceitos do direito internacional aparece como uma discricionariedade.

O maior defensor do monismo internacionalista foi Hans Kelsen, enquanto que o monismo nacionalista teve grandes adeptos dentre os autores soviéticos. Apesar de serem raros os autores que sustentaram doutrinariamente (com exceção dos soviéticos) o monismo nacionalista, esta idéia norteia as convicções jurídicas de países como o Brasil e os Estados Unidos, especialmente quando os Tribunais resolvem os conflitos de direito internacional e o direito interno.

Após esta pequena introdução as teses que orientam o direito internacional, é importante analisar algumas teorias acerca da hierarquia dos tratados internacionais (ordinários) no âmbito nacional.

Em 1940 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais frente o direito interno, entendeu em um caso que versava sobre questões de natureza tarifária, que o tratado por ser norma especial afasta a aplicação da lei, pois esta alberga regras gerais.

Já em 1977 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 80.004, entendeu que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, ou seja, estão em uma hierarquia jurídica igual.

Este entendimento foi baseado na regra de que lei posterior deve revogar a anterior, pois a expressão de última vontade do legislador republicano é a que deve prevalecer, mesmo que a lei anterior seja proveniente de um tratado internacional.

Assim, para esta teoria, ventilada desde 1977, um tratado internacional está no mesmo patamar que uma lei ordinária e deve ser igualmente aplicada dentro do território nacional. Um juiz, por exemplo, deve aplicá-lo ao caso concreto como qualquer outra legislação.

Mas no que concerne a aplicação de um tratado internacional por um juiz, lembra Alberto Amaral Júnior, que a aplicação do direito internacional pelo juiz brasileiro suscitou inquietação na doutrina e na jurisprudência dos tribunais nacionais. Esclarece o renomado jurista<sup>17</sup>:

*“A quase totalidade dos doutrinadores subscreve a tese monista com a primazia no direito internacional. Segundo esse ponto de vista o conflito entre o tratado e a lei se resolve em favor do primeiro, independentemente de considerações de natureza temporal. Apontam-se habitualmente duas hipóteses em que o conflito poderá ocorrer. Na primeira, a incorporação do tratado no ordenamento jurídico pátrio, mediante o cumprimento da formalidades necessárias*

---

<sup>17</sup> Alberto do Amaral Júnior, Introdução ao Direito Internacional Público, p. 477.

*a esse fim, revoga desde logo as leis anteriores que com ele colidirem. O mesmo raciocínio se aplica à lei posterior incompatível com o tratado, porque argumentam os autores monistas, o Estado temo dever de respeitar as obrigações convencionais que assumiu”.*

Com outro ponto de vista, é importante destacar um interessante julgamento do Ministro Leitão de Abreu que não entendia que não podia haver revogação do tratado pela lei posterior, mas que aquele era apenas afastado. É a corrente por ele adotada

*“A orientação que defendo, não chega a esse resultado, pois fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que esse seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”.*

Os juristas que sustentam a tese da paridade hierárquica entre as leis federais e os tratados internacionais de direitos humanos utilizam-se

também do argumento de que um tratado internacional é incorporado em nosso sistema jurídico através de um Decreto Legislativo. Assim, a teoria da paridade constitucional jamais poderia ser aplicada, pois surgiria a possibilidade de ocorrer uma anomalia jurídica já que a Constituição Federal do Brasil poderia ser modificada através de um mecanismo legislativo muito simples. Conforme expõem Alexandre de Moraes<sup>18</sup> acerca da incorporação dos tratados internacionais:

*“O Congresso Nacional poderá aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. O decreto legislativo, portanto, contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial”.*

Continua o autor:

*“Ressalte-se que a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém, todavia uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação”.*

Em confronto a posição acima, a professora Flavia Piovesan<sup>19</sup> que defende que os tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Segundo a autora, este posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (*pacta sunt servanda*), e que tem como o reflexo o artigo 27 da Convenção de

---

<sup>18</sup> Alexandre de Moraes, Curso de Direito Constitucional, p.569 (2002).

<sup>19</sup> Flávia Piovesan, Direito Humanos e Justiça Internacional, *passim* (2006).

Viena, que estipula não caber ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado.

Este posicionamento está em conflito com o monismo nacional, até é um entendimento já estabilizado pelo Supremo Tribunal Federal e que é o acatado pelos nossos Tribunais, pois nesta tese os tratados internacionais estariam em um patamar acima das legislações pátrias, estando abaixo apenas da Constituição Federal.

Após, uma análise da incorporação dos tratados internacionais ordinários e sua hierarquia em nosso sistema jurídico, no próximo tópico se analisará especificamente a mesma temática, porém no âmbito dos tratados internacionais que disponham sobre direitos humanos.

#### **4.2. Teorias quanto a hierarquia dos tratados de direitos humanos**

Importante para uma análise didática deste estudo, dividir as principais teorias anteriores a Emenda Constitucional nº 45 e as posteriores. Antes da emenda basicamente havia as seguintes teorias, supralegalidade, da paridade constitucional (constitucionalização automática) e da paridade legal.

Porém, a discussão ficava principalmente entorno de duas teorias, uma sustentada pela doutrina e a outra pela jurisprudência. Basicamente a doutrina majoritária entendia que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam hierarquia de emenda constitucional, já a jurisprudência defendia a equiparação hierárquica destes tratados as leis ordinárias.

Após a Emenda Constitucional nº 45, além das teorias tradicionais defendidas ainda hoje por alguns doutrinadores, como por exemplo, Flavia Piovesan que ainda defende a paridade constitucional, surgiu a possibilidade de constitucionalizar um tratado internacional de direitos humanos através do mesmo procedimento adotado para uma emenda constitucional. Após esta emenda surgiram alguns outros problemas, pois a nova norma constitucional não se posicionou acerca de algumas situações que podem ocorrer no futuro, assim, em Capítulo

específico (próximo) resolveu-se debater algumas situações não previstas pela nova emenda constitucional.

Lembrando que item anterior se analisou a hierarquia dos tratados internacionais ordinários e as respectivas teorias que os acompanham. Assim, neste Capítulo se analisará as teorias pertinentes aos tratados internacionais que disponham sobre direitos humanos.

Apesar de haver uma ordem cronológica acerca do surgimento das teorias que envolvem a discussão da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, resolveu-se neste trabalho abrir cinco tópicos específicos para tratar separadamente de cada uma das teorias, colocando conceitos e posições doutrinárias.

Assim, a seguir estão elencadas cinco teorias, quais sejam: teoria da natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, natureza jurídica de emenda constitucional, supralegalidade, constitucionalidade automática (paridade constitucional) e paridade legal.

#### **4.2.1. Natureza supraconstitucional**

Esta vertente defende que os tratados de direitos humanos possuem status supraconstitucional. Dentre seus defensores no direito comparado pode se citar Bidart Campos e no direito nacional, Celso de Albuquerque Mello, que sustentam a preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais. Assim, até mesmo uma emenda constitucional não teria poderes revogatórios em relação a essas normas internacionais.

Lilian Bamant e Sidney Guerra expõe que:

*“A primeira teoria que se apresenta, tem como expoente no ordenamento jurídico brasileiro o professor Celso Albuquerque de Mello que faz a defesa das normas internacionais em relação as normas de direito interno. Segundo ele, os tratados internacionais de*

*direitos humanos seriam preponderantes mesmo se confrontados com o texto constitucional.*

*Isso significa que nem mesmo a emenda constitucional suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos”.*

Os defensores desta teoria ainda a sustentam com base na Convenção de Havana sobre Tratados, 1928, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 5.647/29, que estabelece em seu artigo 11:

*“Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições”.*

Mello dispôs sobre a matéria:

*“A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan.*

*Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a*

*norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”.*

Porém, como bem sustenta Gilmar Mendes em julgado no Supremo Tribunal Federal, tal teoria não tem como prevalecer em nosso sistema jurídico, pois os pilares de nosso Estado estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição. Logo, entendimento contrário anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

O tratado internacional que dispõem sobre direitos humanos, não devem só por este motivo permanecerem acima das normas constitucionais, já que até mesmo esses tratados ou convenções devem ser celebrados em conformidade não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas também com respeito ao seu conteúdo material, especialmente quando estabelecem sobre direitos e garantias fundamentais.

Os autores que sustentam a aplicação dessa teoria, dizem que os “direitos humanos”, devem ser considerados supremos e protegidos no âmbito internacional e nacional. Mas esta explicação não resolve o problema, pois a expressão direitos humanos ao longo dos anos inevitavelmente sofrerá mutações ou até mesmo ampliação do seu significado, e isto é significa uma ameaça aos sistemas jurídicos já que não estaria apta a sofrer um controle de constitucionalidade.

Esta teoria antes da nova Emenda Constitucional de 2004, bem como após, não possui grande força doutrinária ou jurisprudencial.

#### **4.2.2. Natureza jurídica de emenda constitucional**

Preliminarmente deve-se conceituar tratado como todo acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos<sup>20</sup>. Este só pode ser celebrado por pessoas jurídicas de direito público, ou seja, os Estados e as organizações internacionais. Importante frisar que os tratados não se confundem com a *gentlemen's*

---

<sup>20</sup> Francisco Rezek, Direito Internacional Público, *passim* (2008).

*agreement*, que é o acordo firmado entre chefes de Estado e de governo, que possuem caráter moral e não dispõe de força jurídica obrigatória e que conseqüentemente, mesmo que tratem de assuntos de caráter de direitos humanos, não podem ser constitucionalizados. Outro conceito pode ser extraído do artigo 2º, parágrafo 1º da Convenção de Viena (1969).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no artigo 5º da Constituição, o parágrafo 3º, 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”*.

Como pode perceber a emenda somente coloca o termo tratado, como apto a se constitucionalizar, porém a doutrina mais especializada ensina que tratados, convenções ou acordos são expressões juridicamente sinônimas.

Portanto, está emenda trouxe grandes discussões quanto a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais, pois anteriormente o Brasil estava filiado, no plano da normatividade internacional, ao monismo nacionalista moderado, sendo o direito internacional uma faculdade discricionária. Assim, os tratados possuíam a natureza de normas infraconstitucionais.

Agora com esta nova alteração constitucional os tratados internacionais, após o transcurso de um procedimento podem ser incorporados em nosso ordenamento como normas constitucionais. O procedimento que foi adotado é o mesmo para a votação de emendas constitucionais.

Houve críticas a este novo dispositivo constitucional em decorrência do que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 5º, *“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”*.

As críticas estão fundadas na desnecessidade do novo parágrafo 3º, pois o que determina o parágrafo 2º já era suficiente para ensejar uma leitura constitucionalizante dos tratados internacionais de

direitos humanos. Os principais doutrinadores que até chegaram a pedir a inconstitucionalidade do referido parágrafo 3º, são feitos principalmente por aqueles que defendem a constitucionalidade direta dos tratados.

É importante esclarecer que o procedimento adotado pelo parágrafo 3º é compreendido por dois aspectos: um negativo, que é extremamente formalista; e um aspecto positivo, que analisa a possibilidade de uma construção hermenêutica em prol da manutenção do sistema integrado de proteção dos fundamentais (o parágrafo 2º e 3º, do artigo 5º da Constituição interpretados em consonância).

Quanto ao aspecto negativo, criou-se um excesso de formalismo para constitucionalização dos direitos humanos, porém isto foi muito importante já que colocou um basta na discussão jurídica entorno da constitucionalização automática sobre este tipo de tratado. Havia várias correntes doutrinárias quanto a hierarquia desses tratados, uma teoria sustentava que os tratados de direitos humanos possuíam uma hierarquia supra-constitucional, outra defendia uma hierarquia infra-constitucional, outra falava em supra-legalidade e por fim alguns sustentavam que havia paridade normativa à lei federal. Com a nova regra todas estas teorias se tornaram desnecessárias já que agora o tratado que dispõe sobre direitos humanos após passar por um procedimento formal terá uma hierarquia constitucional.

Com relação ao aspecto positivo, a emenda n 45º de 2004 fortaleceu o sistema brasileiro de proteção dos direitos fundamentais, como a novidade do artigo 5º, inciso LXXVIII, que trouxe prescrições quanto a celeridade dos julgamentos e a nova regra do artigo 109, parágrafo 5º, que determina o deslocamento de competência para a Justiça Federal para julgamento de crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos.

Em síntese, para que um tratado internacional de direitos humanos entre em nosso sistema constitucional como uma emenda deve observar todo um formalismo rígido, conforme dispõem o artigo

*Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;*

*II - do Presidente da República;*

*III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.*

*§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.*

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

*§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.*

*§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*I - a forma federativa de Estado;*

*II - o voto direto, secreto, universal e periódico;*

*III - a separação dos Poderes;*

*IV - os direitos e garantias individuais.*

*§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.*

O tratado Internacional de Direitos Humanos após passar pelo trâmite disposto no parágrafo 3º do artigo 5º, reveste-se de uma hierarquia constitucional igual a de uma cláusula pétrea, como ensina Pedro Loula<sup>21</sup>:

*“Dessa forma, a partir da nova redação do artigo 5, par. 3, da Constituição Federal, dentro de uma visão de máxima efetividade dos Direitos Humanos e em prestígio à vedação do retrocesso, deve-se entender que também os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, desde que sejam incorporados seguindo a sistemática do artigo 5, par.3, da Carta Política, devem sim passar a ser consideradas cláusulas pétreas da Constituição”.*

No direito comparado Alexandre de Moraes<sup>22</sup> comenta a Constituição da Argentina, que adota regra muito parecida em alguns aspectos com o parágrafo 3º estipulado pela Emenda Constitucional nº 45. Comenta o doutrinador (a grande diferença entre estas normas constitucionais está no fato da Constituição da Argentina ter nomeado os tratados anteriores a sua Emenda Constitucional como constitucionalizados, enquanto que não Brasil abriu-se uma discussão em torno deste fato):

*“Igualmente, a consagração da supremacia das normas constitucionais em relação aos atos e tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional permanece como regra no direito comparado, mesmo em algumas constituições que adotam novas regras objetivando a maior efetividade dos direitos fundamentais. Assim, após a Reforma de 1994, a Constituição da Nação Argentina, incorporou em seu texto vários*

---

<sup>21</sup> Pedro Loula, p. 785.

<sup>22</sup> Alexandre de Moraes , Direito Constitucional, p. 693 (2008).

*tratados referentes a direitos humanos, e passou a permitir a possibilidade de incorporação, com status constitucional, de outros tratados que versem sobre direitos humanos, desde que, sua ratificação pelo Poder Legislativo seja realizada por quorum idêntico ao destinado a Emendas Constitucionais”.*

#### **4.2.3. Supralegalidade**

Importante mencionar que essa teoria, surgiu em 2000, antes da nova Emenda Constitucional nº 45/2004, no julgamento do RHC nº. 79.785/RJ, pelo voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que explanou seu voto da seguinte forma:

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

Continua o brilhante Ministro em seu voto:

*“(…) à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados que alude o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu em abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”.*

Esta teoria ganhou novamente repercussão e fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 com o voto do Ministro Gilmar Mendes. Com a nova emenda constitucional em 2004, ressaltou-se o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados.

Com o advento da emenda constitucional de 2004, esta teoria pareceu ganhar um espaço maior, pois os tratados internacionais de direitos humanos que não forem elevados a uma hierarquia de emenda constitucional, serão ao menos considerados pelo nosso sistema legal, como uma normal especial, permanecendo entre acima da lei ordinária, mas abaixo da norma constitucional.

Essa mudança constitucional (EC nº 45/2004) acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária, dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1977; DJ 29.12.1977).

Em síntese, a tese da supralegalidade sustenta que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos seriam infraconstitucional, porém por ter um caráter especial com relação aos demais atos normativos internacionais devem ser atribuídos uma qualidade de supralegalidade.

Logo, este tipo de tratado não pode afrontar a supremacia da Constituição, mas possuem um lugar especial reservado em nosso sistema normativo. Por esta teoria não se pode equipar esses tratados a legislação ordinária, pois isto seria subestimar o seu “valor especial” no contexto de proteção da pessoa humana.

Ministro Gilmar Mendes para reafirmar a sua tese da supralegalidade menciona o princípio da prevalência do direito internacional previsto no artigo 98 Código Tributário Nacional. Com base neste dispositivo sustenta que há uma incongruência, pois admite-se o “caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre

direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária”.

Complementando seu raciocínio cita alguns julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Apelação Cível nº. 9.587/1951 (Ministro Relator Orozimbo Nonato) e 7.872/1943 (Ministro Relator Philadelpho Azevedo). Importante citar um trecho do voto do Ministro Philadelpho Azevedo:

*“Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional”.*

Assim, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam de proteção dos direitos humanos, sustenta-se que a sua internacionalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Carta Magna, têm o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Portanto, quando há uma norma internacional em conflito com uma norma nacional, esta última deverá não ser revogada, mas sim ter seus efeitos paralisados. Na aplicação desta teoria, por exemplo, quanto a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, esta não deve ser considerada revogada pelo fato do Brasil ter aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), mas sim reconhecer que deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

Conclui-se que o Brasil, desde a adesão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, em 1992, não possui mais base legal para que seja imposta a aplicação da parte final do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição, ou seja, decretar a prisão civil do depositário infiel.

#### **4.2.4. Tese da constitucionalidade automática dos tratados internacionais de direitos humanos**

Em nosso sistema jurídico a doutrina, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, sempre defendeu que os tratados de direitos humanos contam com status constitucional, porém nunca foi acolhida pela jurisprudência. São defensores fervorosos desta tese a professora Flavia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade.

Esta teoria expõe que os direitos fundamentais podem ser organizados em três grupos distintos: a) os direitos que são expressos na Constituição; b) os direitos implícitos, que são fruto do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna; e por fim c) direitos expressos nos tratados internacionais e ratificados pelo Brasil. Logo, concluiu-se que há uma inovação da Carta Magna ao incluir como direito constitucional os enunciados estipulados em tratados internacionais, já que a conseqüentemente acabam por atribuir a estes direitos uma hierarquia especial.

Este tipo de raciocínio jurídico advém de uma interpretação sistemática e teleológica, principalmente por causa da força expansiva dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Utiliza-s ainda o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referente aos direitos e garantias fundamentais e ainda, o entendimento da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

O entendimento, portanto, é que o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição, é uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais direitos humanos subscritos pelo

Brasil. Assim, a Carta Magna estaria atribuindo a esses tratados uma hierarquia constitucional e não é só, pois com base no parágrafo 1º, do artigo 5º determina que tais normas devem ser aplicadas imediatamente no plano nacional e internacional, a partir da ratificação, não se exigindo qualquer intermediação legislativa.

Antônio Augusto Cançado Trindade foi quem propôs a Assembléia Nacional a inclusão do respectivo parágrafo 2º ao artigo 5º da Constituição com o intuito de, em suas palavras:

*“assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...). Desde a promulgação da atual Constituição a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requerer demonstração”.*

Há ainda outra justificativa que esta abertura da Constituição é fruto da globalização, que acaba por ocorrer uma abrangência do “bloco de constitucionalidade”. Assim, todos os tratados de direitos humanos que são ratificados pelo Brasil, em decorrência do que dispõem os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Carta de 1988, devem ser incorporados no ordenamento jurídico nacional imediatamente, com uma hierarquia de norma constitucional.

Para esta corrente a opção do constituinte de 1988 se justifica pela superioridade desses tratados no plano internacional, pois integram o chamado jus cogens, que significa o direito cogente e inderrogável.

É certo que os tratados internacionais ao serem incorporados em nosso sistema legal possuem uma força hierárquica infraconstitucional, ou seja, estão num patamar abaixo da Constituição, tanto que o artigo 102, inciso III, alínea “b” do texto constitucional permite que seja interposto um Recurso Extraordinário contra um tratado internacional que seja considerado inconstitucional.

Frisa-se que para a teoria corrente, esta é a situação a qual se submete tratados comuns, que assim são porque apenas buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, diferenciando-se dos que tratam dos direitos humanos, que acabam por transcender os meros compromissos recíprocos entres os Estados pactuados, tendo em vista que têm o objetivo de salvaguarda dos direitos humanos e não das prerrogativas do Estado.

O Ministro do Supremo Tribunal de Federal, Celso de Mello no Habeas Corpus nº. 96.772, atribuiu hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

No direito comparado a hierarquia dos tratados de direitos humanos é previsto na Constituição da Argentina, que demonstra um rol de diplomas internacionais que possuem um status normativo diferenciado com relação aos demais tratados de caráter comum. Do mesmo modo, a Constituição de Veneza, elenca uma hierarquia constitucional e ainda, garante a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna, fixando à regra de interpretação da norma mais favorável a pessoa.

Parece que esta discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004 (Reforma do Judiciário), conforme já discutido no item anterior, porém há doutrinadores que ainda sustentam sua aplicação.

#### **4.2.5. Tratado internacional de direitos humanos com natureza de lei ordinária**

Está teoria prega que tanto os tratados de direitos humanos bem como os comuns possuem a mesma natureza e hierarquia, ou seja, estão no mesmo patamar de Lei ordinária. Este como já mencionado era o entendimento do Supremo Tribunal Federal desde 1977.

Em 1988 sobre a égide da nova Constituição Federal, a matéria foi novamente colocada em discussão no Plenário do Supremo com o HC n.º 72.131 RJ, tendo como o relator do acórdão o Ministro Moreira

Alves. Este caso versava sobre a prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, em que se confeccionou a seguinte ementa:

*“Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida”.*

Na época esta decisão do Supremo Tribunal Federal frustrou grande parte dos doutrinadores que entendiam diferentemente, pois com esse julgamento reafirmou-se que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com o status de legislação ordinária e no caso de conflito envolvendo uma norma interna e uma internacional devem ser resolvidas de acordo com a idéia já exposta, de que a lei posterior derroga a anterior<sup>23</sup>.

No caso ainda foi sustentado que o artigo 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica era norma geral e por mais esta razão, não poderia revogar uma legislação ordinária de caráter especial.

Outros casos posteriores tiveram o mesmo entendimento pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante citar outro importante julgamento no Supremo Tribunal Federal, o RHC nº. 79.785 de 2000 em que se discutiu a existência

---

<sup>23</sup> Lillian Balmant Emerique e Sidney Guerra, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, *passim*.

ou não em nosso sistema jurídico, do direito constitucional ao duplo grau de jurisdição em virtude da ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, que expressamente garante esse instituto. O Supremo nesse julgamento decidiu que a Constituição Federal não havia sido alterada por este tratado e, que, portanto, não deve ser aplicado o tratado. .

O fundamento neste julgamento foi no sentido de que há a prevalência de nossa Constituição Federal, dentro de nosso direito pátrio, sobre quaisquer convenções internacionais, inclusive as que tratavam de direitos humanos. Assim, está na ementa deste julgamento:

*“Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de conceder o poder de editar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadores do seu sistema, o que não é de admitir”.*

Importante descrever um pequeno trecho do Ministro Moreira Alves extraído deste julgamento no Supremo Tribunal Federal:

*“Sr. Presidente, tenho sérias dúvidas quanto a uma proposta do eminente Relator que é a de se considerar que, em face do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, possa haver hierarquia entre a lei ordinária e os tratados internacionais sobre direitos humanos, e isso porque a Carta Magna só prevê um tipo de hierarquia entre os atos infraconstitucionais e a própria Constituição”.*

Porém, o *leading case* desta tese como já mencionado neste trabalho é o nº. HC 80.004/SE, que foi muito interessante, pois os Ministros

do Supremo Tribunal na ocasião divergiram em suas opiniões e votos. Em determinado momento houve a primazia do direito internacional sobre a legislação doméstica, como também a possibilidade dos tratados serem modificados por normas internas que fossem posteriores ao mesmo.

Neste julgamento entendeu-se a possibilidade de haver colisões entre as normas de direito interno e os tratados internacionais, e que para a resolução desta problemática deve ser aplicada a regra *lex posteriori derogat priori*, pois a vontade última do legislador que deve prevalecer.

O Ministro Gilmar Mendes sustentando um posicionamento contrário a este entendimento, diz que a tese da legalidade ordinária, permite que o Estado brasileiro descumpra unilateralmente um acordo internacional. Neste caso indo de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que em seu artigo 27 determina que nenhum Estado pactuante *“pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”*.

## 5. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE REEXAME PROCEDIMENTAL PARA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL

Como já analisado com a nova emenda constitucional de 2004, abriu-se a possibilidade de transformar um tratado internacional que trata de direitos humanos em uma emenda a Constituição Federal. Como já exposto o procedimento é difícil e bem rígido, por isso fica uma dúvida quanto a possibilidade de tentar aprovar o tratado mais de uma vez no Congresso Nacional quando verificado que não atingiu o seu quórum na primeira oportunidade.

Neste caso devem ser aplicadas todas as regras constitucionais concernentes as emendas constitucionais inclusive quanto à possibilidade de serem novamente votadas no Congresso.

Assim, estabelece o parágrafo 5º do artigo 60 da Constituição Federal que:

*“A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.*

Deve se compreender por sessão legislativa como o período anual de atividade legislativa, conforme estabelece o artigo 57 da Constituição Federal:

*“O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente na Capital Federal, de 2º de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.*

*“Parágrafo 1º. As reuniões marcadas para estas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos e feriados”.*

Portanto, caso o tratado internacional de Direitos Humanos não seja aprovado na primeira tentativa por não conseguir alcançar o quórum, este somente poderá ser novamente submetido a este procedimento de Emenda Constitucional na próxima sessão legislativa com base no artigo 60, parágrafo 5º da Constituição Federal.

Em síntese, caso um tratado internacional de direitos humanos não consiga ser aprovado como emenda constitucional por não ter alcançado o quórum exigido, este deverá ser incorporado em nosso sistema jurídico como um tratado internacional comum. Porém, este tratado rejeitado poderá ser submetido a um novo procedimento de emenda constitucional na próxima sessão legislativa. Ora, se um projeto de emenda constitucional não aprovado pode ser submetido sempre, porém com uma condicionante de ser na próxima sessão, por que o tratado internacional de direitos humanos não poderia?

## **6. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS ANTERIORMENTE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

Por mais que este tema já tenha sido pincelado no Capítulo 4 deste estudo, optou-se por fazer uma análise isolada deste tema, abrindo-se um Capítulo específico.

Com a promulgação da emenda nº 45/2004 acabou por declarar que os tratados internacionais de direitos humanos ou não, anteriores a essa mudança constitucional e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados as normas constitucionais.

Porém, importante trazer a lição de Celso Lafer que esclarece 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, tem a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais recepcionados”. O iminente jurista baseia esta sua tese na recepção destes tratados pelo parágrafo 2º, artigo 5º da Carta Magna.

Portanto, nesta concepção Celso Lafer defende que os tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou ao seu sistema jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, entre os quais o: Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, não devem ser encarados como possuidores de uma hierarquia de normas ordinárias.

Continuando neste raciocínio, argumenta que os tratados são materialmente constitucionais, pois estão inseridos dentro do bloco de constitucionalidade<sup>24</sup>, ou seja, são normas que apesar de não estarem

---

<sup>24</sup> Conceito já analisado no item ....

dentro da Constituição possuem um caráter e status equivalente. Diz o eminente doutrinador:

*“Explico-me observando que entendo, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição 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 nº 45/2004 não são meras leis ordinárias, pois têm hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade”<sup>25</sup>.*

No caso de aceitar-se esta tese, os tratados internacionais de direitos humanos que fazem parte deste bloco de constitucionalidade revogam todas as normas inferiores que os contrariem, não se levando em conta a precedência temporal.

---

<sup>25</sup> Celso Lafer, Constituição de 1988 e as Relações Internacionais. Reflexões sobre o artigo 4º, *passim*.

Por está visão do eminente doutrinador, somente os tratados ratificados após a atual Constituição devem possuir uma hierarquia constitucional. Mas, não se faz nenhuma análise quanto a natureza hierárquica dos tratados anteriores a 1988.

Alguns doutrinadores, como Flavia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, sustentam que todos os tratados devem ser considerados incorporados em nosso sistema como uma estatura constitucional, não devendo fazer esta ruptura temporal.

Em síntese, entendem estes doutrinadores que antes de 1988 os referidos tratados deviam ser incorporados em nosso sistema como normas com estatura constitucional em decorrência do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição. E nesta linha de entendimento, entende-se que após a EC nº. 45/2004, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente as emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos.

Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra sustentam esta teoria com as seguintes palavras

*“Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (quorum qualificado) para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos no §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e mais se observa o aumento da abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos”.*

Apesar do respeito as teorias aqui apresentadas, acreditamos que os tratados anteriores a Constituição Federal de 1988, foram concebidas como normas de status supralegal, mas não com a hierarquia constitucional como alguns juristas sustentam.

Com a Emenda Constitucional de 2004 abriu-se a possibilidade desses tratados alcançarem um patamar superior de emenda constitucional desde que submetidos e aprovados pelo procedimento do artigo 60 e seguintes da Constituição Federal que estabelecem um procedimento mais rígido que deve ser obedecido.

Importante citar o entendimento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que entendem em apertada síntese que:

*“Pode-se perguntar se seria possível um Tratado, já aprovado pelo quórum comum, ser reapreciado para que, votado pelo quórum do par. 3, pudesse ser considerado equivalente à emenda constitucional. Entendemos que não. A Constituição projetou para o futuro e não tratou de disciplinar regra transitória nesse sentido”.*

## 7. DIFERENÇA ENTRE STATUS CONSTITUCIONAL E EMENDA CONSTITUCIONAL

Importante salientar que o parágrafo 2º e o 3º do artigo 5º dispõem de coisas semelhantes, mas há diferenças circunstâncias. A parte final do parágrafo 2º estabelece que “os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” são consideradas inseridas pela Constituição como normas de “status constitucional”, assim ampliando o rol dos direitos e garantias fundamentais (bloco de constitucionalidade). Já o parágrafo 3º determina que estes tratados após ser aprovados pelo quorum qualificado e ratificados, passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais”.

Celso Lafer conceitua bloco de constitucionalidade como:

*“Bloco de constitucionalidade é o somatório daquilo que se adiciona à constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime rigor 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”.*

Portando, dizer que uma norma tem “status constitucional” significa que esta integra o bloco de constitucionalidade material e não necessariamente formal da nossa Constituição. Já “equivalente a emenda constitucional” significa que o mesmo tratado internacional de direitos humanos integra formalmente e materialmente o texto constitucional.

Portanto, atribuir aos tratados internacionais uma equivalência a uma emenda constitucional seria estipulara estes instrumentos uma

amplitude de forma demasiada. Luis Flavio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>26</sup> sugerem dois efeitos:

- a) Quando equiparados a emenda constitucional, estes tratados passam a reformar a Constituição, fator que não é possível quando apenas possuem status constitucional.
- b) Os tratados equivalentes a emendas constitucionais não podem ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, caso em que o Presidente da República poderá ser responsabilizado em caso de descumprimento desta regra. Logo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente, como é de praxe atualmente em matéria de denúncia de tratados internacionais. Não poderá nem mesmo por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) cláusulas pétreas do texto constitucional.

Em síntese, quanto a denúncia de tratados, no caso de aceitação desta teoria, caso o tratado de direito internacional de direitos humanos tenha apenas status de norma constitucional, no ato de denúncia, o Estado brasileiro não possuirá mais responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado no âmbito internacional, mas continua no âmbito interno. Porém, se o tratado for aprovado nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, o Brasil não poderá mais denunciar o tratado quer no plano internacional, quer no âmbito interno, podendo até ser responsabilizado o

---

<sup>26</sup> Artigo "O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal". Ano: 2007.

Presidente caso elabore este ato. Estes tratados são considerados cláusulas pétreas e qualquer denúncia será considerado um ato ineficaz.

Os doutrinadores que defendem esta teoria consideram que o parágrafo 3º do artigo 5º, da Constituição apenas trouxe imperfeições ao sistema jurídico, pois acaba por ocasionar um conflito de interpretativo das normas vigentes, mais especificamente com o parágrafo 2º do referido artigo da Constituição Federal.

O professor Pedro Loula<sup>27</sup>, em artigo publicado no livro Direito Internacional Contemporâneo, abre um item específico para discutir se com a criação do novo parágrafo 3º do artigo 5º surgiu uma nova modalidade de legislação não especificada no artigo 59 da Constituição. Este professor ensina que:

*(...) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que venham a ser produzidas por esse novo procedimento, serão apenas materialmente normas constitucionais, já que formalmente não integrarão o texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Seria inconcebível que, por exemplo, cada Tratado Internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela sistemática do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, recebesse a numeração de uma nova Emenda Constitucional.*

O professor Pedro Loula, ao final deste item ensina que o ato legislativo conferido pelo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição não deve ser entendido como uma Emenda Constitucional e muito menos como um Decreto Legislativo, e sim como uma nova espécie normativa não prevista no artigo 59 da Constituição.

---

<sup>27</sup> Pedro Loula, Breves Reflexões sobre a Repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004) no Direito Internacional Brasileiro, p. 783.

## **8. QUANTO A DISCRICIONARIEDADE DO CONGRESSO NACIONAL REALIZAR O PROCEDIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.**

Uma questão importante que surgiu e pouco discutida que ocorreu com a inserção do novo parágrafo 3º em nossa Constituição, foi com relação a possibilidade ou não do Congresso ter certa discricionariedade em colocar um tratado em votação para alcançar uma hierarquia de norma constitucional.

Em uma análise literal do texto constitucional conclui-se pela existência de uma faculdade, pois o legislador constituinte utilizou-se do pronome relativo “*que*”, significando desta maneira uma discricionariedade.

Porém, é normal que este texto possa receber uma interpretação constitucional diferente quando submetido a uma análise pelo Supremo Tribunal Federal, mas este ainda não é o caso.

De outra forma é enraizado em nosso sistema legal, por decisões do Supremo Tribunal Federal de que não há mecanismo jurídico que obrigue o Poder Legislativo a adotar uma conduta positiva.

Neste mesmo entendimento Alexandre de Moraes defende que “*A opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do artigo 49, I ou do parágrafo 3º, do artigo 5º, será discricionária do Congresso Nacional*”.

## 9. NOVOS ENTENDIMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA

A discussão em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos surgiu com o debate quanto a possibilidade de se decretar a prisão de uma pessoa por ser considerada depositária infiel. O problema surgiu em decorrência que nossa Carta Magna prevê a prisão do depositário infiel, porém o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que determina que não poderá haver a possibilidade de prisão ao depositário infiel.

Nosso artigo 5º, inciso LXVII da Constituição estabelece que:

*“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel”.*

Já o artigo 7º, nº. 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) determina que:

*“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.*

Em 1995 o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tese vitoriosa, era no sentido que o Pacto de São José da Costa Rica, por ser uma norma infraconstitucional, não poderia ser contrária ao artigo 5º, inciso LXVII da Constituição no que diz respeito a prisão do depositário infiel. Sustentava-se ainda, que o referido tratado possuía um caráter geral que não tinha o poder de derogar as normas infraconstitucionais especiais sobre o tema da prisão civil do depositário infiel.

Atualmente há uma revisão desse entendimento da Corte, no sentido que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma

natureza supralegal, portanto, no caso polêmico da prisão do depositário infiel, têm se sustentando que não há mais em nosso ordenamento jurídico a possibilidade da prisão do depositário infiel. Conforme pode se destacar a ementa dos seguintes julgados:

*“Recurso Extraordinário nº. 349703 / RS - Rio Grande do Sul. Ementa: Prisão Civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. (Julgamento: 03/12/2008)”.*

Segundo esta decisão, desde que o Brasil aderiu o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), não há mais base legal para sustentar a prisão civil do depositário infiel. A razão é que 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 torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Em outro julgamento, mais recente, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, do ano de 2009, no HC nº. 96.772, se decidiu também pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, em decorrência da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica. Como pode se observar na ementa do referido acórdão:

*“Habeas Corpus – prisão civil - depositário judicial – revogação da Súmula 619/STF – A questão da infidelidade depositária – Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7º, nº, 7) – natureza constitucional*

ou caráter de suprallegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos – pedido deferido”.

Questão interessante neste acórdão é que se utilizou de um princípio de que deve se aplicar a norma mais favorável como critério de que deve reger a interpretação do poder judiciário.

*“Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do poder judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica”.*

*“O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (...)”<sup>28</sup>*

O Supremo Tribunal Federal também se manifestou pela impossibilidade de prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação

---

<sup>28</sup> *Habeas Corpus – prisão civil - depositário judicial – revogação da Súmula 619/STF*

fiduciária. O Ministro Ricardo Lewandowski filia-se a corrente majoritária da Corte no sentido de que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem status supralegal.

Em síntese, como pode-se observar este novo posicionamento do Supremo está no sentido de conceder aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza hierárquica de normas supralegais, ou seja, desde o momento que estes tratados são ratificados estão acima da lei ordinário, mas abaixo da Constituição. Caso estes tratados queiram estar no mesmo patamar da Constituição, devem passar pelo procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da Carta de 1988.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo na mesma direção em que o Supremo Tribunal Federal conforme relata o Ministro Mauro Campbell Marques no Habeas Corpus nº. 139.258 – RS, citando a seguinte jurisprudência do STJ:

*“PROCESSUAL. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. DECRETAÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. MUDANÇA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF. INADMISSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.*

*1. A possibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, é questão que vinha sendo objeto de discussão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 466.343, cujo julgamento foi retomado e concluído em 3.12.2008, DJ 12.12.08, concluindo o Tribunal, dessa forma, pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.*

*2. Recentemente, portanto, o Plenário do STF mudou seu entendimento (HC nº 87.585 e RE nº 466.343, ambos julgados em 3.12.2008) e reconheceu que o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio com status de norma supralegal,*

*restringiu a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Com isso, concluiu o Tribunal que os tratados internacionais de direitos humanos que tratam da matéria imprimiram efeito paralisante em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel.*

*3. Há, portanto, razoabilidade jurídica quanto à tese do constrangimento ilegal decorrente da prisão civil do depositário infiel, justificando-se, assim, a concessão da ordem de habeas corpus.*

*4. Em decorrência, deve-se conceder de ofício a ordem de habeas corpus, considerando a urgência e relevância do caso, a fim de fazer cessar o constrangimento ilegal. (HC 110770 / SP, Segunda Turma, rel. Ministro Castro Meira, DJe 27/3/2009)”*

## 10 - CONCLUSÃO

Concluir tal estudo com uma resposta definitiva e absoluta é uma das tarefas mais árduas, pois apesar da Emenda Constitucional nº 45 parecer ter colocado um ponto final nestas discussões teóricas acerca da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, a teoria da supralegalidade recentemente surgiu como uma alternativa forte na jurisprudência.

Porém, não há como concordar mais com a tese defendida pela professora Flavia Piovesan que sustenta a constitucionalização automática dos tratados internacionais (paridade constitucional), que traz a idéia de que todo tratado de direito internacional que verse sobre direitos humanos deveria ser equiparado imediatamente a uma norma constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45 trouxe uma norma clara: somente tratados internacionais e que tenham conteúdo de direitos humanos, podem ser equiparados a uma norma constitucional, desde que sejam submetidos a um procedimento rígido, o mesmo pelo qual passam as emendas.

Acredito que a discussão deve ficar em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos que não sejam aprovados neste procedimento do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição, pois questiona-se, se teriam mesmo assim uma hierarquia superior as leis ordinárias ou estariam no mesmo patamar?

A teoria da supralegalidade, sustentada atualmente no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Gilmar Mendes, preconiza que os tratados internacionais de direitos humanos devem possuir um lugar especial no ordenamento jurídico, assim não estaria acima da Constituição Federal de 1988, bem como também não estaria abaixo das normas ordinárias.

Portanto, os tratados internacionais deste tipo seriam infraconstitucionais. Em confronto a esta teoria, está a antiga tese da paridade legal. Assim, os tratados internacionais, sejam de direitos humanos ou não, desde que não constitucionalizados pela norma do parágrafo 3º,

artigo 5º da Constituição Federal, possuem uma hierarquia em igualdade a uma lei ordinária.

Muitas outras problemáticas surgiram com o advento da emenda constitucional nº 45, pois o texto normativo deixou a desejar, deixando várias lacunas, ou seja, perguntas sem respostas. A partir de 2004, a doutrina e a jurisprudência tomarão para si a responsabilidade de responderem os questionamentos e elaborar novos procedimentos. Neste estudo tentou-se responder algumas destas perguntas, como por exemplo, a análise da possibilidade ou não de reexame procedimental para constitucionalização do tratado internacional, a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004 e quanto a discricionariedade do Congresso Nacional realizar o procedimento de constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme Assis. Livro: **Direitos Humanos e Não-violência**. Editora Atlas, 2001.

BREGALDA, Gustavo. Livro: **Direito Internacional Público e Privado**. Editora Atlas, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Livro: **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

EMERIQUE, Lilian Balmant e GUERRA, Sidney. Artigo: Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Publicação: **Revista Jurídica – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf). Acesso: 25-11-2009.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo: **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 20 mar. Ano 2007.

JÚNIOR, Alberto Amaral. Livro: **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

LOULA, Pedro. Artigo: Breves Reflexões sobre a Repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004) no Direito Internacional Brasileiro. Artigo integrante do Livro: **O Direito Internacional Contemporâneo**. Editora Renovar, 2006.

MORAES de, Alexandre. Livro: **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODAS, João Grandino. Livro: **Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REZEK, Francisco. Livro: **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. Livro: **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Livro: **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.