Revista Pesquisas Jurídicas
ISSN XXXX – YYYY
(vol. 1, n. 1. jul. – dez. 2012.)

RELAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Dorabel Santiago dos Santos Freire*

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise do fenômeno da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo do estudo de casos da Jurisprudência e do entendimento doutrinário pretende verificar os efeitos práticos produzidos no ordenamento brasileiro a partir da incorporação desses tratados internacionais. O desafio à execução do presente trabalho é apresentar de forma mais detalhada o processo de incorporação dos tratados internacionais, a discussão acerca da sua hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro diante da atual tendência de internacionalização, dando ênfase ao entendimento do STF e aos efeitos dessa incorporação.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direitos humanos. Hierarquia interna. Caráter constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Durante algum tempo as discussões envolvendo a relação entre o direito interno e o internacional se resumiram a debates teóricos. Essa pouca atenção dispensada ao tema se dava pelo fato de que essa relação entre norma interna e internacional acabaria por atingir a soberania estatal. O primeiro estudo sistemático sobre a matéria foi feito por Heirinch Triepel, em 1899, na obra "Volkerrecht und Landesrecht".

Atualmente, com o processo de globalização e a mudança no papel do Estado ante a comunidade global, o tema vem ganhando a devida relevância teórica e prática. O desenvolvimento das relações entre Estados fez com que os tratados se tornassem a maior fonte de obrigação internacional sendo, portanto, obrigatórios e vinculantes entre os Estados que dele fizerem parte.

A primeira Constituição brasileira a tratar sobre a incorporação da norma internacional ao ordenamento interno foi a Constituição de 1988, no artigo 5º, § 2º, onde, para alguns autores, conferiu conteúdo constitucional aos direitos constantes nos tratados

* Acadêmica do décimo período do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro – FA7. Endereço eletrônico: dorabelfreire@hotmail.com

internacionais dos quais o Brasil é parte. Melhor dizendo, pela interpretação do mencionado dispositivo, os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil gozariam de status de norma constitucional material.

O caráter aberto da cláusula constitucional constante no artigo 5º, § 2º fez surgir grande divergência na doutrina e na jurisprudência pátria. Do disposto no referido artigo foram extraídas as seguintes interpretações: primeiramente, o direito brasileiro teria adotado sistemas diversos de tratamento para os tratados de direitos humanos e para os tratados tradicionais. A grande divergência doutrinária sobre o assunto é encontrada no âmbito dos tratados de proteção aos direitos humanos, sendo que dessa divergência podem ser extraídas quatro tipos de correntes acerca da sua hierarquia no ordenamento brasileiro: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Nesse contexto, em 2004 veio a Emenda Constitucional nº 45 no sentido de responder à discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da hierarquia de tais tratados com a inclusão do § 3º ao artigo 5º. O referido parágrafo conferiu caráter constitucional aos tratados de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sem, contudo se manifestar acerca dos tratados tradicionais do qual o Brasil faz parte.

Diante de toda essa divergência de entendimento, além de abordar de forma sucinta o processo de elaboração dos tratados, o presente estudo se propõe a apresentar o atual entendimento da jurisprudência brasileira diante do atual cenário de globalização.

2 BREVE ANÁLISE SOBRE OS TRATADOS

Tratado internacional é um ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontade entre dois ou mais sujeitos de direito internacional (ACCIOLY, *et al*.,2010). Atualmente os tratados são considerados pela doutrina como a principal fonte geradora de obrigações no âmbito internacional para os países signatários, sua disciplina está prevista na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Para que um tratado seja considerado válido ele deverá atender às seguintes condições: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo e objeto lícito e possível. Quanto ao processo de conclusão os tratados

deverão observar às seguintes fases: negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação, publicação e registro.

Uma vez concluídos ou ratificados, os tratados internacionais vinculam obrigatoriamente os países contratantes por força do princípio "pacta sunt servanda" previsto no artigo 26 da Convenção de 1969, segundo o qual "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Em outras palavras, após a ratificação do tratado internacional, o país contratante não poderá se escusar de sua aplicabilidade.

Por força desse princípio, a revogação de um tratado só poderá ser feita pelos meio fixados pelo Direito Internacional Geral, quais sejam: a ab-rogação (que pode ser predeterminada ou superveniente e consiste na extinção do tratado pela vontade comum das partes); a denúncia (que é a manifestação unilateral do Estado de deixar de ser parte no tratado); mudança de circunstâncias (superveniência de impossibilidade da execução do tratado) e superveniência de norma imperativa (*jus cogens*). Dessa forma, o descumprimento do tratado pelo Estado que dele faz parte jamais acarretará a sua extinção.

A violação do "pacta sunt servanda" acarreta a responsabilidade internacional do país violador (MELLO, 2004). O artigo 27 da Convenção de 69 acrescenta ainda que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Assim, uma vez ratificado o tratado, não poderá o Estado escusar-se de cumpri-lo sob a alegação de afronta ao direito interno.

Os tratados, em regra, só produzem efeitos perante os países contratantes. De acordo com os artigos 34 e 35 da Convenção sobre tratados, um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento e para que a obrigação venha surgir para o terceiro Estado será necessária sua aceitação expressa e por escrito. Rezek (2010, p.83) critica a redação do artigo 35 da referida Convenção ponderando que se existe a necessidade do consentimento expresso e escrito do terceiro, este, na realidade, seria parte do tratado distinto das demais partes apenas por questão procedimental. Assim, originalmente, um tratado só terá força vinculante para os Estados contratantes em obediência ao princípio "pacta sunt servanda" e, excepcionalmente, vinculará terceiros quando estes consentirem expressamente e por escrito em se submeterem às regras do tratado.

3 TEORIAS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Atualmente, na doutrina, podemos destacar algumas teorias que buscam explicar a relação estabelecida entre a lei internacional e a lei interna, dentre elas as mais relevantes são a teoria dualista e a teoria monista.

Para os defensores da corrente dualista, o ordenamento internacional e o ordenamento interno são duas ordens diferentes, são compartimentos estanques, não havendo, portanto qualquer integração de um com o outro. Sendo assim, devido a essa independência, jamais haveria conflito entre essas duas normas já que, cada uma delas teria como objeto disciplinar relações diversas. Ou seja, caberia ao Direito Internacional disciplinar as relações entre Estados, cabendo para o direito interno a regulamentação das relações entre Estado e indivíduo, dessa forma, se tornaria impossível o conflito entre os dois ordenamentos.

No âmbito dessa teoria, só é possível falar em incorporação do tratado internacional, ou seja, para que o conteúdo da lei internacional tenha vigência interna deverá ser transformado em direito interno. O dualismo defende que quando um Estado assume um compromisso exterior o está aprovando apenas como fonte do Direito internacional, sem que isso represente vinculação com a norma interna. No entanto, poderá ter o tratado internacional valor jurídico na esfera interna do Estado desde que ele seja transformado em norma de Direito Interno através do processo legislativo (MAZZUOLI, 2009).

Sobre essa teoria nos ensina Mello:

> Essa concepção conduz à denominada “teoria da incorporação”, isto é para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. É isso uma conseqüência da completa independência entre as duas ordens jurídicas, o que significa dizer também que não existe uma possibilidade de conflito entre elas (2004, p.122).

Para Triepel, defensor da teoria dualista e o primeiro a estudar a matéria de forma sistematizada, (1899) *apud* Mello (2004, p. 121), a concepção de Direito Internacional e Direito Interno são noções diferentes em virtude de três diferenças existentes nas duas ordens jurídicas.

A primeira se refere ao fato de que na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto que na ordem interna o homem também é incluído como sujeito de direito. A segunda diferença diz respeito às fontes, ou seja, o Direito Interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto que o Direito Internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, que se manifestam expressamente nos tratados e tacitamente no costume. A terceira diferença diz respeito ao fato de que a ordem interna esta baseada em um sistema de subordinação enquanto que a internacional esta baseada no sistema de coordenação.

Uma das críticas mais pertinentes a essa teoria é feita por Mazzuoli (2009, p. 69) que defende que a concepção de dois ordenamentos distintos e contrapostos e igualmente válidos implica em atribuir obrigatoriamente o caráter não-jurídico a um deles, já que o Direito não admite antinomias.

Em oposição ao dualismo, a teoria monista defende a existência de uma única ordem jurídica, ou seja, o Direito Internacional e o Interno formam uma unidade, um sistema coeso. Para essa teoria, a aplicação do Direito Internacional na ordem jurídica do Estado deve acontecer de forma direta e independentemente de qualquer transformação, já que formam um único sistema.

Essa corrente se divide em duas posições de acordo com a hierarquia das duas normas: uma, defende a primazia do direito interno e outra, a primazia do direito internacional.

Para os defensores do monismo com primazia no direito interno (monismo nacionalista) não existem duas ordens jurídicas diversas, mas apenas uma, o Direito Internacional é o direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Ou seja, segundo essa teoria, existe a integração dos tratados ao Direito Interno, sob o ponto de vista da primazia da ordem interna, sendo que, tal integração somente é válida na medida em que o Estado reconhece como vinculante em relação a si a obrigação contraída, mas não com hierarquia superior (MAZZUOLI, 2009).

Mello apresenta algumas críticas a essa vertente da teoria monista:

> A primeira e mais importante de todas é que ela nega a existência do próprio DI como um direito autônomo, independente. Ela o reduz a um simples direito estatal. [....]. Essa teoria não se encontra de acordo com a prática internacional: se a validade dos tratados internacionais repousasse nas normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, como sustentara Wenzel, toda modificação na ordem

> constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior (2004, p. 123).

Já para os defensores do monismo com primazia no Direito Internacional, ou monismo internacionalista, a lei internacional, independente da matéria regulada, posiciona-se acima do ordenamento interno dos Estados que com ela consentirem. Para essa corrente, o ordenamento jurídico é uno, sendo que o Direito interno é inferior ao Direito Internacional e deriva deste. O DI seria como uma constituição que rege a vida dos Estados soberanos.

Em defesa do Monismo internacionalista, advoga Mazzuoli:

> Ora, não existe Estado isolado ou flutuando no espaço. Os Estados encontram-se compreendidos dentro de uma *sociedade*, que é internacional por natureza. E, se para existir o Estado, deve existir uma Constituição, estruturando sua forma e organização e protegendo os direitos fundamentais dos seus cidadãos, é mais do que lógico que esta Constituição também dependa daquela sociedade maior em que está inserido o Estado da qual faz parte e que regula, ou seja, *a sociedade internacional* (2009, p. 75).

No nosso entendimento, essa corrente é a que melhor se coaduna com a nova tendência de formação de uma comunidade global onde os Estados quebram suas fronteiras e passam a pensar e agir globalmente tendo em vista o bem-estar da humanidade. Negar a superioridade do DI importa negar a sua própria existência, já que os Estados por serem soberanos não estariam subordinados a qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior (MELLO, 2004, p.124).

A consequência dessa concepção é a relativização da noção de soberania estatal, o que não significa o enfraquecimento do Estado, já que ele usa dessa soberania para negociar e se vincular aos tratados concluídos.

Além dessas teorias surgiram também algumas outras que tentam conciliar o entendimento entre essas duas principais teorias. Dentre elas podemos destacar a teoria que defende a independência das duas ordens jurídicas e a coordenação de ambas sob o direito natural. Tal teoria admite ainda a responsabilidade do Estado por norma interna violadora do DI. Outra teoria que merece destaque foi a defendida na URSS, segundo a qual, o Direito Internacional e o Direito interno estão ligados de tal forma que um tratado revoga uma lei anterior, bem como a lei posterior revoga um tratado anterior (v. BERNARD RAMUNDO *apud* MELLO, 2004, p. 126).

Em suma, as principais teorias existentes a respeito da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno podem ser assim resumidas: conforme a corrente dualista, Direito Internacional e Direito Interno, por se tratarem de ordenamentos impermeáveis, somente podem se relacionar por meio da transformação daquele em Direito Interno. Já a teoria monista defende que o Direito Internacional e o Direito Interno integram uma unidade, sendo que o Direito Internacional ou se sobrepõe ao Direito Interno (Monismo com primazia do Direito Internacional) ou o Direito Interno se sobrepõe ao Direito Internacional (monismo com primazia do Direito Interno).

4 A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO DIREITO BRASILEIRO

A primeira Constituição brasileira a tratar sobre a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno foi a CF/88. Dispõe o § 2º do artigo 5º que "os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

As exigências para o processo de elaboração dos tratados internacionais variam em cada Estado. Em regra, a elaboração de um tratado tem início com a negociação, conclusão e assinatura do mesmo (PIOVESAN, 2011). Dispõe a CF/88 no artigo 84, VII que compete privativamente ao Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional". De acordo com a interpretação do dispositivo constitucional, a competência para celebrar tratados é privativa, ou seja, originalmente do Presidente da República, em quem se confunde a autoridade de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Assim, excepcionalmente, a fase das tratativas e assinatura dos tratados também pode ser celebrada pelo Ministro das Relações Exteriores ou pelo Chefe de Missão Diplomática. (REZEK, 2010).

Após as negociações entre os países contratantes e uma vez assinado pelo Poder Executivo, o tratado deverá ser submetido à apreciação e à aprovação do Poder Legislativo, de competência exclusiva do Congresso Nacional, em função do artigo 49, I, da CF/88. O tratado será encaminhado ao Congresso Nacional por meio da mensagem presidencial preparada pelo Itamaraty. Após a aprovação e edição do decreto legislativo manifestando o entendimento do Congresso, o Presidente da República estará autorizado a ratificar o tratado

internacional. (PIOVESAN, 2011). Contudo, destaque-se que a autorização conferida pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para que proceda à ratificação do tratado não o obriga a fazê-lo.

Logo em seguida à ratificação, o tratado internacional deverá ser promulgado e publicado para completar seu aperfeiçoamento no plano interno.

Logo, para que um tratado seja aperfeiçoado e incorpore o ordenamento brasileiro dependerá de um ato complexo consubstanciado no encontro de vontades do Presidente da República e do Congresso Nacional. Em outras palavras, compete ao Poder Executivo presidir a política externa consubstanciada nas relações entre Estados e assinatura de tratados, convenções e acordos internacionais e compete ao Poder Legislativo o controle desses atos.

Ressalte-se que o grande desafio que envolve a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento brasileiro é a definição do status/hierarquia da norma internacional já ratificada. Sobre o tema, a doutrina e jurisprudência sempre se posicionaram de forma divergente, fazendo surgirem, conforme veremos no tópico seguinte, algumas teses diferentes como o objetivo de explicar o status na norma internacional no direito brasileiro.

5 HIERARQUIA DOS TRATADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

O entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais sempre foi bastante controverso na doutrina e jurisprudência brasileira. Antes da Constituição de 1988 e até 1977, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que a ordem interna era derivada da ordem jurídica internacional, ou seja, o DI estaria em posição superior ao Direito interno (PIOVESAN, 2011, p. 113). A partir de 1977, o entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica.

> Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004,em 1997, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta (PIOVESAN, 2011, p.113).

Já em 1995, em grau de *habeas corpus*, o STF decidiu, ao enfrentar a questão da influência do Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos, que "inexiste no modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer primazia hierárquico-normativa dos tratados internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República" (PIOVESAN, 2011, p. 115).

Em sentido contrário ao entendimento do STF, Piovesan leciona que:

> Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia (2011, p. 116).

A forma como o § 2º do artigo 5º da CF/88 foi redigido gerou bastante divergência na doutrina e no entendimento dos tribunais. De acordo com a redação do referido artigo, pode-se interpretar que o legislador constituinte teve a intenção de oferecer aos tratados protetores de direitos humanos tratamento diverso do conferidos aos tratados internacionais tradicionais.

O referido dispositivo constitucional conferiu aos tratados de direitos humanos o caráter materialmente constitucional, alargando, desse modo, o rol dos direitos fundamentais. A doutrina classifica o dispositivo ora em comento como uma "cláusula de abertura". Em outras palavras, o § 2º do artigo 5º consagra a noção de norma constitucional material promovendo a ampliação dos direitos fundamentais de forma implícita. (SARLET, 2009, p. 125).

Em razão do caráter de norma materialmente constitucional conferido pelo § 2º do artigo 5º da CF/88, os direitos decorrentes dos tratados internacionais gozam de eficácia e aplicabilidade imediata por força do disposto no § 1º do mesmo artigo constitucional, *in verbis:* "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Ao lado dos dois entendimentos, primado do direito internacional e o entendimento da paridade entre tratado internacional e a lei federal, também se destacam outras duas correntes doutrinárias. Uma dessas correntes defende a hierarquia supraconstitucional dos tratados dos direitos humanos, enquanto a outra defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.

Accioly *apud* Piovesan (2011, p.121) defende a supraconstitucionalidade do Direito Internacional argumentando que:

> É licito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isso que deriva de um principio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder [....].

Em suma, o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta de 88 fez surgir na doutrina a defesa de quatro teorias a respeito do *status* hierárquico dos tratados de direito humanos, quais sejam: a teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais, a teoria da hierarquia constitucional, a teoria da hierarquia infraconstitucional, contudo supralegal, e a teoria do *status* de lei ordinária.

Em virtude da grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados no ordenamento brasileiro e com a finalidade de dar resposta a essa discussão foi introduzido, pela Emenda Constitucional nº 45, o § 3º no artigo 5º com a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 5º [....], § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais [....]

No entanto, a inserção do dispositivo na Constituição não foi suficiente para dirimir por completo a controvérsia acerca da hierarquia dos tratados internacionais. Ao invés, autores como Redin (2007) o apontam como um retrocesso político/jurídico diante do que dispõe o § 2º do mesmo artigo. Após a inclusão do § 3º no artigo 5º da CF, ainda que o tratado diga respeito a direitos e garantias fundamentais do homem, não poderá gozar de *status* constitucional enquanto não for aprovado pelo quórum do § 3º do referido dispositivo constitucional.

A inserção do § 3º se fez, de certa forma, desnecessária, já que a exegese dos §§ 1º e 2º assegura o caráter constitucional e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais do homem previstos nos tratados de direitos humanos em que o Estado brasileiro seja parte, independentemente de qualquer ato legislativo posterior, não havendo, dessa forma, a necessidade de se formalizar a constitucionalização já garantida por esses dispositivos. A

novel disposição acabou por restringir a proteção plena aos direitos humanos assegurada pelos §§ 1º e 2º do artigo constitucional ao estabelecer um procedimento como requisito necessário à concessão do *status* constitucional a esses direitos no âmbito dos tratados.

Dessa forma, a imposição do procedimento qualificado (quórum da Emenda Constitucional) para se atribuir o *status* constitucional aos direitos fundamentais tutelados nos tratados representa um embaraço à proteção eficiente dos direitos humanos, na medida em que retrocedeu o tratamento dado a esses direitos. Além disso, há que se questionar até que ponto a inserção do referido dispositivo não representa uma afronta ao princípio do não retrocesso social, a partir do momento em que tornou mais dificultosa a proteção aos direitos humanos expressos nos tratados internacionais. Verifica-se, ainda, que a intenção do Legislador Constituinte reformador de pôr termo à divergência doutrinária acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos causou efeito oposto ao que se propôs.

Entende-se, assim como Mazzuoli (2011), que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já possuem, independentemente da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004, hierarquia de norma constitucional em face do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que o mencionado dispositivo prescreve que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Dessa forma, o próprio texto constitucional inclui no seu rol de direitos fundamentais todos aqueles que sejam decorrentes dos tratados internacionais, atribuindo-lhes hierarquia constitucional.

Mazzuoli (2011, p. 53) defende que o quórum estabelecido no § 3º do artigo 5º tem apenas a função de atribuir eficácia formal aos tratados que já possuem *status* de norma materialmente constitucional em virtude da disposição do § 2º do mesmo artigo:

> O que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.

Em sentido oposto a esse entendimento, a contemporânea jurisprudência do STF é unânime ao sustentar a existência de um regime jurídico misto, fundamentado na diferença de tratamento entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos. No que concerne aos tratados tradicionais (pactos internacionais gerais que não versam sobre direitos humanos)

do qual o Brasil faz parte, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em sustentar que lhes são atribuídas a mesma hierarquia das leis ordinárias. Contudo, em relação aos tratados de direitos humanos, persistem ainda duas correntes: uma em defesa da sua supralegalidade (tese majoritária) e outra em defesa da tese da constitucionalidade.

Ao patrocinar a tese da supralegalidade o Ministro Gilmar Mendes assim se expressa:

> Reconheço que os tratados de direitos humanos – tal como fiz o meu voto – têm um significado impar, como também já tinha feito o Ministro Sepúlveda Pertence. Mas é claro que a sua condição de validade repousa no texto Constitucional. [....]. O bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não- reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. [....]. Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel que nós podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. [....]. por outro lado, teríamos de reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito ao controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da *causa petendi* aberta,com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica [1].

Em defesa da tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sustenta o Ministro Celso de Mello:

> Deveremos interpretar a convenção internacional e **promover**, se for o caso, ***o controle de convencionalidade*** dos tos estatais internos **ou** domésticos, **em ordem** a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos[2] .

Esse entendimento da Suprema Corte ficou consagrado a partir de 3 de dezembro de 2008, quando a Suprema Corte, por unanimidade negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, estendeu a proibição da prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia rompendo assim com o entendimento defendido a mais de três décadas, que parificava os tratados internacionais às leis ordinárias (PIOVESAN, 2011,*passim*).

Piovesan sistematiza com maestria a oscilação de entendimento do Supremo Tribunal Federal dispondo que:

---

[1] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 87.585-8 TO.** Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/12/2008. DJ 26/06/2009.
[2] *Idem, ibidem*

> Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados dos direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do Habeas Corpus n. 72.131, em 2005, que manteve, à luz da Constituição de 1998, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária (2011, p. 130).

Por ora, o atual entendimento do STF é o de que aos tratados de direitos humanos deve ser aplicado um regime especial e diferenciado foi a edição da súmula vinculante n.31 que dispõe sobre ilicitude da prisão civil por dívida, prisão essa que já era considerada ilícita pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), *in verbis*: “ É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Fora dessas controvérsias jurisprudenciais apresentamos duas exceções no direito brasileiro nas quais é atribuída primazia aos tratados internacionais. A primeira é a do Código Tributário Nacional que dispõem no seu artigo 98 que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. A segunda refere-se aos casos de extradição, onde em caso de conflito entre lei interna e tratado, deve-se resolver pela aplicação deste por ser considerado regra especial (BARROSO, 2009).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto podemos concluir que apesar de toda divergência doutrinária e jurisprudencial os tratados são fontes de obrigações para os países contratantes e como tais não podem ser preteridos em relação ao direito interno. Por se tratar de lei supranacional deverá consequentemente ocupar lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo simplesmente ser equiparado à lei ordinária. Entende-se que diante do atual cenário mundial deve ser favorecida a internacionalização do direito interno, ou seja, o ordenamento brasileiro deve evoluir no sentido de buscar uma abertura aos valores supranacionais. O direito interno não pode ser engessado em nome do orgulho nacional e da antiga concepção de soberania.

Assim, entende-se que o tratamento mais adequado a ser dispensado ao Direito Internacional e ao Direito Interno é aquele que defende a unidade dos dois ordenamentos, independentemente de qualquer tipo de transformação do direito internacional em direito doméstico (monismo).

Conclui-se ainda que, em face da grande polêmica que envolve a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a inserção, pela Emenda nº 45/2004, do § 3º ao artigo 5º da CF/88, representou um retrocesso à defesa dos direitos humanos, já que antes da edição do referido dispositivo constitucional os tratados de direitos humanos já gozavam de aplicabilidade imediata e *status* constitucional, por força dos §§ 1º e 2º, independentemente de qualquer procedimento qualificado. Assim, após a entrada em vigor do § 3º, a jurisprudência tem entendido que somente os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo procedimento do referido dispositivo constitucional têm *status* de norma constitucional.

Como reflexão final, compreende-se ser necessária a mudança de entendimento na jurisprudência do STF em relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos, no sentido de se atribuir *status* de norma materialmente constitucional aos tratados que não passaram pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88, em função da relevância.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e**.** *Manual de direito internacional público***.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público***.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REDIN, Giuliana. *Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos*. Revista Forense, v. 391, maio/jun. 2007. p. 609-618.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RELATIONSHIP OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES WITH THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

This article has the objective analyze the phenomenon of receipt of the international treaties on human rights in the Brazilian legal system. From the case study of jurisprudence and doctrinal understanding you want to check the practical effects produced in the Brazilian from the incorporation of international treaties. The challenge to the implementation of this work is to present a more detailed process of incorporation of international treaties, the discussion of the hierarchy of Brazilian law before the current trend of globalization, emphasizing the understanding of the STF and the effects of this merger.

Keywords: International treaties. Human rights. Internal hierarchy. Constitutional character.

Artigo recebido em: 19/05/2012

Artigo aprovado em: 29/09/2012