

O STATUS HIERÁRQUICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E AS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA ATRIBUIÇÃO DE QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL OU SUPRALEGAL

THE STATUS HIERARCHY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE PRACTICAL IMPLICATIONS OF ALLOCATION OF CONSTITUTIONAL OR SUPRALEGAL QUALIFICATION

Michelle de Freitas Vaz¹

Raquel Torres Gontijo²

RESUMO

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro não foi definida expressamente pela Constituição Federal de 1988, o que ainda, atualmente, enseja calorosos debates tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial.

Em decorrência desta omissão do legislador constituinte, foram desenvolvidas diversas teorias as quais buscam determinar o status hierárquico das convenções que versam sobre direitos humanos no sistema jurídico nacional, as quais são: teoria supranacional, constitucional, supralegal e legalista.

Neste sentido, no presente trabalho, após tecer breves considerações acerca do processo de conclusão dos tratados nos cenários internacional e interno, serão exploradas cada uma dessas teses, buscando verificar qual mostra-se mais adequada ao paradigma brasileiro e qual oferece maior efetividade no tocante a proteção dos direitos humanos.

Posteriormente, serão analisadas diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de constatar a adoção de determinado posicionamento em relação à matéria.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna, servidora do Ministério Público Estadual de Minas Gerais e professora de Direito Constitucional e Internacional da Instituição Aloe Cursos Preparatórios/Unicenter.

² Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora da Universidade de Itaúna e da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Bom Despacho (UNIPAC Bom Despacho).

Ademais, serão abordadas implicações práticas decorrentes da escolha da teoria constitucional ou supralegal para atribuição do status dos tratados de direitos humanos no Brasil, bem como será discutida a possibilidade de denúncia dos referidos acordos.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do presente estudo e as referências nas quais estas se fundamentaram.

ABSTRACT

The hierarchy of international human rights treaties in the Brazilian legal system was not expressly defined by the Constitution of 1988, which still currently gives rise to heated debates in both doctrinal as judicial seat.

As a result of this omission of the constitutional legislator, several theories have been developed which seek to determine the hierarchical status of the conventions that deal with human rights in the national legal system: supra-constitutional, supra-legal and legalistic theory.

In this sense, the present work, after weaving brief remarks about the conclusion of treaties in international and domestic case scenarios will be explored each of these theses, seeking to find what seems more appropriate to the Brazilian paradigm and which offers greater effectiveness with regard to protection of human rights.

Later, will be analyzed various decisions rendered by the Supreme Court, in order to observe the adoption of particular placement in relation to the matter. In addition, will be discussed the practical implications of the choice of constitutional or supra-legal theory for assigning the status of human rights treaties in Brazil and will be discussed the possibility of termination/denunciation of such agreements.

Finally, we present the conclusions of this study and the references on which these were based.

PALAVRAS-CHAVE: tratados internacionais de direitos humanos; hierarquia; status constitucional; status supralegal.

KEY-WORDS: human rights treaties; hierarchy; constitutional status; supra-legal status.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude da antiguidade dos tratados como instrumento de criação de direitos e obrigações entre os Estados, a sua definição não apresenta relevantes dissonâncias na doutrina internacional³, podendo ser entendido como um acordo celebrado entre Estados e/ou Organizações Internacionais de Direito Público, agindo nesta qualidade, regido pelo Direito Internacional, que visa a gerar efeitos jurídicos.⁴

De modo geral, embora não estejam vinculados a um processo rígido de conclusão, as convenções internacionais obedecem a determinados parâmetros fixados pelas normas costumeiras, as quais, em relevante medida, encontram-se previstas nas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e 1986. (VILLINGER, 2009, p.75).

Outrossim, em consonância com as disposições da mencionada Convenção de Viena de 1969 (CVDT), em especial a Parte II do seu texto, o procedimento de conclusão de tratados internacionais, geralmente, percorre as seguintes etapas: negociações, assinatura, aprovação no direito interno e ratificação⁵.

Com isso, a primeira seção deste trabalho será dedicada ao estudo do iter procedimental referente à conclusão de convenções internacionais, destacando-se os pontos essenciais de cada uma das fases constitutivas dos acordos.

Posteriormente, a segunda parte do trabalho será destinada à apreciação da qualificação dos tratados internacionais de direitos humanos, as diversas correntes que buscam determinar seu status hierárquico no ordenamento jurídico interno, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e as principais consequências práticas de atribuir-lhes força constitucional ou supralegal, conforme teses defendidas por Cançado Trindade e Gilmar Mendes, nesta ordem.

Por último, serão apresentadas as conclusões do trabalho, enfatizando-se a relevância da constante interação entre as ordens interna e internacional na proteção da pessoa humana, além da concessão de tratamento especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos.

³ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120.

⁴ Conceito formulado por um dos autores, Aziz Saliba.

⁵ Esta sequência das etapas do processo de conclusão dos tratados apresentada (negociações, assinatura, aprovação no direito e ratificação) não corresponde à afirmação de que todos as convenções obedecem, rigidamente, este procedimento. Trata-se de um panorama em relação à conclusão dos acordos internacionais, as principais fases que, geralmente, aparecem nos tratados em geral.

2 PROCESSO DE CONCLUSÃO DOS TRATADOS

A conclusão de um tratado internacional pode se dar de inúmeras maneiras, não existindo uma forma ou procedimento predeterminado para sua formulação, sendo essencial, no entanto, a intenção das partes de celebrar um pacto, do qual decorrerão diversas consequências no plano jurídico. (SHAW, 2008, p. 905)

Entretanto, não obstante a ausência de exigência no que diz respeito à forma do tratado, pode-se observar que os Estados e Organizações Internacionais seguem um determinado processo para a celebração destes acordos, o qual se encontra exposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT)⁶, percorrendo as seguintes etapas, de modo geral: negociações, assinatura, aprovação no direito interno e ratificação.

No decurso da fase de negociações, os projetos de textos são submetidos à discussão, são formuladas emendas, contra-propostas, até que se obtenha um acordo em relação ao texto do futuro tratado. (DINH; DAILLIER; PELLET; 2003, p. 136).

Em sequência, após a votação e aprovação, adota-se o texto do tratado, em regra, através da assinatura do documento final. Com isso, a adoção constitui ato solene do processo de criação de uma convenção. (SILVA, *in* SALIBA, 2011, p. 48).

Deve-se ressaltar que esta assinatura não necessita de ser confirmada pelas autoridades estatais, uma vez que possui o condão de tornar o texto autêntico e definitivo. Contudo, isto não significa que o Estado já esteja vinculado pelas disposições do tratado, o que somente será alcançado quando o Estado manifestar seu consentimento definitivo em obrigar-se pela convenção⁷.

Todavia, em virtude do princípio da boa-fé, após a assinatura do tratado, o Estado possui o dever de não praticar atos que possam frustrar o objeto do tratado, consoante artigo 18 da CVDT.

Deste modo, embora a assinatura não possua força para vincular, definitivamente, o Estado ao cumprimento de determinado tratado, sua aposição

⁶ Este estudo utiliza como parâmetro o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual diz respeito, apenas, às convenções celebradas entre Estados. Contudo, faz-se relevante destacar a existência da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1986, que abrange os pactos realizados entre Estados e Organizações Internacionais, mas que não foi mencionada, pois seus termos ainda não estão em vigor, em razão de não se ter alcançado o número mínimo de ratificações.

⁷ Entretanto, esta regra que afirma que a assinatura não constitui uma expressão do consentimento do Estado em obrigar-se pelo tratado possui exceções. Em certos casos, a assinatura pode constituir, por si só, a expressão do consentimento do ente estatal em vincular-se pelo tratado, o qual se torna, com a simples assinatura, obrigatório em relação ao Estado que assinou. Isso ocorre nos acordos em forma simplificada. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 139)

acarreta relevantes consequências jurídicas para o Estado que a subscreveu, o qual não poderá praticar atos contrários ao objeto e à finalidade do acordo, devendo, em momento posterior, manifestar o consentimento definitivo em se obrigar pelo tratado.

O artigo 11 da CVDT estabelece diversos modos para a manifestação do consentimento do Estado em obrigar-se pelo tratado, quais sejam: assinatura, troca de instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ou qualquer outro meio acordado.

Na maioria dos casos, a própria convenção estabelece a forma pela qual o consentimento em vincular-se deve ser expreso, o que é acordado pelos Estados durante a fase de negociações. Todavia, de modo residual, o artigo 11 da CVDT estabelece diversos modos para a manifestação do consentimento do Estado em obrigar-se pelo tratado, quais sejam: assinatura, troca de instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ou qualquer outro meio acordado. (MARQUES; LIXINSKI; BORDIN; *in* SALIBA, 2011, p. 55)

Ademais, o Estado também deve adotar medidas destinadas a adaptar a ordem jurídica interna para o cumprimento tratado, caso o mesmo tenha sido aprovado pela autoridade interna competente. Ressalta-se, ainda, que essas modificações devem ser feitas antes da ratificação do tratado, a qual marca o início da vigência internacional da convenção, dando ao Estado o *status* de parte e vinculando-o ao cumprimento de suas disposições.

Neste sentido, após manifestar seu consentimento em obrigar-se mediante a ratificação ou qualquer outro meio permitido pela CVTD, o Estado deverá cumprir o que está exposto no acordo, de boa fé, não podendo alegar incompatibilidade do mesmo com seu ordenamento jurídico interno, em consonância com a aplicação dos artigos 26, 27 e 46 da mencionada convenção.

3 TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A hierarquia dos tratados de direitos humanos no Direito Brasileiro enseja intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, dando margem a diversos entendimentos e o conseqüente surgimento de diversas linhas de pensamento, as quais sejam: (1) corrente que sustenta a natureza supranacional dos tratados de direitos humanos; (2) corrente que reconhece a natureza constitucional das convenções de direitos humanos; (3) corrente que defende que os tratados de direitos humanos

possuem status de lei ordinária; e (4) corrente que afirma que os acordos de direitos humanos possuem valor supralegal.

3.1 Correntes

3.1.1 Corrente supranacional

De acordo com esta corrente, também denominada supraconstitucional, defendida por Celso de Albuquerque Mello, as normas de direito internacional preponderam em relação às normas de direito interno. Nesse sentido, os tratados internacionais de direitos humanos devem prevalecer mesmo quando confrontados com normas de natureza constitucional.

Em decorrência disso, nem mesmo emendas constitucionais poderiam suprimir as regras e princípios constantes em um tratado do qual o Estado seja signatário, quando este se referir a direitos humanos.

As normas internacionais de direitos humanos criam uma restrição à soberania no seu sentido tradicional. Acreditamos que devido a sua natureza especial, as normas do DIDH se sobrepõe ao D. Interno, inclusive às normas constitucionais. Algo semelhante ao que ocorre com o direito comunitário na Comunidade Européia. Na verdade, quando se afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma norma costumeira ou um princípio geral do direito, ela já se sobrepõe à própria Constituição do Estado. (MELLO, 2004, p. 839)

Destarte, o relevante para esta corrente, é a prevalência do direito internacional.

Outrossim, destacam Hildebrando Accioly (2010, p. 162) e Celso Albuquerque de Mello (2004, p. 835) que a doutrina e a jurisprudência internacionais têm consagrado, de modo unânime, o primado do Direito Internacional.

Ademais, deve-se acrescentar que esta teoria a qual atribui valor supranacional as normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos, coaduna-se com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), pois, especialmente, nos artigos 26 e 27, os quais tratam dos princípios *pacta sunt servanda* e da observância dos tratados, determina-se que os Estados-Contratantes deverão cumprir de boa-fé os acordos celebrados, não podendo recorrer ao direito interno para justificar o inadimplemento das obrigações assumidas.

Entretanto, não obstante a relevância do trabalho desenvolvido pelo professor Celso Albuquerque Mello, a supramencionada corrente não pode ser aceita, uma vez que não se adapta à realidade brasileira. Dentre os motivos determinantes para a rejeição desta teoria, cita-se o fato de que ela contraria o arraigado princípio da supremacia material e formal da Constituição Federal em relação a todo o ordenamento jurídico, bem como impede a realização do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

3.1.2 Corrente constitucional

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos em seu texto 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.

Destarte, a referência aos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” demonstra uma preocupação do legislador constituinte em conceder tratamento especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, no plano interno, além de revelar que o rol de direitos e garantias previsto não é exaustivo.

Contudo, não obstante esse cuidado, o constituinte brasileiro falha ao não apresentar uma solução quanto à hierarquia entre normas de tratados e as normas de direito interno⁸.

Outrossim, partindo do supramencionado dispositivo constitucional o qual alude a uma abertura do direito interno às normas internacionais, bem como considerando os princípios que regem as relações internacionais brasileiras, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da CF) e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, *inter alia*, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF), acrescendo-se, ainda, o artigo 5º, parágrafo 1º da Carta Magna que confere aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o professor Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que os tratados de direitos humanos possuem valor constitucional, no ordenamento brasileiro. (TRINDADE, 2003, p. 512-513).

⁸ Conforme salienta o professor Cançado Trindade (2003, 514): “As soluções, de direito constitucional, quanto à hierarquia entre normas de tratados e de direito interno, resultam de critérios valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país para país”.

Cançado Trindade apresenta-se como o principal defensor desta corrente que sustenta o status constitucional dos tratados de direitos humanos, sendo acompanhado por vários outros autores, dentre eles, a professora Flávia Piovesan:

Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2011, p. 104)

Nesta esteira de pensamento, evidencia-se que a incorporação da normativa internacional de proteção ao direito constitucional brasileiro constitui um considerável avanço para a efetivação dos direitos humanos tanto no plano interno quanto internacional, pois ambos formam um todo harmônico o qual possui o propósito comum de proteção da pessoa humana. Por isso, esse fenômeno de incorporação revela alta prioridade, atualmente, uma vez que as normas jurídicas sejam de origem internacional ou interna, “vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção”. (TRINDADE, 2003, p. 506).

Com isso, a partir deste prisma, constata-se a irrelevância do infundável debate entre monistas e dualistas, haja vista que o direito internacional e o direito interno estão em constante interação em prol proteção da pessoa humana, a qual passa a ocupar uma posição de máximo destaque.

Outro argumento relevante em favor desta corrente, diz respeito à natureza materialmente constitucional dos direitos humanos. A Constituição de 1988, mediante a previsão do artigo 5º, parágrafo 2º, expressamente, atribui o caráter materialmente constitucional aos direitos e garantias fundamentais constantes nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Neste diapasão, mesmo que não estejam formalmente previstas no texto constitucional, as normas de tratados internacionais que estabeleçam direitos e garantias fundamentais possuem status constitucional, em decorrência da matéria à qual se referem.

Com isso, pode-se inferir que o catálogo de direitos e garantias expressos na Carta Constitucional não é exaustivo, caracterizando o que Jorge Miranda denomina

cláusula aberta, uma vez que é admissível sua complementação, ampliação, enriquecimento por normas internacionais convencionais.

Neste sentido e em consonância com a lição de Canotilho (2003, p. 982), depreende-se que os direitos e garantias constantes nos tratados internacionais passam a integrar, então, este chamado “bloco de constitucionalidade”, dada a abertura material propiciada pelo parágrafo 2º do artigo 5º.

Deste modo, pode-se concluir que os tratados internacionais integram e complementam o rol de direitos e garantias expressos e implícitos na Constituição Federal, merecendo, portanto, status de norma constitucional.

Todavia, deve-se ressaltar que essa afirmação refere-se, somente, aos tratados internacionais de direitos humanos, os quais, pela relevância da matéria, recebem tratamento especial e diferenciado. Por outro lado, os demais tratados internacionais, denominados tratados comuns, possuem força hierárquica infraconstitucional, consoante interpretação do artigo 102, inciso III, alínea b da Constituição Federal.

Ademais, salienta-se que o presente trabalho considera esta corrente a mais adequada, haja vista sua consonância com a normativa e principiologia constitucionais, além de propiciar a máxima efetivação dos direitos humanos tanto na ordem interna quanto internacional.

3.1.3 Corrente legalista

Este entendimento que equipara os tratados de direitos humanos às leis ordinárias surge em 1977 com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE⁹ pelo Supremo Tribunal Federal.

No mencionado caso, certa firma comercial havia emitido, com aval do recorrente, notas promissórias em favor do recorrido, as quais não foram levadas a registro na forma e prazo estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969.

Nesta circunstância, por força deste Decreto-Lei, as citadas notas promissórias deveriam ser consideradas nulas, haja vista o vício de forma consistente na ausência do registro, o que, conseqüentemente, excluiria a obrigação de quem as subscrevera como avalista.

⁹ Especial nº 80.004/SE - 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>.

Entretanto, o autor propôs ação de cobrança sob o argumento de que o Decreto-Lei seria inválido por contrariar a Lei Uniforme de Genebra sobre as Letras de Câmbio e Notas Promissórias, a qual não prevê, como requisito de validade para o título de crédito, o registro em repartição fazendária.

Em plenário, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estavam no mesmo nível hierárquico que as leis ordinárias e, por isso, as antinomias envolvendo tratados e leis ordinárias deveriam ser solucionadas pelo critério “lei posterior revoga lei anterior”.

Assim sendo, como o caso versava sobre o conflito de um tratado internacional e uma lei posterior, esta deveria prevalecer, por ser a última vontade do legislador.

Todavia, este posicionamento do Pretório Excelso foi incisivamente criticado por diversos autores, dentre eles Celso D. Albuquerque Mello e Flávia Piovesan por caracterizar um retrocesso na matéria e por violar a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, autorizando o Estado a descumprir suas obrigações assumidas no âmbito internacional.

Neste momento, deve-se ressaltar que, embora esta tese de equiparação entre os tratados e as leis federais tenha sido formulada antes da Constituição de 1988 e refira-se a tema de caráter comercial – ou seja, o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre as Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto-Lei nº 427/69 -, ela tem sido reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões, como no julgamento do Habeas-Corpus nº 72.131/RJ, ocorrido em 22 de novembro de 1995, o qual versava acerca da prisão do depositário infiel.

Com efeito, ao enfrentar a questão, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por maioria, no sentido de que, sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigurava essa caracterização, sua prisão, em caso de infidelidade, enquadrava-se na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal.

Ademais, o Pretório Excelso afirmou que, no tocante à situação do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária, em nada interfere o Pacto de São José da Costa Rica, o qual estabelece em seu artigo 7º, parágrafo 7º que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

No mesmo sentido, outra relevante decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita Inconstitucionalidade – ADI nº 1.480-3 / Distrito Federal, de 04 de

setembro de 1997, a qual versava sobre a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regulamente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional, meta relação de paridade normativa. Precedentes.¹⁰

Todavia, o presente trabalho discorda desta corrente, pois defende que os tratados de direitos humanos possuem valor constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, por força do disposto do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, em consonância com os princípios e fundamentos adotados pela República Federativa do Brasil, em especial, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

Este tratamento especial e diferenciado dos tratados de direitos humanos em detrimento dos tratados comuns justifica-se pois estes buscam, tão somente, o equilíbrio e reciprocidade das relações entre as partes contratantes; enquanto aqueles, objetivam a salvaguarda dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2011, p.117)

3.1.4 Corrente supralegal

Esta tese foi desenvolvida, também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso em Habeas-Corpus nº 79.785/RJ, ocorrido em 29 de março de 2000, no qual discutia-se acerca da incorporação, pelo Pacto de São José da Costa Rica, do duplo grau de jurisdição como princípio e garantia constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que, como normas derivadas da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam, em nenhuma hipótese, transcender o que foi, originalmente, previsto pelo constituinte.

Outrossim, segundo a supramencionada decisão, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar Constituição, acrescentando-lhe limitação

¹⁰ Trecho extraído do voto do Relator Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI nº 1.480-3 / Distrito Federal, de 04/09/1997.

oponível à lei: seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogatória de normas da Carta Magna, quando não dinamitadoras do seu sistema.

Entretanto, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence destaca em seu voto que, embora não possam contrariar a Constituição Federal, isso não quer dizer que os tratados de direitos humanos possam ser equiparados às leis ordinárias, o que significaria esvaziar seu sentido e importância.

Com isso, o referido Ministro, contrariando a posição majoritária do Supremo, concede um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos, afirmando que eles são dotados de valor supralegal, ou seja, são hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores às leis ordinárias.

Mais recentemente, em 2008, esta tese repetiu-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 / São Paulo, conforme depreende-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual declarou lhe parecer mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados de direitos humanos.

3.2 Tratados de direitos humanos após a Emenda Constitucional nº 45/2004

A hierarquia ou o status dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito Brasileiro, sempre, consistiu motivo para calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais, ensejando o surgimento de diversos entendimentos, conforme exposto no tópico anterior.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu em seu artigo 5º, parágrafo 2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, essas discussões se tornaram ainda mais intensas.

Destarte, o único consenso existente, na época, dizia respeito à necessidade de alteração do texto constitucional, com o intuito de eliminar as controvérsias.

Com este propósito, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou ao artigo 5º o parágrafo 3º, o qual dispõe que: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Entretanto, essa inovação, ao contrário de seu objetivo originário, suscitou ainda mais divergências, as quais, até o momento, não foram pacificadas.

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP sustentou que, com a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a tese do status constitucional dos tratados de direitos humanos estaria, de certa forma, esvaziada, uma vez que, somente se atendido o quórum qualificado (aprovação em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros), tais tratados poderiam ter valor constitucional.

Ademais, Mendes acrescenta que os tratados já ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança constitucional e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não poderiam ser comparados às normas constitucionais.

Todavia, esse entendimento deve ser afastado, conforme será demonstrado a seguir.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, contém uma cláusula de abertura, a qual dispõe que o rol de direitos e garantias expressos no texto constitucional não é exaustivo, permitindo, portanto, a inserção de novos direitos fundamentais, não tipificados, os quais sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com isso, a Constituição determinou que mesmo aqueles direitos e garantias da pessoa humana que não tivessem assento no texto constitucional - isto é, não estivessem literalmente previstos -, poderiam ser considerados fundamentais, em razão da matéria.

Assim sendo, a Carta Magna reconheceu a existência de duas categorias de direitos e garantias fundamentais: (1) os formalmente e materialmente constitucionais e (2) os, apenas, materialmente constitucionais.

Neste momento, faz-se imprescindível esclarecer o que são direitos e garantias formalmente e materialmente constitucionais para, então, compreender que a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º, apenas, reforça a corrente que defende o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

As normas formalmente fundamentais, assim como as demais normas constitucionais, situam-se no ápice do ordenamento jurídico e, em virtude de sua relevância para os indivíduos protegidos, receberam um tratamento diferenciado por

parte do poder constituinte, ressaltando-se a aplicação imediata de seus preceitos e o processo especial e dificultoso para sua alteração.

Em contrapartida, no tocante aos direitos materialmente constitucionais, pode-se afirmar que eles integram a Constituição material, abrangendo conteúdos como estrutura e organização do poder político, o catálogo de direitos e garantias fundamentais, entre outros, sendo que, essas normas podem ou não estar dispostas no texto constitucional, sob a designação de direito fundamental.

Destarte, pode-se inferir que a fundamentalidade material proporciona: (1) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou aqueles que estejam fora do catálogo de direitos, ou seja, dispersos, mas com assento na Constituição formal; (2) a extensão da aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal aos direitos apenas materialmente fundamentais. (CANOTILHO, 1998, p. 349)

Com isso, conforme esclarece o autor Jorge Miranda (2001, p. 07-09), todos os direitos em sentido formal também o são em sentido material. Entretanto, a recíproca não é verdadeira, pois existem direitos materialmente fundamentais os quais não constam formalmente do texto constitucional.

Deste modo, constata-se que a natureza fundamental dos direitos não depende, necessariamente, de sua previsão na Constituição, mas de sua essência e relevância para a proteção do ser humano.

Neste sentido, concluem Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra (2008, p.17) ao fazerem alusão à obra de Ingo Wolfgang Sarlet:

A noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Portanto, após tais considerações, é possível constatar que a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, apenas, abre a possibilidade para que os tratados de direitos humanos, os quais já são considerados materialmente constitucionais, por força dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, possam, também,

adquirir o status de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas constitucionais. (PIOVESAN, 2011, p. 124).

Este entendimento coaduna-se com o caráter especial e diferenciado dos tratados de direitos humanos, assim, devidamente, reconhecido pela Carta Magna (art. 5º, § 2º), bem como alinha-se com o propósito moderno de máxima proteção da pessoa humana.

Caso não se entendesse desse modo, estar-se-ia admitindo que o Poder reformador teria previsto um procedimento mais complexo (quórum qualificado) para o processo de internalização dos tratados de direitos humanos, dificultando, por conseguinte, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o que significaria um retrocesso na matéria, além de contrariar os princípios e fundamentos constitucionais, em especial, a prevalência dos direitos humanos e a própria dignidade da pessoa humana.

3.3 Tratados de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 não estabelece, expressamente, qual a hierarquia dos tratados de direitos humanos, no ordenamento jurídico interno. Por esse motivo, as controvérsias envolvendo normas internacionais e normas internas são deixadas a cargo do Poder Judiciário.

Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a questão, porém, como será explorado neste tópico, seu entendimento oscilou com o decorrer dos anos, evidenciando que a matéria ainda suscita fervorosas discussões, não estando, até o momento, pacificada.

Até o ano de 1977, o Supremo adotava a tese do primado do Direito Internacional em relação ao Direito Interno, havendo diversos julgados neste sentido, dentre os quais, alguns merecem destaque.

O primeiro deles é o pedido de extradição nº 07, de 1913, envolvendo o Brasil e a Alemanha, no qual o Tribunal entendeu que o tratado internacional de extradição estava vigente e aplicável, não obstante a existência de leis posteriores contrárias.

Posteriormente, deve-se ressaltar a Apelação Cível nº 7.872, de 1943, na qual decidiu-se que o Tratado Internacional sobre importação, celebrado entre o Brasil e o Uruguai, em agosto de 1933 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 23.710 de 09 de janeiro de 1934, deveria prevalecer em relação às leis internas brasileiras.

Outrossim, mantendo o supramencionado posicionamento, no julgamento da Apelação Cível nº 9.587, em 1951, o STF reiterou a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação interna, conforme voto do Ministro Relator Lafayette de Andrada.

Entretanto, em 01 de junho de 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, o qual versava acerca do conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto nº 427/69, o Pretório Excelso alterou seu posicionamento, sustentando que os tratados internacionais estavam no mesmo nível hierárquico que as leis ordinárias. Por esse motivo, as antinomias envolvendo tratados e leis ordinárias deveriam ser solucionadas pelo critério “norma posterior revoga norma anterior”.

Esta tese da legalidade ordinária dos tratados, desenvolvida em sede de um caso de natureza comercial (RE 80.004), tornou-se o entendimento majoritário do Tribunal, sendo aplicado também em relação aos tratados de direitos humanos.

Com efeito, no julgamento do Habeas-Corpus nº 72.131/RJ, o qual tratava da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, no tocante à proibição da prisão por dívida, salvo no caso de débito alimentar, evidencia-se a repetição da equiparação dos tratados às leis ordinárias.

Ademais, no mesmo sentido, na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 / Distrito Federal, de 04 de setembro de 1997, que discutia a aplicação e eficácia da Convenção nº 158 da OIT, prevaleceu o entendimento exposto no RE 80.004 e no HC 72.131.

Anos mais tarde, em 2000, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ, embora tenha prevalecido, novamente, a vertente da legalidade, o Ministro Sepúlveda Pertence inovou em seu voto, afirmando que os tratados de direitos humanos possuíam valor especial e diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, estando subordinados à Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias – supralegalidade:

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade e pela Flávia Piovesan – a aceitar a outorga de força supralegal 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 constantes¹¹.

¹¹ Trecho extraído do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC nº 79.785/RJ, de 29/03/2000.

Com isso, o Ministro Sepúlveda Pertence lançou as sementes para o desenvolvimento da corrente da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, a qual, mais tarde, seria adotada, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, caracterizando nova mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, em 03 de dezembro de 2008, enfrentando o Recursos Extraordinário 466.343-1/SP e o Habeas Corpus nº 87.484/TO, prevaleceu a tese da supralegalidade, conforme depreende-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual, após salientar a necessidade de alteração da jurisprudência do STF, afirma que os tratados de direitos humanos seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Deste modo, pode-se inferir que, embora não esteja pacificada a questão, o Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 e do Habeas-Corpus 87.585, está inclinado a reconhecer a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 Implicações práticas da atribuição de status constitucional ou supralegal aos tratados de direitos humanos

No estágio antecedente do trabalho, foram abordadas as quatro correntes de pensamento que buscam explicar o status hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, as quais sejam: supranacional, constitucional, legalista e supralegal.

Após explorar cada uma dessas linhas de pensamento, evidenciou-se que a corrente constitucional, defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade, melhor se adapta à normativa e principiologia adotadas pela Constituição Federal de 1988, proporcionando a máxima proteção dos indivíduos em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos.

Na mesma esteira, também constatou-se, através do exame jurisprudencial, a manifesta tendência do Supremo Tribunal Federal em adotar a vertente supralegal, conforme sinalizado em mais de uma oportunidade.

Contudo, a simples opção por uma dessas teses não compreende contribuição científica relevante, sendo imprescindível a análise das implicações práticas decorrentes da atribuição de determinado valor a estes tratados, seja o constitucional ou supralegal.

Por isso, neste momento, serão discutidos alguns desdobramentos da hierarquia dos tratados de direitos humanos, sob uma dupla perspectiva, constitucional e

supralegal; ou seja, as dificuldades no tocante à aplicação destes pactos, especialmente, em circunstâncias de conflito com a legislação interna.

Assim sendo, sem prejuízo da posição adotada por este trabalho (constitucional), serão apreciadas as consequências da eleição tanto da corrente constitucional quanto da supralegal, em virtude de ser este o entendimento acolhido pelo Pretório Excelso.

3.4.1 Os tratados de direitos humanos e as normas constantes na Constituição Federal

A primeira dificuldade apontada no tocante à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, diz respeito à seguinte situação: caso uma norma proveniente de um tratado internacional de direitos humanos contrarie algum dispositivo constante na Constituição Federal, como seria solucionada a questão?

Sob a perspectiva da corrente que atribui força constitucional a estes pactos internacionais, deve-se, inicialmente, ressaltar que, no domínio de proteção dos direitos humanos, não há mais que se falar em primazia do direito internacional ou do direito interno, o que remonta o irreconciliável e superado confronto entre monistas e dualistas, pois as duas ordens jurídicas encontram-se em constante interação em benefícios dos seres humanos protegidos. (TRINDADE, 2003, p. 542)

Assim, o conflito entre normas de tratados internacionais de direitos humanos e normas constitucionais, as quais situam-se em mesma posição hierárquica, deve ser solucionado pelo critério “da norma mais favorável às vítimas”, o qual constitui aquele que oferece maior proteção à pessoa humana (TRINDADE, 2003, p. 542-543).

Conforme sustenta Cançado Trindade (2003, p. 542): “No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos”.

Ademais, Trindade acrescenta que esta solução é expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, o que possui grande relevância de virtude de suas implicações práticas, uma vez que minimiza as possibilidades de conflito com instrumentos normativos internos e promove a coordenação entre as ordens jurídicas em prol da efetivação dos direitos humanos, como, por exemplo, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, o qual proíbe, de modo expresso, qualquer restrição ou derrogação aos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte, em virtude de

outras convenções, ou de leis, regulamentos ou costumes, “sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (artigo 5 (2)). (TRINDADE, 2003, p. 543-544).

Deste modo, depreende-se que há de prevalecer a norma que, no caso concreto, ofereça maior proteção à pessoa humana, correspondendo a maior eficácia dos direitos humanos, seja ela de natureza interna ou internacional.

Por outro lado, partindo da premissa de que os tratados de direitos humanos possuem força supralegal, situando-se em patamar hierárquico inferior à Constituição Federal, mas superior às leis ordinárias, obtêm-se conclusões diversas.

Com isso, na hipótese de divergência entre as disposições expressas no tratado internacional de direitos humanos e as previstas na Carta Constitucional, estas devem prevalecer, tendo em vista sua superioridade hierárquica.

Para os adeptos da tese supralegal, isso decorre da supremacia formal e constitucional da Constituição em relação às demais espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico:

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos do direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia material e formal, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há de se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (BRANCO, COELHO e MENDES, 2010, p. 14)

Destarte, haja vista a preeminência da Carta da República, os tratados internacionais de direitos humanos devem guardar simetria em relação às normas nela expressas, estando, por conseguinte, sujeitos ao controle de constitucionalidade.

3.4.2 **Tratados de direitos humanos e as leis ordinárias**¹²

No julgamento da ADI nº 1.480-3, o Supremo Tribunal Federal asseverou que os tratados internacionais não poderiam versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar, pois em tal situação, a Carta Política exigiria essa espécie

¹² Neste contexto, “leis ordinárias” deve ser compreendido em sentido amplo, abarcando não apenas as leis ordinárias *stricto sensu* como também as leis complementares, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

normativa, a qual não poderia ser substituída por qualquer outra de natureza infraconstitucional, nesta categoria, incluídas as normas convencionais internacionais.

Neste caso, o Supremo considerou que os tratados de direitos humanos eram hierarquicamente comparados às leis ordinárias, em sentido estrito. Por esse motivo, matérias as quais a Constituição deixou sob reserva de lei complementar não poderiam ser tratadas por normas aprovadas por maioria simples.

Entretanto, tanto sob o prisma da corrente constitucional quanto da supralegal, os tratados de direitos humanos não possuem valor de lei ordinária, como decidiu o Pretório Excelso; e sim, status de norma constitucional ou norma supralegal, respectivamente.

Nesta esteira, a lição de Cançado Trindade (1999, p. 513) em favor da tese constitucional:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Por seu turno, as considerações do Ministro Gilmar Mendes em defesa do posicionamento supralegal:

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*.

Com efeito, em um conflito envolvendo um tratado internacional de direitos humanos e uma norma oriunda de lei ordinária ou de lei complementar, deverá prevalecer o tratado, haja vista sua natureza hierárquica superior, ou seja, de norma constitucional ou de norma supralegal, conforme o entendimento adotado.

Ademais, deve-se acrescentar que a vedação referida no julgamento da ADI nº 1.480 diz respeito ao fato de matéria restrita à lei complementar, ser tratada por norma

de status inferior, qual seja, lei ordinária. Todavia, esta proibição não alcança as normas constitucionais e normas supraleais, dentre as quais estão os tratados internacionais de direitos humanos, as quais, em ambas as hipóteses, situam-se em nível hierárquico superior.

3.4.3 Tratados de direitos humanos incorporados antes da Constituição Federal de 1988

De acordo com o posicionamento constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes de 1988, independentemente do quórum de sua aprovação, possuem status constitucional, pois caracterizam-se como normas materialmente fundamentais, tendo sido recepcionadas pela atual Carta Constitucional, em razão da abertura material proporcionada por seu artigo 5º, parágrafo 2º, o qual possibilitou a inclusão de novos direitos e garantias fundamentais oriundos do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte. (TRINDADE, 2003, p. 46).

Na mesma toada do autor Cançado Trindade, acrescenta Celso Lafer (2005, p. 16):

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 hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais recepcionadas pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados, como também, pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Ademais, deve-se salientar que o referido dispositivo menciona “os tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”, abrangendo, portanto, quaisquer tratados de direitos humanos celebrados antes ou depois de 1988.

Outrossim, esse entendimento decorre da tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos, a qual é sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar a posição central. (TRINDADE, 2003, p. 515).

Contudo, sob a perspectiva da corrente supraleal, os tratados internacionais de direitos humanos que ingressaram no sistema jurídico brasileiro antes de 1988,

mediante aprovação por maioria simples, não podem ser equiparados às normas constitucionais, muito menos podem ser igualados às leis ordinárias, sob pena esvaziar seu sentido e relevância.

Isto posto, diante do notável esforço do constituinte de conferir status privilegiado às convenções internacionais relativas aos direitos humanos, a estes deve-se atribuir hierarquia supralegal, de modo que não obstante subordinados à Constituição Federal, sejam superiores à legislação ordinária.

Neste diapasão, em consonância com a tese supralegal, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, como o apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no julgamento do RHC nº 79.785.

3.4.4 Tratados incorporados após a Emenda Constitucional nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou o seguinte dispositivo ao artigo 5º da Constituição Federal:

§ 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.

Com efeito, após a referida Emenda, caso o tratado internacional de direitos humanos seja aprovado seguindo-se o iter procedimental qualificado, ele já ingressará, no ordenamento jurídico interno, no mesmo plano de validade e eficácia no qual situam-se as emendas constitucionais.

Assim sendo, infere-se que o constituinte reconheceu o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos tratados em geral, concedendo-lhes tratamento diferenciado no plano interno.

Destarte, observa-se que na hipótese de aprovação do tratado internacional de direitos humanos em dois turnos, em cada casa do Congresso, por três quintos dos votos dos respectivos membros, não há controvérsias quanto ao seu status de norma constitucional, haja vista a estrita observância da formalidade no tocante ao quórum de internalização.

Neste momento, deve-se mencionar que, até a presente data, o único tratado, no direito brasileiro, aprovado nos moldes previstos no referido parágrafo terceiro é a

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Entretanto, a discussão surge em relação aos tratados incorporados por maioria simples, não atendendo ao supramencionado requisito formal, constante no Artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição.

Para os defensores da tese constitucional, a inclusão do parágrafo 3º, apenas, abre a possibilidade para que os tratados de direitos humanos ingressem na ordem jurídica nacional com status de norma material e formalmente constitucional.

Por conseguinte, mesmo que não observado o mencionado quorum especial, os tratados internacionais de direitos humanos, incorporados após a Emenda nº 45/2004, possuem força constitucional, em razão da matéria sobre a qual versam (norma materialmente constitucional).

Tal entendimento decorre da aplicação do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Carta da República, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Todavia, outros estudiosos, como o Ministro Gilmar Mendes, defendem que nesta circunstância, como não foi atendido o processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, as normas dos tratados de direitos humanos não poderiam ser equiparadas às normas constitucionais¹³.

Por esse motivo, o referido autor sustenta que, diante da intenção do constituinte de conceder tratamento especial aos tratados de direitos humanos, o mais adequado seria atribuir-lhes hierarquia supralegal.

3.4.5 Tratados incorporados após a Constituição de 1988 e antes da Emenda Constitucional nº 45

Para a tese constitucional, os tratados de direitos humanos ratificados após a Constituição de 1988 e antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, integram o direito interno brasileiro com valor hierárquico de norma constitucional, seguindo as determinações constantes no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, que conferem a estes documentos status de materialmente fundamentais.

¹³ Posicionamento manifestado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343.

Em outras palavras, estes tratados compõem o bloco de constitucionalidade, ou seja, o conjunto normativo que contém regras, princípios e valores, os quais, em consonância com a Constituição Federal de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto constitucional.

Compartilhando o mesmo entendimento, argumenta o professor Celso Lafer (2005, p.17):

Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o 'quorum' de emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. [...]
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 [...].

Da mesma forma, o professor Cançado Trindade (1999, p. 47) critica severamente a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias: “Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros”.

Portanto, à luz da corrente constitucional, os tratados como o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) integram o citado bloco de constitucionalidade, por serem materialmente fundamentais, merecendo, assim, o mesmo tratamento que as demais normas constitucionais.

Contudo, por outro lado, para aqueles que defendem o entendimento supralegal, às convenções incorporadas após 1988, mas antes da EC nº 45, deve ser atribuída qualificação supralegal, pois não seria coerente admitir que normas aprovadas por maioria simples tivessem o poder de modificar normas constitucionais, o que afrontaria a própria supremacia da norma fundamental, comprometendo a segurança jurídica do ordenamento nacional.

Nesta esteira, o Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 124) destaca que aceitar a atribuição de status constitucional aos tratados de direitos humanos, poderia acarretar consequências práticas desastrosas, como por exemplo, supraposição de normas;

revogação de normas constitucionais com o advento de tratados; problemas ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional, entre outros.

Destarte, nesta linha de raciocínio, considerando que a validade de todas as normas, inclusive as convenções internacionais de direitos humanos, repousa na Carta da República, demonstra-se mais adequado a concessão de força supralegal a estes pactos.

Além disso, para os defensores da supralegalidade, como Gilmar Mendes, a opção por esta vertente preserva a especificidade característica dos tratados de direitos humanos, além de manter íntegro o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pelo constituinte originário, o qual mostra-se necessário à garantia da segurança jurídica.

3.4.6 Denúncia dos tratados de direitos humanos

3.4.6.1 Perspectiva da corrente constitucional

Sob a ótica da corrente constitucional, após a sua devida incorporação ao ordenamento jurídico interno, com status materialmente e formalmente constitucional ou, apenas, materialmente constitucional, dependendo do quórum de aprovação no Congresso Nacional, os tratados de direitos humanos passam a integrar o catálogo de direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, também passam a compor o núcleo rígido da Constituição, transformando-se em cláusulas pétreas.

Em decorrência disso, nem mesmo emenda constitucional poderia suprimir ou restringir um direito ou garantia fundamental constante em um tratado internacional de direitos humanos, haja vista sua proteção constitucional como cláusula pétrea, conforme determinação do artigo 60, parágrafo 4º da Carta da República.

Assim sendo, como não há possibilidade de excluir ou minimizar os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, no direito interno, o chefe do Poder Executivo não poderia denunciá-lo, mesmo que este ato seja precedido de aprovação legislativa ou conste no texto do próprio acordo internacional ou, ainda, seja admissível pela sistemática do Direito Internacional Público.

Com isso, caso o Presidente proceda à denúncia do tratado, esta será considerada inconstitucional e, conseqüentemente, não apta a desobrigar o Estado de cumprir suas

disposições, pois os tratados internacionais de direitos humanos são considerados infensos.

Todavia, deve-se registrar que, no tocante à possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Professora Flávia Piovesan apresenta entendimento diverso.

Segundo a mencionada autora, as convenções formalmente e materialmente constitucionais realmente não podem ser objeto de denúncia, pois foram incorporados ao ordenamento jurídico nacional mediante processo dificultoso de aprovação no Congresso Nacional, conforme rito especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º. (PIOVESAN, 2011, p. 128).

Por outro lado, os tratados apenas materialmente constitucionais estão sujeitos à denúncia, uma vez que trata-se de ato aceito pela sistemática do Direito Internacional Público e, não raras vezes, encontra-se previsto no próprio texto do pacto, sendo exigido, no entanto, somente, autorização prévia do Poder Legislativo. (PIOVESAN, 2011, p. 128)

Entretanto, neste ponto, assevera-se a impossibilidade de admitir as afirmações da mencionada autora. Ou seja, se se adota a premissa de que o tratado de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, possui status constitucional, em decorrência da matéria, isso necessariamente, implica sua incorporação ao rol de direitos e garantias previstos da Constituição e, por via de consequência, sua conversão em cláusula pétrea.

Por isso, diante da inclusão das disposições do tratado de direitos humanos ao núcleo intangível da Constituição Federal, torna-se impossível sua retirada do ordenamento jurídico e, acessoriamente, mesmo que fosse permitida a sua denúncia, o Estado continuaria obrigado ao seu cumprimento no plano interno.

Deste modo, constata-se que a impossibilidade da denúncia é efeito lógico da atribuição de status constitucional aos tratados de direitos humanos, os quais, em decorrência da relevância para os seres humanos protegidos, merecem tratamento especial e diferenciado na ordem jurídica interna brasileira.

Ademais, convém salientar que se não há diferença entre tratados formal e materialmente constitucionais e os, apenas, materialmente constitucionais no que diz respeito às antinomias envolvendo normas de direito interno, também não pode haver em que tange à possibilidade de denúncia.

3.4.6.2 Perspectiva da corrente supralegal

Assim como ocorre em relação à corrente constitucional, a adoção da tese supralegal também acarreta dificuldades no tocante à possibilidade de denúncia do tratado internacional de direitos humanos.

A opção pelo caráter supralegal destes pactos, implica na afirmação de que o Decreto Presidencial que determina sua incorporação ao direito interno, também possui o mesmo status, isto é, supralegal.

Em contrapartida, caso o Presidente da República decida denunciar um tratado de direitos humanos, sua retirada do ordenamento jurídico não pode se dar por simples decreto, pois este, ao contrário do decreto de internalização, não possui força supralegal.

Em outros termos, embora tenha ingressado no sistema jurídico brasileiro por meio de decreto do Poder Executivo, o tratado de direitos humanos não poder ser retirado pelo mesmo instrumento, pois o primeiro encontra-se em posição hierárquica superior a do segundo, possuindo valor supralegal.

Destarte, a única espécie normativa que, em tese, poderia sobrepor-se às normas convencionais supraleais, seria a emenda constitucional.

Entretanto, dispõe o Artigo 60, § 4º da Constituição Federal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais”.

Portanto, conclui-se que, não obstante seja superior hierarquicamente, a emenda constitucional não pode suprimir ou reduzir direitos e garantias constantes em tratados de direitos humanos com força supralegal, pois a Constituição veda, expressamente, emendas com este conteúdo.

Por conseguinte, mesmo não constando no texto da Constituição e não tendo qualificação constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos estão protegidos, sendo insuscetíveis de denúncia.

4 Conclusão

As soluções quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em confronto com as normas de direito interno são determinadas conforme critérios valorativos e discricionários dos constituintes nacionais, variando, pois, de Estado para Estado.

A Constituição Federal brasileira, contudo, não atribui expressamente qual o status dessas convenções no ordenamento jurídico interno, o que enseja intensos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Todavia, não obstante essa omissão, pode-se inferir, a partir da interpretação sistemática do texto constitucional, que a intenção do constituinte originário era conceder tratamento especial e diferenciado aos pactos internacionais referentes aos direitos humanos, haja vista sua relevância para os seres humanos protegidos.

Nesta esteira de pensamento, merecem destaque os seguintes artigos da Carta Magna: (1) artigo 1º, III, que elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; (2) artigo 4º, inciso II, que estabelece como um dos princípios orientadores das relações internacionais brasileiras a prevalência dos direitos humanos; (3) 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º, os quais definem que as normas relativas aos direitos humanos possuem aplicação imediata e possibilitam uma abertura material da constituição para integrar em seu catálogo de direitos aqueles consagrados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Com efeito, observa-se que esta postura da Carta Constitucional brasileira coaduna-se com a tendência contemporânea de dispensar tratamento especial aos tratados de direitos humanos, a qual resulta de “uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”. (TRINDADE, 2003, p. 515)

Deste modo, neste cenário cujo objetivo principal é a efetivação dos direitos humanos, conclui-se ser mais adequada e coerente a corrente que atribui qualificação constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, pois, em consonância com a normativa e principiologia da Constituição Federal, proporciona maior proteção à pessoa humana.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo B. Manual de direito internacional público. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AUST, Anthony. Modern Treaty Law and Practice. Cambridge University Press, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mértires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

BROWNLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Trad. Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 545.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Recurso Especial nº 80.004/SE - 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Apelação Cível nº 9.587 – 1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%289587.NUME.+OU+9587.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m5cx5ws>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus nº 72.131 – 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872131.NUME.+OU+72131.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c23xydu>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480 – 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281480.NUME.+OU+1480.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a3sm9bq>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 – 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879785.NUME.+OU+79785.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mkuel6f>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário nº 466.343 – 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343.NUME.+OU+466343.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7jnp4j>. Acesso em: 01/07/2013.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Habeas Corpus nº 87.585 – 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>

%2887585.NUME.+OU+87585.ACMS.

%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnr8hnx. Acesso em: 01/07/2013.

GUERRA, Sidney. EMERIQUE, Lilian Balmant. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Brasília: Revista Jurídica, 2008, p.04.

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

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2009. N° 184.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Poder de celebrar tratados. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

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

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

REZEK, José Francisco. Direito dos Tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

SALIBA, Aziz Tuffi. Direito dos tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

SALIBA, Aziz Tuffi. Legislação de Direito Internacional. 7ª Ed. São Paulo: Rideel, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SHAW, Malcolm. International Law. Cambridge: University Press, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. I. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e interno. Rio de Janeiro: Arquivos de Direitos Humanos, 1999.