



# A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SUA HARMONIZAÇÃO E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

THE LEGAL NATURE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS  
TREATIES AND THEIR HARMONIZATION AND APPLICABILITY  
BRAZILIAN LAW

---

**Daniel Avelar**

Juiz de Direito, Mestrando do Programa Direitos Fundamentais e Democracia da Uni-Brasil. E-mail: [carolproner@uol.com.br](mailto:carolproner@uol.com.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8252534346736837>.

**Carol Proner**

Doutora em Direito, Coordenadora do Mestrado em Direito da UniBrasil. E-mail: [carolproner@uol.com.br](mailto:carolproner@uol.com.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8252534346736837>

## Resumo

O Presente trabalho busca discutir a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos e sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Para tal, serão discutidos os seguintes tópicos: os direitos humanos e o “Estado Cooperativo”; a hierarquia interna dos tratados de direitos humanos; a apli-

cabibilidade imediata dos tratados de direitos humanos; o atual posicionamento do STF; o conflito entre Tratados e a Constituição Federal; o “efeito paralisante” e crítica quanto à tese da supralegalidade e a EC n. 45/04 e o art. 5º, § 3º da CF.

**Palavras-Chave:** Direitos humanos. Direitos fundamentais. Democracia.

### Abstract

This paper aims to discuss the legal nature of international human rights treaties and their harmonization and applicability Brazilian law. This will be discussed the following topics: human rights and the "cooperative state", the internal hierarchy of human rights treaties, the direct applicability of human rights treaties and the current position of the STF, the conflict between treaties and the Constitution; the "chilling effect" and criticism of the theory of supra-legal and EC No 45/04 and art. 5, § 3 of the CF.

**Keywords:** Human rights. Fundamental rights. Democracy.

**Sumário:** 1. Dos Direitos Humanos e o “Estado cooperativo”. 2. Da hierarquia interna dos Tratados de Direitos Humanos. 3. Da aplicabilidade imediata dos Tratados de Direitos Humanos. 4. Do atual posicionamento do STF. 5. Do conflito entre Tratados e a Constituição federal. 6. Do “efeito paralisante” e crítica quanto à tese da supralegalidade. 7. Da EC n. 45/04 e o art. 5º, § 3º da CF. Conclusão. Referências.

“(…) par leur nature, les droits de l’homme abolissent la distinction traditionnelle entre l’ordre interne et l’ordre international. Ils sont créateurs d’une perméabilité juridique nouvelle. Il s’agit donc de ne les considérer, ni sous l’angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l’ingérence politique.

Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales". (ONU, Communiqué de Presse n. DH/VI/4, de 14.06.1993. p. 10)<sup>1</sup>.

## 1 DOS DIREITOS HUMANOS E O “ESTADO COOPERATIVO”

O poder (dever) punitivo do Estado é exercido para a satisfação do bem comum (teoria finalista) - sendo esta a *ratio essendi* de sua própria existência -, garantindo através de sua autoridade e legitimidade a justiça nas relações sociais. Porém, o referido poder não pode ser exercido de modo aleatório ou indiscriminado, vez que apenas se torna legítimo quando moldado nos estritos limites da ordem constitucional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Parte do discurso do Secretário-Geral das Nações Unidas (B. Boutros-Ghali), na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, aos 14 de junho de 1993: “Tradução: ‘(...) por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas, pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais’ [tradução do autor]” (MAZZUOLI, 2000, p. 193).

<sup>2</sup> “O direito de punir é poder político conferido ao Estado e monopólio dele, que deve ser exercido não só com obediência aos direitos fundamentais do homem, como também de forma legítima. A política criminal, justificadora do direito de punir, deve ser orientada por critérios que se conformem com a estrutura política do próprio Estado, a fim de não haver ruptura com as premissas plasmadas na ordem constitucional. Por isso mesmo, sendo democrático o Estado, não seria necessário dizer que a sua política criminal, igualmente, deve confortar-se com as premissas democráticas, o que implica dizer, no que é mais importante aqui realçar, que os Direitos Penal e Processual Penal precisam ser elaborados e pensados sob esse viés político” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 156).

Os direitos humanos podem e devem ser admitidos como limites da autoridade persecutória e punitiva do Estado, e encontram suas origens remotas na Antiguidade, nos conceitos de isonomia e equidade tratados por Eurípides e Aristóteles. Posteriormente, foram sedimentados nas obras dos chamados pais do direito internacional, entre eles de Francisco de Victória, Francisco de Suárez (1612) e sobretudo na obra “*De Jure Belli ac Pacis*” (1625) de Hugo Grotius (GABRIEL, 2005, p. 255). Ainda que o direito internacional e os princípios que o fundamentam, pelo caminho do juspositivismo, tenha origem nos períodos da antiguidade e idade média, com releitura juspositivista na idade moderna, somente no pós Segunda Guerra é que se pode falar em direito internacional contemporâneo, direito que nasce a partir da nova sociedade internacional advinda do Conserto das Nações e das atas de capitulação que puseram fim mais desastroso conflito internacional já existente.

A partir de então, o poder-dever de punir do Estado passa a ser formatado segundo um novo modelo consentâneo com o primado do respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana (núcleo material mínimo das Constituições havidas a partir da Declaração Universal de 1948), os quais restaram consagrados em diversas Cartas Constitucionais, Tratados e Convenções Internacionais<sup>3</sup>, entre eles: Cartas das Nações Unidas (1945)<sup>4</sup>; Declaração Universal dos Direitos Hu-

---

<sup>3</sup> “A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano (WEIS, 1999, p. 21).

<sup>4</sup> “Art. 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos **direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos**, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (grifei)

manos (10/12/1948)<sup>5</sup>; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>6</sup>; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966)<sup>7</sup>; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica (22/11/1969)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> “A Declaração não é tecnicamente um Tratado, mas um acordo moral entre os Estados, uma recomendação da ONU, o que significa dizer que não foi submetida à ratificação por parte dos Estados após a sua aprovação. Não obstante, ela é entendida como a interpretação mais autorizada da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” constante da Carta da ONU, fazendo parte integrante desta e, portanto, adquirindo “força” de Tratado. Deve, pois, ser respeitada universalmente por todos os Estados”. (GABRIEL, 2005, p. 257).

<sup>6</sup> “Mediante o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados aderentes obrigam-se a adotar medidas com vistas à realização de vários direitos, entre os quais o direito ao trabalho, à remuneração justa, à liberdade de associação a sindicatos, a um nível de vida adequado, à educação, à idade mínima para a admissão em emprego remunerado, à participação na vida cultural da comunidade, etc”. (GABRIEL, 2005, p. 257)

<sup>7</sup> “Por meio do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, os Estados ficaram comprometidos com a promoção de direitos tais como o direito à vida, o direito a julgamento justo, o direito à igualdade perante a lei, a liberdade de movimento, as liberdades de opinião e expressão, o direito à reunião pacífica, etc”. (GABRIEL, 2005, p. 257)

<sup>8</sup> “A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de consequência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Antes disso, a proteção ao homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter *geral* (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos), como de caráter *específico* (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.)”. (MAZZUOLI, 2000, p. 02).

A ideia de que o Estado é uma ilha isolada do ordenamento internacional é postura ultrapassada e não condizente com o desenvolvimento dos direitos humanos, conforme bem leciona Cançado Trindade (TRINDADE, 1991, p. 3-4):

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’. Esta última (equiparável ao chamado ‘domínio reservado do Estado’) afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados) e como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais.

Há autores, como Peter Häberle, que sustentam que os Estados modernos incrementam cada vez mais suas relações internacionais e supranacionais, fomentando o surgimento de um novo modelo de Estado, o chamado “**Estado Constitucional Cooperativo**”<sup>9</sup>, fundamentado na cooperação nos planos econômico, social e humanitário.

---

<sup>9</sup> “‘Estado Constitucional Cooperativo’ é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das re-

Segundo Häberle, o “Estado constitucional *cooperativo* se coloca no lugar do Estado constitucional *nacional*. Ele é resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, e desenvolve com ela e nela o ‘direito comum de cooperação’. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição torna-se internacional!” (HÄBERLE, 2007, p. 71). Para o autor, o Estado Constitucional Cooperativo não é apenas uma possível forma (futura) de desenvolvimento do tipo ‘Estado Constitucional’; segundo o autor, ele já assumiu conformação clara na realidade e é uma forma de estabilidade legítima do amanhã (HÄBERLE, 2007, p. 05).

No âmbito do Estado Cooperativo, os direitos humanos passam a exercer significativa importância, vez que foram um dos principais objetivos de proteção pelas Nações Unidas no mundo pós-guerra, e hoje podem ser visualizados sob um duplo aspecto: a universalidade e a indivisibilidade<sup>10</sup>.

Diz-se **universal** “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição” (PIOVESAN, 1999, p. 92); e **indivisível** “porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e

---

lações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade”. (HÄBERLE, 2007, p. 04).

<sup>10</sup> Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, dispõe no seu parágrafo 5º que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade” (PIOVESAN, 1999, p. 92).

No direito internacional, à semelhança da dogmática constitucional emancipatória em contraposição à dogmática das razões de Estado que negligencia o espaço societário extraestatal (CLÈVE, 2003, p. 17-31), defendemos uma dogmática convencional emancipatória em contraposição à dogmática das razões da soberania do Estado, um Estado que negligencia o espaço societário internacional, que resistência em reconhecer as possibilidades que advém da principiologia e da supranacionalidade em matéria de direitos humanos.

Nessa perspectiva, não há dúvida de que o ser humano é sujeito de direitos na esfera internacional e sua finalidade última. Trata-se da irretocável lição do Professor Celso D. de Albuquerque Mello (1976, v. 1, p. 416), *verbis*:

O direito, seja ele qual for, dirige-se sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar a vida entre os homens. Ele é produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno de socialização que se manifesta em todos os ramos do Direito.

Não é por outra razão que o eminente Min. Celso de Mello averbou

que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa

humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida em sucessivas declarações e pactos internacionais como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais. (HC n. 87585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03/12/2008)

O presente texto tem por função discutir a natureza jurídica e como são recepcionados pelo direito pátrio os tratados e convenções sobre direitos humanos, buscando formular um entendimento a respeito de sua força normativa, especialmente após a promulgação da EC n. 45.

## **2 DA HIERARQUIA INTERNA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

No tocante à hierarquia das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, surgiram quatro posicionamentos: (i) a tese da hierarquia supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos<sup>11</sup>; (ii) a tese da hierarquia constitucional<sup>12</sup>; (iii) a tese da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional<sup>13</sup>; e (iv) a tese da igualdade entre tratado e a lei<sup>14</sup>.

O primeiro entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal afirmava que os tratados eram recepcionados pelo ordenamento

---

<sup>11</sup> Cf. Mello, 1999, p. 25

<sup>12</sup> Dentre outros: Piovesan, 1996.

<sup>13</sup> Atual posicionamento do STF assumido após o julgamento do RE 466.343-1.

<sup>14</sup> Anterior jurisprudência do STF.

interno com força de lei ordinária<sup>15</sup>. Aduzia-se que, caso os tratados tivessem força de norma constitucional, eles acabariam por modificar a própria Constituição.

Nesse sentido, o então Ministro do STF, José Carlos Moreira Alves (1998), chegou a afirmar que a norma prevista no § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, somente teria aplicabilidade para os tratados firmados antes de 1988<sup>16</sup> e que eles seriam recepcionados com força de lei ordinária.

---

<sup>15</sup> O entendimento do STF a respeito da matéria foi assim resumida por Mazzuoli: “a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusos os de direitos humanos) têm nível de lei ordinária –, o julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Min. Celso de Mello, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Em relação à posição minoritária do STF, destacam-se os votos dos Ministros Carlos Velloso, em favor do status constitucional dos tratados de direitos humanos (v. HC 82.424-2/RS, relativo ao famoso “caso Ellwanger”, e ainda seu artigo ‘Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal’, já cit., p. 39), e Sepúlveda Pertence, que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestando: ‘Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (v. RHC 79.785- RJ. In: Informativo do STF, no 187, de 29.03.2000)” (MAZZUOLI, 2005, p. 112).

<sup>16</sup> O posicionamento do Min. Moreira Alves foi corretamente criticado por Mazzuoli (2005, p. 236), *in verbis*: “Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógica, e muito menos jurídica, uma tal colocação. Aliás, enten-

Com absoluto respeito que se possa externar ao pronunciamento da mais alta Corte do país, verifica-se que aceitar-se o referido posicionamento é criar-se a figura de “direitos e garantias de segunda classe”. Pois, se “a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor” (MAZZUOLI, 2005, p. 236).

Por outro lado, se é certo que os tratados não podem revogar a Constituição, é mais correto ainda afirmar que, existindo conflito entre eles, deverá prevalecer aquele que mais favoreça o ser humano<sup>17</sup>, tornando efetivos os seus direitos fundamentais.

Como se observa, a norma prevista no parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal, retrata uma *fattispecie* aberta, servindo de porta de entrada para que outros direitos e garantias não expressamente referidos pela Carta Magna, adentrem ao rol de direitos fundamentais. É o que a melhor doutrina internacional identifica como “**princípio da não identificação**” ou da “**cláusula aberta**”<sup>18</sup>.

---

dendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988 somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental (Cf. BARROSO, 1999, p. 30).

<sup>17</sup> Para Ingo W. Sarlet (2007, p. 347), “na dúvida impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*)”, com a ressalva de sua possível relativização como condição de princípio fundamental.

<sup>18</sup> “O n. 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração

O referido dispositivo “consagra expressamente o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de que o rol dos direitos expressamente consagrados como fundamentais pelo constituinte, apensar de analítico, não tem caráter exaustivo” (SARLET, 2007, p. 339).

Com isso, constata-se que os direitos e garantias expressos na Carta Magna **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. Nesse sentido:

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu ‘bloco de constitucionalidade’ (Mazzuoli, 2000, p. 32). Se-

---

aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais” (MIRANDA, 1998, p. 153).

---

gundo o magistério de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, à expressão 'não excluem' constante do parágrafo 2º do art. 5º da Carta Magna brasileira 'não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas têm valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega' (Pereira, 1993, p. 117, 121). E assim o fazendo, o status do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional (MAZZUOLI, 2005, p. 237).

Por outro lado, a leitura isolada do dispositivo em comento<sup>19</sup> poderia sugerir uma interpretação restritiva, onde se admitisse uma exegese no sentido de que instrumentos internacionais diversos dos tratados (os pactos e convenções, por exemplo), estariam excluídos da abertura material dada aos direitos fundamentais. Como se verá abaixo, trata-se de entendimento incompatível com a melhor interpretação dada ao termo "tratado" referido no texto constitucional:

---

<sup>19</sup> **CF, art. 5º, §2º:** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.** (grifei).

Em primeiro lugar, no que diz respeito a exegese do termo tratados (agora também convenções, a teor do art. 5º, § 3º) internacionais, de que se valeu o constituinte de 1988 (art. 5º, § 2º), frise-se, em caráter sumário, que a despeito da falta de previsão terminológica e da diversidade de expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não se verifica critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais, existe certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo ‘tratados internacionais’ engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera ‘tratado’ um termo genérico, ‘significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Na definição de José Francisco Resek, em sua conhecida obra sobre o Direito dos Tratados, ‘tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos, não importando – para efeitos de sua caracterização – o rótulo utilizado, uma vez que, em sendo mero instrumento deve ser identificado por seu processo de produção e pela forma final. Assim, mesmo por meio de uma interpretação estritamente literal (que considera as expressões tratados, convenções, pactos etc, como sinônima), já é possível evitar consideravelmente uma diminuição do alcance da abertura material do

catálogo relativamente aos direitos fundamentais oriundos do direito internacional (SARLET, 2007, p. 340-341).

Assim, os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos devem ser vistos como limitador da competência de cada Estado-Membro. Trata-se de posição assumida por Clèmerson Merlin Clève (1997, p. 527), Ada Pellegrine Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>20</sup> e também por Mazzuoli (2005, p. 233-234):

Nesse diapasão, dispõe o art. 29 ('Normas de interpretação') do Pacto de San José da Costa Rica que: 'Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...'. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que de resto já foi, ainda que brevemente, estudada, tem, como já se viu, dispositivo expresso a respeito no seu art. 27, que assim dispõe: 'Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado'. A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4, que 'as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional'. A Declaração do México, firmada aos 6 de março

---

<sup>20</sup> Ver **Boletim do IBCCrim**, edição especial, n. 42, jun./ 1996, p. 01.

de 1945, dispõe no item primeiro que 'o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados'. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948, estabelece, no seu art. 5º, letra a, que 'o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas'; no art. 7º, ademais, prescreve que 'todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional', ao passo que, nos arts. 9 e 10, repete os dizeres dos arts. 3 e 6 da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevideu aos 26 de dezembro de 1933, que traz disposição no sentido de que 'o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional' (art. 3º), o que significa reconhecer o *primado do direito internacional* como limitador do exercício das competências do Estado. Com isso, assentou-se a posição de que a *primazia* dos tratados internacionais sobre o direito interno constitui-se um *princípio* de Direito Internacional.

### 3 DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Com efeito, além de integrarem o rol de normas constitucionais, os tratados sobre direitos humanos têm reconhecida a sua **aplicabilidade imediata**, conforme reza o mesmo art. 5º da Constituição Federal, agora no seu parágrafo primeiro e, uma vez incorporados, passam a incorporar a natureza de cláusulas pétreas. Destacamos:

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, dessa forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. (...). Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV). É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Isso porque o §1º do art. 5º da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. (MAZZUOLI, 2005, p. 233-234).

No mesmo sentido, encontramos o posicionamento de Flávia Piovesan (1997, p. 106-107), para quem:

(...) em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação. (...) Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automá-

tica plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Esta sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o Direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna.

O mesmo entendimento ainda espelha-se em Ingo W. Sarlet (2007, p. 345-346):

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. Ainda no que concerne à força dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas

normas pelos poderes públicos (art. 5º, §1º da CF). além disso, é de cogitar-se do fato de estes direitos fundamentais de matriz internacional estarem sujeitos à proteção das assim denominadas 'cláusulas pétreas' de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina. (...).

#### 4 DO ATUAL POSICIONAMENTO DO STF

É importante ressaltar que o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a força interna dos tratados de direitos humanos (RE n. 80.004/SE, j. 01.06.1977) restou modificado à partir do julgamento do RE 466.343-1, Rel. Min. Cezar Peluso e do HC n. 87.585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, ambos julgados em 03-12-2008, respectivamente ementados:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento

mento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

O Min. Gilmar Mendes conduziu voto que hoje representa o posicionamento majoritário do STF, atribuindo a qualidade de norma supralegal aos tratados de direitos humanos<sup>21</sup> (repisando o antigo posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence quando do julgamento do RHC 79.785/RJ, j. 29/03/2000) e não admitindo o caráter constitucional aos tratados aprovados anteriormente à EC n. 45/04, a qual acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal<sup>22</sup>.

Para Mendes, os tratados de direitos humanos exercem um “efeito paralisante” sobre toda a legislação infraconstitucional que com eles seja conflitante e, uma vez aprovados na forma prevista pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal, passam a ter o status de emenda constitucional.

---

<sup>21</sup> “(...). Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”. (HC 87.585/TO).

<sup>22</sup> Para Mendes, a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF, “trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais” (RE 466.343-1).

## 5 DO CONFLITO ENTRE TRATADOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Assim, uma questão ainda resta a ser explorada. Existindo a possibilidade da Constituição Federal e um tratado regularem a mesma hipótese fática, ou, propiciarem uma interpretação diversa sobre a aplicabilidade de um dado princípio, qual deles prevalecerá?

Para tanto, primeiramente faz-se necessária uma explicação sobre o que seja a teoria monista e a teoria dualista. Segundo os adeptos da última teoria (**dualista**), o sistema internacional é totalmente divorciado do sistema nacional, o que não ensejaria a possibilidade de conflito entre eles, vez que distintas as esferas de atuação. Assim, para que um tratado pudesse produzir efeitos no direito interno, ele deveria restar materializado em uma lei, decreto, norma constitucional, etc., que lhe desse “recepção”<sup>23</sup>, eis que a simples ratificação seria insuscetível de desencadear qualquer ato de força<sup>24</sup>. Ao Estado signatário existiria ape-

---

<sup>23</sup> Sobre o instituto da recepção, são elucidativas as palavras de Luiz Ivani e Amorim Araújo: “(...) as normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da recepção, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas” (ARAÚJO, 1997, p. 44).

<sup>24</sup> “Foi Alfred von Verdross que, em 1914, cunhou a expressão “dualismo”, a qual foi aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a esse ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. Em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos. Por isso é que esses compromissos exteriores, para os dualistas, não têm o condão de gerar efeitos automáticos na

nas o dever moral de espelhar a regra tratado no tratado em seu direito interno, e o seu descumprimento ensejaria sua responsabilização no plano internacional.

Por sua vez, para os **monistas**, os tratados internacionais pactuados teriam autoaplicabilidade no direito interno, sem a necessidade da existência de outro diploma legal que lhe adjetivasse “recepção”. Os monistas dividem-se em duas correntes: (i) o **monismo internacionalista**; e o (ii) **monismo nacionalista**. Enquanto a primeira corrente sustenta o primado da ordem internacional, tendo em Hans Kelsen e Verdross seus principais autores; a segunda defende a soberania do direito nacional de cada Estado e que a adoção do direito internacional seria uma mera faculdade discricionária. Encontramos em Spinoza e Hegel seus principais idealizadores<sup>25</sup>.

---

ordem jurídica interna do país, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno: uma lei, um decreto, uma lei complementar, uma norma constitucional etc”. (MAZZUOLI, 2000, p. 180).

<sup>25</sup> Sobre a correta diferenciação entre as correntes monistas, merece pronta transcrição o pensamento de Mazzuoli (2000, p. 181): “Os monistas dividem-se em duas correntes: a) uma (monismo internacionalista), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem esse posicionamento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de Direito Interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos; b) já a outra corrente (monismo nacionalista) apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Os monistas defensores do predomínio interno dão, assim, ‘relevo especial à so-

A despeito da posição adotada num primeiro momento pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que os tratados e convenções teriam a mesma força das leis ordinárias (RE n. 80.004/SE) e que uma vez operado conflito entre elas deveria prevalecer a lei especial ou a lei mais recente – *lex posterior derogat priori*<sup>26</sup> – (que em quase todos os casos era a lei nacional<sup>27</sup>), entendo por correto que a melhor teoria que dirime o conflito entre a normatização internacional e a nacional é a teoria da “**primazia da norma mais benéfica ao ser humano**”<sup>28</sup>.

Primeiramente, identificamos que o próprio Pacto de San José da Costa Rica veda a restrição por qualquer Estado signatário do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidas na Convenção<sup>29</sup>, norma

---

berania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, dessarte, ao culto da constituição (sic), estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras’, vertente essa influenciada pela filosofia de Spinoza e de Hegel, defensor da soberania absoluta do Estado, seguida também por Wenzel e Chailley”.

<sup>26</sup> Nesse sentido: RE 114.784, RTJ 126/804; RE 113.156, RTJ 124/347.

<sup>27</sup> Precedentes: RE 71.154-PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 04.08.1971; e RE 80.004-SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, de 1.6.1977; HC 77.631-5. Segundo Amélia Gabriel, “a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o “critério cronológico + especialidade”, não obstante o posicionamento em contrário de alguns magistrados”

<sup>28</sup> Trata-se, inclusive, da posição assumida pelo Min. Joaquim Barbosa quando do julgamento do RE 466.343-1, *in verbis*: “Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo”.

<sup>29</sup> **Art. 29.** Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exer-

que deveria ser utilizada como norte para a correta definição do direito aplicável em caso de eventual conflito.

No mesmo sentido, encontramos disposição expressa no Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 5º, 2), que dispõe:

Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

É o que igualmente dispõe a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969:

Art. 27 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado<sup>30</sup>.

Secundariamente, vemos que a Constituição Federal, em seu art. 5º, § 2º dá primazia especial aos tratados sobre direitos humanos, os quais são recepcionados imediatamente (*self-execution*) e com força de norma constitucional material (cláusula pétreia – CF, art. 60, §4º., inciso

---

cício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes (...).

<sup>30</sup> Sobre a força obrigatória dos tratados e convenções, assim manifesta-se Amélia Gabriel (2005, p. 255): “A regra circunscrita na máxima *pacta sunt servanda* consiste em norma *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do direito internacional, de posição hierárquica superior em relação a qualquer outra, conforme a doutrina de Hans Kelsen (1926), e, portanto, situa-se num patamar superior ao direito interno de qualquer Estado. Daí o tratado internacional não poder ser descumprido por alegação de direito interno, dada a prioridade do Direito Internacional sobre a jurisdição interna”.

IV) diferenciando-o assim dos demais tratados travados sobre matéria diversa. Destaco:

O direito brasileiro, portanto, fez opção por um sistema diferenciado, combinando regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais, que não dispõem sobre direitos humanos. Os tratados internacionais de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já os demais tratados (tratados tradicionais), além de apresentarem natureza infraconstitucional nos termos do artigo 102, III, *b*, da Constituição (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno. Como bem explica Flávia Piovesan, o tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional de 1988, 'justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados (MAZZUOLI, 2000, p. 187).

Assim, a partir da ratificação do tratado, já teremos a eclosão de seus efeitos tanto no plano internacional como no interno, adotando-

se assim a teoria do monismo internacional, refutando-se, por inadmissível, a tese dualista<sup>31</sup>.

Outrossim, uma vez ser da própria essência da Carta Magna a prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4, II) e, uma vez que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados, não há dúvida da prevalência dos tratados internacionais que tratam de matéria humanística. Nesse sentido, é mais uma vez salutar a tese exposta por Mazzuoli (2000, p. 189):

O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados internacionais, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros 'decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados'. Um dos *princípios* constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, é o princípio da *prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º, II). Ora, se é *princípio* da República Federativa do Brasil a *prevalência dos direitos humanos*, a outro entendimento não se pode chegar senão o de que todo tratado internacional de *direitos humanos* terá *prevalência*, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica,

---

<sup>31</sup> É o que reza o jurista Celso Ribeiro Bastos: "Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a inovação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais". (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 396).

que não pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos.

Por conseguinte, existindo conflito entre a norma internacional que regulamenta direitos humanos e a Constituição Federal, **deve prevalecer a regra que melhor garanta os direitos da vítima**. Trata-se do posicionamento da melhor doutrina espelhada na lição de Cançado Trindade (1991, p. 3-4):

No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana.

A primazia da norma mais favorável de forma alguma afronta à Constituição Federal, pelo contrário, lhe dá efetivo cumprimento e possibilita a aplicação do princípio reitor da dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>, evitando, inclusive, um suposto conflito entre instrumentos normativos,

---

<sup>32</sup> É o que leciona mais uma vez Mazzuoli (2000, p. 191): “Em que pesem as opiniões contrárias, a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados. De ver-se que o próprio Título I da Carta da República, em que se insere o art. 4º, § 2º, já citado, é intitulado ‘Dos Princípios Fundamentais’. A dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), protegida por esses princípios, sobrepairá acima de qualquer disposição em contrário, limitativa de seu exercício. No atual contexto da ‘era dos direitos’ de Bobbio, não há mais falar-se sobre a já superada polêmica entre monistas e dualistas, no que diz respeito à proteção dos human rights. ‘No presente domínio de proteção’ – como bem disse o Prof. Cançado Trindade –, ‘a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas”.

reiterando ainda entendimento já pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 6 DO “EFEITO PARALISANTE” E CRÍTICA QUANTO À TESE DA SUPRALEGALIDADE

Por essas e outras razões, com todo o respeito, não se pode aceitar o posicionamento do Min. Gilmar Mendes quando advoga a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, pois, além de destoar da melhor doutrina e jurisprudência (inclusive do próprio STF) sobre o tema<sup>33</sup>, acaba por não explicar (devidamente) o chamado “efeito para-

---

<sup>33</sup> A aplicação do princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição já havia sido reconhecido pelo STF quando do julgamento da ADIn n. 939-7 (DJ, 18/03/1994). Ademais, a aplicação do princípio *tempus regit actum* já foi utilizado em vários julgamentos para admitir a recepção de leis ordinárias como leis complementares. A partir disso, adverte Maliska (2008, p. 116): “A preocupação do Supremo Tribunal Federal em garantir o Princípio da Supremacia da Constituição é bem-vinda e deve ser mantida nas relações em que o país, cada vez mais, vem travando no plano internacional. No entanto, a questão, a saber, é se não haveria como garantir essa supremacia, dando plena eficácia ao disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, conferindo aos Tratados de Direitos Humanos já ratificados a condição de, se não formalmente fundamentais em virtude da Emenda Constitucional n. 45, por força da cláusula *tempus regit actum*, ao menos como materialmente fundamentais, uma vez que pertencem ao ‘corpo fundamental da Constituição’ (SARLET, 2007, p. 93)”. No mesmo sentido, encontramos a doutrina de Paulo R. Schier, in verbis: “Neste caso, a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação (procedimento de integralização de tratados), devam assumir, a partir deste momento, automaticamente, *status* de emendas constitucionais. Ou seja, simetricamente ao que sucede no plano do direito infraconstitucional, onde se reconhece, por exemplo, que normas de direito tributário produzidas regularmente em face do adequado procedimento previsto em Constituição anterior são recepcionadas, por conta do *tempus regit actum*,

lisante”<sup>34</sup> dos tratados de direitos humanos em relação à legislação infraconstitucional e a própria eficácia das normas constitucionais. É o que, com sabedoria, nos alerta Maliska (2008, p. 119):

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

---

pela atual Constituição, com o status de leis complementares (procedimento previsto na atual CF), não será temeroso sustentar que os tratados internacionais de direitos humanos produzidos anteriormente à EC 45, com observância ao procedimento de recepção então em vigor, sejam, após tal emenda constitucional, alçados ao status constitucional (isto, evidentemente, para aqueles que, antes da EC 45, não aceitavam a tese do bloco de constitucionalidade; aos que aceitavam esta tese, por óbvio, mesmo anteriormente os tratados de direitos humanos já eram dotados de hierarquia constitucional (SCHIER, 2007, p. 510).

<sup>34</sup> Segundo Gilmar Mendes, “diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei n. 911, de 1º de outubro de 1969”. (RE n. 466.343-1)

ção de instrumentos normativos infraconstitucionais. (...) Se formalmente o Tratado está subordinado à Constituição, não há que se falar em efeitos impeditivo, mas em inconstitucionalidade do Tratado, Ou o Tratado está em nível constitucional, assim a interpretação favorável a ele é dada pela maior deferência aos direitos humanos que confere o documento internacional se comparado como texto interno, ou o Tratado está em nível infraconstitucional, sendo inconstitucional por violação ao disposto na Constituição. Aqui a hierarquia tem preferência sobre a regra da aplicação mais benéfica. A tese do efeito impeditivo somente é possível nas hipóteses de cláusulas abertas da Constituição, em que o contudo é dado pela legislação infraconstitucional, pois estando o tratado em hierarquia superior à da lei, o legislador ordinário estaria vinculado ao disposto no documento internacional. Quando o texto do Tratado se confronta com o texto da Constituição, está diante de uma inconstitucionalidade.

Na América Latina, encontramos nas Constituições de vários países uma normatização que vai ao encontro do que dissemos acima, merecendo pronto destaque a Constituição da Venezuela, que em seu artigo 23 dispõe que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados por aquele país, “têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público”.

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais a respeito dos direitos humanos, destacando-se a Convenção para a Preven-

ção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). Ainda, e agora no âmbito interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Assim, antes de se olhar cegamente para o cenário legislativo nacional, deve o aplicador do direito dar especial atenção aos diplomas internacionais relativos aos direitos humanos, os quais, por força ao art. 5º, §2º da Constituição Federal, fazem parte do chamado “**bloco de constitucionalidade**” e geram uma dupla fonte normativa de mesmo plano de eficácia e igualdade.

Porém, infelizmente, a falta de conhecimento do direito internacional e o próprio desprestígio nos bancos acadêmicos das matérias atreladas ao seu estudo fazem com que as normas internas acabem

sendo aplicadas em detrimento das normas internacionais atreladas aos direitos humanos<sup>35</sup>.

## 7 DA EC N. 45/04 E O ART. 5º, § 3º DA CF

Como último ponto a ser analisado no presente trabalho, trazemos a lume a questão surgida com a EC n. 45, de 08/12/2004, a qual acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

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

Anteriormente à promulgação da EC n. 45, os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados por meio de Decreto Legislativo, por **maioria simples** (CF, art. 49, I) e posteriormente ratificados pelo Presidente da República.

O novo parágrafo inserido no artigo 5º da Constituição Federal, além de destoar da normatização adotada por outros países latino-americanos, ressuscita o legado (já ultrapassado) da chamada “soberania absoluta”, deixando em aberto a discussão a respeito da natureza

---

<sup>35</sup> Essa é a crítica apontada por Fernando Luiz Ximes Rocha (1996, p. 78): “O certo é que, inobstante as freqüentes celebrações de tratados e convenções internacionais, estes são pouco invocados em nossa comunidade jurídica, ora pelo próprio desconhecimento dos textos aludidos ora por ignorar-se o alcance de sua força normativa no âmbito do direito interno. Com efeito, como já se disse, é preciso chamar a atenção para a necessidade de recuperar o prestígio do direito internacional nos bancos acadêmicos, a fim de que as normas internacionais, principalmente as pertinentes aos direitos humanos, possam ser efetivamente conhecidas e aplicadas”.

jurídica dos tratados sobre direitos humanos que não forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros<sup>36</sup>.

A bem da verdade, a EC n. 45 contribuiu para o surgimento de uma série de questionamentos a respeito da força normativa dos tratados de direitos humanos, dificultando ainda mais a pacificação quanto ao entendimento da temática. Nesta linha, transcrevo as “angústias” de Paulo Ricardo Schier (2007, p. 510):

(i) Se o Congresso poderá optar por qual procedimento irá deliberar a recepção dos tratados de direitos humanos? (ii) Se optar pela deliberação através do procedimento do § 3º, do art. 5º, e não atingir o quorum de 3/5, o tratado será considerado rejeitado? (iii) Ou se, deliberando pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, e não atingir o quorum de 3/5, mas receber adesão da maioria simples, será incorporado com hierarquia constitucional? (iv) Se a deliberação pelo procedimento tradicional, e não por aquele criado no § 3º, sepultará o teor do §2º, do art. 5º, na medida em que, em tese, recepcionado então em âmbito infraconstitucional, os direitos previstos no tratado não se submeterão ao regime especial dos direitos humanos? (v) Se, pela proximidade (identidade) procedimental, a deliberação através da forma do § 3º estaria sujeita às

---

<sup>36</sup> Muitos juristas se manifestaram contrariamente à redação dada ao parágrafo terceiro, destacando-se Mazzuoli e Flávia Piovesan. Segundo a autora, “seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional” (PIOVESAN, 2006, p. 72).

limitações formais ao poder constituinte derivado? (vi) Se a aprovação pelo procedimento do § 3º importaria a promulgação direta pelas Mesas da Câmara e do Senado, assumindo forma de emenda e perdendo a forma de tratado incorporado ou, se após a promulgação, seria ainda exigível a ratificação do tratado-emenda através do seu depósito?

E os tratados anteriormente ratificados (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, etc.), perderiam a sua natureza jurídica de norma constitucional? As mesmas incertezas são levantadas agora por Mazzuoli (2005, p. 100):

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece. A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa

matéria, serem aprovados sem esse *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que poderão preferir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. (...). O nosso poder reformador, ao conceber esse § 3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional ‘resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional’), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria ‘categorias’ jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Com efeito, a despeito de possível (e errônea) interpretação que se possa dar a respeito dos tratados de direitos humanos firmados e vigentes antes 08/12/2004, não há dúvida em afirmar que a alteração constitucional em nada desconstituiu o que foi fundamentado acima, ou seja, de que os tratados de direitos humanos permanecem dispendo de natureza jurídica de norma constitucional e com vigência imediata, fazendo-se prevalecer uma interpretação condizente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos<sup>37</sup>. Vale conferir, nesse sentido, a destacada doutrina de Celso Lafer (2005, p. 15-18):

No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º, do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais. Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, §2º, da

---

<sup>37</sup> “Certo está que não há que se falar em retroatividade de norma, conforme asseguram o art. 5º, XXXVI, da CF e o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõem que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. (GABRIEL, 2005, p. 263).

CF, o novo §3º que diz: 'Os tratados de convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais'. O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente (...) este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º. Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como já foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo § 3º do art. 5º. Há, no entanto uma situação jurídica de di-

reito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica sem o 'quorum' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos tempos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido. Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos consti-

tucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro e a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º., na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer 'a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional'.

O mesmo entendimento é adotado por Flávia Piovesan (1997, p. 73-74), ao acrescentar que:

(...) Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quorum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O 'quorum' qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fun-

damental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu 'quorum' de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura de outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratamento complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro. (...) Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro. Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º §3º, vem a reconhecer, de modo explícito, a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos huma-

nos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pelo elevado 'quorum' de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter 'status' formal de norma constitucional tão-somente pelo procedimento de sua aprovação. (...). Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Assim, o *quorum* referido no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal deve ser entendido unicamente como requisito para atribuir-se eficácia **formal** aos tratados sobre direitos humanos, vez que a qualidade **material** já teria sido atribuída pelo parágrafo segundo do mesmo dispositivo constitucional<sup>38/39</sup>.

---

<sup>38</sup> Para Mazzuoli (2005, p. 106), "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".

<sup>39</sup> Em sentido contrário, ou seja, entendendo que a adoção do *quorum* qualificado é compulsória, encontramos o posicionamento de Ingo W. Sarlet. Segundo o autor, a adoção do *quorum* qualificado sedimentaria aos tratados a

Desta forma, ou seja, com a aprovação qualificada, o tratado passa a “a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional” e “não poderão ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional)” (MAZZUOLI, 2005, p. 106).

Mazzuoli faz a correta diferenciação entre “**status de norma constitucional**” para os tratados ratificados na forma do parágrafo segundo do art. 5º da CF, os quais são materialmente constitucionais; e, “**equivalência às emendas constitucionais**” para os tratados aprovados na forma do parágrafo terceiro do mesmo artigo, os quais serão

---

hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado e fortaleceria a legitimação democrática desses direitos e a posição ocupada pelo Brasil frente a comunidade internacional. Outrossim, uma vez aprovados (cogentemente) na forma prevista no § 3º do art. 5º, os tratados seriam insuscetível de reforma por nova emenda constitucional e se acabaria com o dilema a respeito de “tratados de segunda classe”. Assim conclui o autor: “Assim, se é certo que comungamos do entendimento de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) em entendendo de modo diverso, tivesse se limitado a expressamente chancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta esta formulada, nestes termos, por Valério Mazzuoli), também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que um posterior alteração do próprio §3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara” (SARLET, 2007, p. 356).

formal e materialmente constitucionais, tendo força inclusive para reformar a Constituição Federal:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm 'status' de norma constitucional, em virtude do disposto no §2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional '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', pois, na medida em que a Constituição 'não exclui' os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do §3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo 'quorum' que lhes impõe o referido parágrafo. Aliás, o §3º do art. 5º em nenhum momento atribui 'status' de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais' não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. O

que se deve entender é que o 'quorum' que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico 'materialmente' constitucionais que eles já têm em virtude do §2º do art. 5º da Constituição. O que é necessário atentar é que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para quê serviria a regra insculpida no §3º do art. 5 da Carta de 1988, senão para atribuir 'status' de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? A diferença entre o §2º, in fine, e o §3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do §2º do art. 5º, os tratados internacionais (de direitos humanos) em que a República Federativa do Brasil seja parte, são, a 'contrario sensu', incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o 'status' de norma constitucional e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais ('bloco de constitucionalidade'); já nos termos do §3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo 'quorum' qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais. (...)'. A relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida por esta norma é de 'equivalência' e não de 'igualdade', exatamente pelo fato de 'tratado' e 'norma interna' serem coisas desiguais, não tendo a Constituição pretendido dizer que 'A é igual a B', mas sim que 'A é equivalente a B', em nada influenciando no 'status' que tais tratados podem ter independentemente de aprovação

qualificada. Falar que um tratado tem 'status de norma constitucional' é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é 'equivalente a uma emenda constitucional', o que significa que nesse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Assim, o que se quer dizer é que o regime 'material' (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime 'formal' (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, 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 (MAZZUOLI, 2007, p. 694-695).

A par de tudo o que foi dito, não podemos olvidar que os direitos humanos representam uma limitação (global) ao poder do Estado e nenhum tipo de barreira pode ser admitida de forma a limitar o seu legi-

timo exercício, restando assim desnecessária qualquer tipo de discussão a respeito da prevalência do direito interno ou internacional. É o que reafirma Amélia Gabriel (2005, p. 262):

Com o sistema global de direitos humanos, descartou-se, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas. (TRINDADE, 1999, p. 88). Assim, levando-se em consideração a supremacia das normas internacionais de direitos humanos, elas só cederão espaço para a norma de direito interno que for mais benéfica ao indivíduo.

## CONCLUSÃO

Por fim, vemos que a novel regra prevista no parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição, não desnatura o chamado “status constitucional” dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive os já ratificados pelo Brasil em data anterior à promulgação da EC n. 45, eis que já integravam o chamado “bloco de constitucionalidade”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> O chamado “bloco de constitucionalidade” corresponde a “um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de inte-

Assim, conclui-se: **(i)** os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados (*tempus regit actum*), inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de norma constitucionais materiais, de acordo com a interpretação dada ao §2º do art. 5º da Constituição Federal; **(ii)** os tratados internacionais de direitos humanos aprovados entre a promulgação da Constituição de 1988 e a EC n. 45, de 08/12/2004, são igualmente considerados materialmente constitucionais (CF, art. 4º, inciso II e art. 5º, § 2º); por fim, **(iii)** os tratados internacionais de direitos humanos aprovados posteriormente à EC n. 45, de 08/12/2004, serão considerados desde já materialmente constitucionais, vez que fazem parte do chamado “bloco de constitucionalidade” (CF, art. 4º, inciso II e art. 5º, § 2º) e poderão ser formal e materialmente constitucionais, com equivalências às emendas constitucionais, desde que aprovados nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**. [S.l. : s.n.], n. 736, fev. 1997, p. 527.

---

gração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro e a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade” (LAFER, 2005, p. 18).

CLÈVE, C. M. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. **Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**. México DC: UNAM, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. vol. 1. 2. ed.M rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GABRIEL, Amelia Regina Mussi. Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. São Paulo: Renovar, 2007.

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

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 37, n. 147, jul./set. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constituição e incorporação automática dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 4. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 1, p. 416.

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

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: [s.n.], 51/52, jan./dez. 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

ROCHA, Fernando Luiz Ximes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 130 abril/jun. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Merlin Clève; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. São Paulo: 2008.

---

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

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

Recebido em: 11/10/2011

Pareceres emitidos em: 11/11/2011 e 15/11/2011

Aceito para a publicação em: 16/11/2011