

A TESE DA HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – UM ENSAIO CRÍTICO

Ana Carolina Leroy Macedo¹
Cintia Garabini Lages²

RESUMO

A introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, fez surgir um “problema” no que tange à hierarquia das normas relativas aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores a esta emenda, e aos posteriores, dando-lhes *status* de norma infraconstitucional e constitucional, respectivamente. Tal situação é bastante discutida, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, que tem por posicionamento majoritário o entendimento de que se trata de norma com *status* infraconstitucional, supralegal; bem como pelos doutrinadores, que têm por corrente minoritária, a compreensão de ser norma com *status* constitucional, através de interpretações realizadas dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Magna Carta de 1988 e, também, pelo processo da recepção. Por essa forma, o presente trabalho tem por escopo apresentar uma visão crítica/construtiva dos entendimentos jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, apresentando todas as suas nuances.

Palavras-chaves: Tratados internacionais de direitos humanos. Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Recepção.

ABSTRACT

The introduction of § 3rd of Article 5th of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, by Constitutional Amendment nº 45 of 2004 gave rise to a "problem" regarding the hierarchy of norms relating to human rights treaties prior to this amendment,

¹ Bacharel em Direito pela Puc Minas.

² Doutora em Direito pela Puc Minas. Professora da Faculdade Mineira de Direito de Direito Constitucional.

and later, giving them status and infraconstitutional norm, respectively. This situation is widely debated, both by the Supreme Court, which has the majority placement the understanding that it comes standard with status infraconstitutional, supralegal, as well as by indoctrinators, whose current minority understanding to be standard with constitutional status through interpretations made of §§ 1st and 2nd of Article 5th of the Magna Carta of 1988 and also by the process of reception. By this way, the present work has the purpose to present critical/constructive jurisprudential and doctrinal understandings on the topic, presenting all of the nuances.

Keywords: International treaties on human rights. Constitutional Amendment n° 45 of 2004. Reception.

INTRODUÇÃO

A adoção de uma constituição formal não é suficiente para eliminar do debate jurídico a discussão em torno da amplitude de uma ordem constitucional e, conseqüentemente, sobre quais matérias devem ser consideradas como dotadas de caráter constitucional ou não, o que implica no reconhecimento do seu caráter hierárquico superior em face dos demais atos normativos. Tal discussão ganha maior relevo quando a própria ordem constitucional reconhece, de modo expresse, o fato de o seu texto não esgotar a temática constitucional, como ocorre com a Constituição brasileira, a exemplo do § 2º do artigo 5º, que reconhece como matéria constitucional os direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais faça parte a República Federativa do Brasil³.

A inclusão expressa das normas definidoras de direitos fundamentais não elencadas no texto normativo à ordem constitucional não foi suficiente, entretanto, para gerar consenso acerca do seu reconhecimento enquanto norma constitucional, persistindo, ainda, a dificuldade de se considerar constitucional a norma que não fosse objeto de atuação do Poder Constituinte, dada as diferenças formais entre a atuação deste poder e a do poder legislativo.

Até 2004, o entendimento prevalecente do Supremo Tribunal Federal era o de que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por maioria simples nas casas do

³ 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.

Congresso Nacional, gozavam de hierarquia infraconstitucional, não obstante sua natureza constitucional.⁴ Tal entendimento possibilitava a revogação do tratado por meio de lei ordinária e, conseqüentemente, autorizava a denúncia do tratado por parte do Estado brasileiro. Privilegiava o Supremo Tribunal Federal uma compreensão formalista do conceito de constituição em detrimento de um conceito mais amplo, fundado na premissa material da mesma.

Esse entendimento foi mantido após o advento da Emenda Constitucional n° 45 de 2004, que promoveu a Reforma do Poder Judiciário e introduziu, entre outras importantes alterações, um novo procedimento para a ratificação de tratados internacionais sobre matéria de direitos humanos. Segundo essa nova disciplina, os tratados sobre direitos humanos passaram a ser ratificados por um procedimento muito assemelhado ao da aprovação das emendas constitucionais, sem com elas se confundirem. Estabeleceu o constituinte derivado que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros das duas casas do Congresso Nacional equivalem às emendas constitucionais em termos hierárquicos, procedimento semelhante, hierarquia semelhante.

Neste sentido, a questão relativa à consideração dos direitos humanos reconhecidos através de tratados internacionais ratificados pelo novo procedimento resolveu a questão relativa ao reconhecimento formal do caráter constitucional das suas normas: possuem a mesma hierarquia, e passam a englobar o bloco de constitucionalidade brasileiro.⁵

Entretanto, a nova sistemática processual constituinte aplica-se apenas em relação aos tratados internacionais ratificados em momento posterior à promulgação da Emenda Constitucional n° 45/2004, não incluindo os tratados internacionais anteriormente ratificados e que já integravam o ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da promulgação da referida emenda.

A não extensão do mesmo entendimento aos tratados anteriormente ratificados gerou uma distinção formal entre dois tipos de instrumentos, tratados sobre direitos humanos com *status* constitucional, os aprovados após a EC n° 45/2004, e tratados internacionais com *status* hierárquico idêntico ao da lei ordinária, posto terem sido aprovados antes do advento da

⁴ Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados *status* paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes majoritárias. Neste sentido, ver: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ Ressalte-se que o novos *status* hierárquico, se não importou em uma integração formal dos tratados sobre direitos humanos ao texto constitucional, mas apenas na integração do bloco de constitucionalidade. Importou, lado outro, na impossibilidade da sua revogação (dos tratados) por meio de emendas constitucionais, posto tratar-se de cláusula pétreia, limite **material** ao poder reformador.

referida emenda. Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan, que duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos surgiram após a introdução do parágrafo terceiro ao artigo 5º. da Constituição brasileira, os materialmente constitucionais e os formal e materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2012, p. 139).

Entendimento intermediário, conciliador, é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados segundo o processo legislativo ordinário gozariam de um *status* hierárquico intermediário, o da supralegalidade⁶. Mas o sentido de supralegalidade aqui adotado não se coaduna com a ideia de constitucionalidade, trata-se de uma posição, como antes afirmado, intermediária, que situa o ato normativo abaixo da constituição, porém acima das demais normas que compõem o ordenamento jurídico estatal.

Tal distinção traz consequências graves ao sistema de defesa dos direitos fundamentais pois, ao considerar a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos exclusivamente em função do seu processo de ratificação, autoriza a denúncia dos tratados sobre essa matéria, fragilizando o sistema de defesa dos direitos fundamentais.⁷

Dessa forma, pretende-se discutir por meio do presente trabalho a tese segundo a qual os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados em momento anterior à publicação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 devam ser considerados como normas de hierarquia equivalente às emendas constitucionais, não apenas em função do seu caráter material, como afirma Piovesan, mas também em função do seu caráter formal. Para tanto, pretende-se discutir a aplicação do instituto da recepção, instrumento de direito constitucional intertemporal, que possibilita, a recepção das normas infraconstitucionais em face de uma nova ordem constitucional, não obstante a diferença processual e/ou hierárquico operada, dada a impossibilidade da inconstitucionalidade formal superveniente (BARROSO, 2009, p. 74).

Para tanto, procedeu-se, em um primeiro momento, a uma breve consideração acerca do processo de ratificação dos tratados, passando-se à análise da compreensão doutrinária e

⁶ A jurisprudência do STF acerca da natureza hierárquica das normas definidoras de direitos fundamentais contidas em tratados internacionais oscilou ao longo da história do próprio órgão julgador, ora adotando a tese da primazia do direito internacional, ora a tese da equiparação dos tratados a normas infraconstitucionais e, mais recentemente, a tese da supralegalidade, as duas últimas teses serão objeto de consideração adiante. Neste sentido, ver: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ Não se pretende aqui advogar a tese segundo a qual o processo legislativo opera uma função meramente formal ou secundária. Ao contrário, entende-se que o processo legislativo tem por finalidade garantir as condições de produção legítima do direito no contexto de um estado democrático. Neste sentido, ver: LAGES, Cintia Garabinil. O caráter democrático do processo legislativo. Revista de Informação Legislativa, ano 48, número 191. Julho/setembro, 2011, p. 17 a 26.

jurisprudencial do STF acerca da hierarquia dos tratados em face da constituição antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, para em segundo momento, reconstruir os argumentos que consagraram a tese da supralegalidade. Finalmente, discute-se a aplicação da recepção como instituto capaz de assegurar a equivalência formal e material das normas sobre direitos fundamentais contidas nos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

2. NOTAS SOBRE O PROCESSO DE RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao atribuir privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 2012, p. 35), dedica-se à conclusão dos tratados internacionais à colaboração entre os poderes do Executivo e do Legislativo. É o que se depreende da análise do artigo 84, inciso VIII e artigo 49 da Magna Carta de 1988, que descreve ser “da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 2012, p. 29).

O Estado brasileiro adota um “sistema misto”⁸ de ratificação, segundo o qual:

(...) o Presidente da República envia para o Congresso uma mensagem, sendo elaborado um decreto legislativo de aprovação do tratado, que é enviado ao Presidente para promulgação, ou seja, as normas contidas em tratados internacionais não se tornam eficazes, na ordem jurídica interna, por força de uma cláusula geral de recepção automática. Ao contrário, para que irradiem efeitos *in foro doméstico*, é mister que venham ratificadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material – lei sem sanção e sem veto, que tem o nome de Decreto Legislativo (SILVA, 2010, p. 98).

Para a integração dos “tratados internacionais solenes e completos” ao ordenamento jurídico brasileiro deve ocorrer a junção de “duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, e do Presidente da República, enquanto Chefe de

⁸ O sistema misto, conforme determina Roberto Luiz Silva, em sua obra “Direito Internacional Público”, p. 98, compreende a: “participação tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo na ratificação”.

Estado, mediante decreto.” Sendo assim, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro através de: negociação/adesão, assinatura, ratificação, promulgação e publicação (SILVA, 2010, p. 127).

O decreto legislativo, por sua vez, é ato legislativo (art. 59, inciso VI da CF/88), discutido e aprovado em ambas as Casas do Congresso Nacional, vedada a sanção do Presidente da República por tratar-se de matéria de competência privativa do Congresso Nacional (art. 49 da CF/88). Já o decreto presidencial é ato do Chefe do Poder Executivo através do qual o mesmo exerce competências próprias, sujeito a limites constitucionais e legais para o seu exercício. No presente caso, o Presidente apenas pode editar o decreto que promove a integração do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro, após a publicação do decreto legislativo e nos termos deste.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não regulamentar especificadamente o processo legislativo relativo aos decretos legislativos, o faz de modo indireto. Aplica-se, desta forma, subsidiariamente o processo legislativo ordinário, e o quórum de aprovação segue a regra geral prevista no art. 47 da CF/88, o da maioria relativa. As especificidades decorrem, como já afirmado, da impossibilidade da sanção, inferindo-se que a promulgação e publicação do ato decorrerão de ato da Mesa Diretora do Congresso Nacional. O decreto legislativo possui o mesmo *status* hierárquico que a lei ordinária⁹.

⁹ Os tratados internacionais solenes e completos, como explica Roberto Luiz Silva, em sua obra “Direito Internacional Público”, pp. 124/127, possuem trâmite diferenciado, qual seja: “O Presidente tem competência para celebrar tratados; Ele delega poderes ao Ministério das Relações Exteriores, que indica pessoa para representar o país (que deve ser aprovada pelo Presidente), o chamado agente plenipotenciário; Após negociar e assinar o tratado, o agente plenipotenciário retorna ao país e o submete à apreciação do Ministro das Relações Exteriores; Se este concordar, elabora um *Projeto de Mensagem ao Congresso Nacional*, devidamente justificado, além de anexar uma cópia do texto original do tratado traduzido e uma exposição de motivos, que é submetida ao Presidente; Se o Presidente da República concordar, transforma o projeto em *Mensagem ao Congresso Nacional*, que será apresentada ao Presidente da Câmara dos Deputados, juntamente com a cópia do texto do tratado e a exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores; O Presidente da Câmara dos Deputados faz uma primeira leitura em plenário e encaminha a mensagem à Comissão de Relações Exteriores, que irá analisar os aspectos materiais do tratado, tais como o mérito e se há vícios de consentimento. Elaborar um *Projeto de Decreto Legislativo*, encaminhando-o, posteriormente, à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação – CCJ da Câmara, que analisará os aspectos relativos à sua constitucionalidade, legalidade, jurisdição, regimentabilidade e técnica legislativa; Se o Presidente da Câmara dos Deputados sentir necessidade de análise do Projeto por outras comissões, de acordo com a natureza do tratado (*ratione materiae*), poderá encaminhá-lo para análise de submetê-lo ao plenário da Câmara; O Projeto é submetido à votação em plenário, em caráter de urgência. Nessa fase é aberta aos membros do plenário a possibilidade de apresentação de emendas do Plenário; A aprovação se dá em sessão única, por maioria de votos, presentes a maioria absoluta do total dos membros da Câmara dos Deputados; O Projeto de Decreto Legislativo segue, então, para o Senado Federal, que, por maioria de votos, estando presentes a maioria absoluta de seus membros, poderá: a) *rejeitar* o projeto (...); b) *aprová-lo com emendas* (...); c) *aprovar* o Projeto de Decreto Legislativo sem emendas (...); O *Decreto Legislativo* é numerado pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado e publicado na Seção I do *Diário Oficial da União* e na Seção II do *Diário do Congresso Nacional*. Somente após ter o Congresso aprovado o ato é que o governo fica autorizado a ratificá-lo, seguindo-se a troca ou depósito de tais instrumentos; O Decreto Legislativo é submetido à *ratificação* pelo Presidente da República, que tem liberdade de ratificá-lo ou não, em

3. O CARÁTER HIERÁRQUICO DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS HUMANOS CONTIDAS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO STF

O entendimento segundo o qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, gozam de *status* de norma infraconstitucional foi adotado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Rext. 80.004¹⁰. Desde então, e até o advento da EC nº 45/2004, o STF passou a entender que a adoção de um processo legislativo ordinário, ou seja, de um processo de natureza não constituinte, impediria a consideração da matéria como possuidora de hierarquia constitucional, não obstante a natureza constitucional do seu objeto. Como afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Uma importante corrente doutrinária sustentou que os direitos humanos previstos em tratados internacionais configurariam não apenas normas de valor constitucional, como também cláusulas pétreas. A tese não obteve a adesão do Supremo Tribunal Federal, que, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, diversas vezes recusou *status* constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José (MENDES, BRANCO, 2011, p. 147).

Como expõe Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o “STF, em 1977, havia adotado no julgamento do RE 80.004 a tese de que a lei nacional, por ser expressão última da vontade do legislador, deveria prevalecer sobre o tratado internacional, sem se ater às consequências pelo descumprimento do tratado no âmbito nacional” (CRUZ, 2003, p. 308). Assim, o STF adotou a tese da equiparação, tal como se depreende do voto do Ministro Cunha Peixoto:

(...) o Congresso não transformou a Lei Uniforme em direito positivo brasileiro, já que como está expresso no decreto, ficou aprovada a convenção para adoção da lei uniforme no Brasil e não sua vigência, naquele momento, no Brasil. E esta assertiva ainda mais se positiva, quando ficou declarado que destinar-se-á a aprovação a regular certos conflitos em matéria de lei daqueles títulos de crédito. Ora, se o decreto estivesse transformando a Lei Uniforme de Genebra em lei brasileira, evidente que estava também terminando com os conflitos referentes à disciplina destes institutos. (...) Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira.

momento que julgar oportuno, por *decreto*, submetendo-o à publicação no *Diário Oficial da União*, bem como a uma segunda publicação, no *Diário do Congresso Nacional*”.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de junho de 1977.

(...) Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então, poderá ser revogado ou modificado pelo Congresso, como qualquer outra lei (BRASÍLIA, 1977, p. 946, 953).

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal manteve idêntico posicionamento, reconhecendo, para tanto, “a plena legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69, art. 4º)” (CRUZ, 2003, p. 309), conforme previsto no inciso LXVII, art. 5º, da Constituição Federal de 1988¹¹, indeferindo o *Habeas Corpus* impetrado com base no Pacto São José da Costa Rica, em seu art. 7º, item 7¹², já que o “mencionado Pacto, dado a sua natureza infraconstitucional, não pode afastar as exceções à prisão civil por dívida que foram diretamente impostas pela CF” (CRUZ, 2003, p. 310). tal como descreve Kildare Gonçalves Carvalho:

Antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, escrevíamos sobre o tema que, admitindo-se que a incorporação ocorria em nível de legislação ordinária, os tratados de direitos humanos não podem contrapor-se à Constituição, nem derogam, por serem normas gerais, a legislação interna infraconstitucional (CARVALHO, 2013, p. 700).

Conclui-se, para tanto, que o STF, através de suas decisões, em especial no que tange à “prisão do depositário infiel”, antes de 2004, não considerava a “especificidade dos tratados de direitos humanos atribuindo-lhes as diretivas concernentes ao processo de incorporação de qualquer outro tratado internacional, ou seja, o *status* de norma infraconstitucional” (CRUZ, 2003, p. 311).

Isto ocorria, também, por entender o Supremo Tribunal Federal que “ao incorporar uma norma internacional com *status* de norma constitucional estar-se-ia ofendendo o Princípio da Soberania. Isso porque o tratado acabaria produzindo os efeitos de uma Emenda Constitucional”, sendo este um instituto que necessita de nuances próprias e que “não poderiam ficar ao alvitre de outras nações” (CRUZ, 2003, p. 317).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, através dos argumentos ora abarcados, em especial a ofensa ao princípio da soberania¹³,

¹¹ Art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 2012, p. 10)

¹² Art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (CRUZ, 2003, p. 310)

¹³ De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em sua obra “O Supremo Tribunal Federal Revisitado – O Ano Judiciário de 2002”, pp. 319/320, entendendo-se como “Princípio da Supremacia Constitucional tratando-se de

entendeu possuir *status* de norma infraconstitucional os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que não se poderia aceitar a introdução de países estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzido no texto constitucional um novo procedimento de ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos. Essa nova modalidade de ratificação em muito se assemelha ao processo constituinte derivado no que diz respeito aos seus requisitos formais: sua incorporação ao ordenamento jurídico depende de aprovação de ambas as casas do Congresso Nacional, em dois turnos, exigindo-se o voto de três quintos dos respectivos membros.

Os tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados segundo esse procedimento especial são equivalentes às emendas constitucionais, não obstante com elas não se confundirem. Importa dizer que os tratados assim ratificados integram o direito constitucional pátrio, não o texto constitucional.

Diante de um novo contexto normativo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal modificou-se, seguindo a nova lógica constitucional. Atribuiu o STF, aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados segundo o novo procedimento, *status* de norma constitucional, ao passo que, aos anteriores àquela Emenda Constitucional, foi mantido o status de norma infraconstitucional, podendo, também, ser denominada como uma possuidora de *status* “supralegal”, tal como nos demonstram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se, entretanto, a admitir que os tratados “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”. Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de *status* constitucional. A emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado valerão, nessa hipótese, com *status* infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, por novo processo legislativo adequado, *status* de Emenda Constitucional. Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo *status* normativo supralegal,

Constituição rígida, como é a Brasileira, qualquer alteração deverá ser promovida por meio de determinado processo. No caso brasileiro esse processo é chamado Emenda Constitucional. Assim sendo, admitir a incorporação imediata das disposições de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos como norma constitucional de aplicabilidade imediata, dispensando-se o processo necessário para fazê-lo (Emenda Constitucional) no qual se inclui a análise pelo Poder Legislativo configuraria uma ofensa a esse princípio. Ademais, admitir esse raciocínio (incorporação com *status* de norma constitucional de aplicação imediata) como válido seria o mesmo que aceitar a ingerência de nações estrangeiras no ordenamento jurídico nacional, fato que seria, nos mesmos moldes, violador do referido princípio”.

mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 148)

Entretanto, segundo se depreende do texto acima citado, dois procedimentos distintos de ratificação de tratados internacionais podem ser utilizados pelo legislador brasileiro: o anterior à EC nº 45/04 e o introduzido pela referida emenda. A natureza constitucional das normas de direitos humanos contidas nos tratados seria estabelecida em função do seu processo de ratificação.

Avançando em relação a uma distinção entre a hierarquia ordinária e constitucional dos tratados sobre direitos humanos, entendeu o STF, a partir do julgamento do RExt 466.343, que os tratados sobre direitos humanos ratificados através do procedimento ordinário, ou seja, não constitucional, devam ser considerados como possuidores de uma hierarquia supralegal. Neste sentido, a síntese de Flávia Piovesan:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 rompe com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força normativa dos tratados internacionais. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 2005, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária (PIOVESAN, 2012, p. 134).

Conforme o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do mesmo recurso, a hierarquia constitucional é assegurada apenas com relação aos tratados que versam sobre direitos humanos. Os tratados ratificados segundo o procedimento adotado pela Emenda Constitucional nº 45/04 gozam de hierarquia constitucional. Entretanto, afirma:

Em termos práticos, 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. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) 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 (BRASÍLIA, 2008, p. 1140).

Assim, após o acórdão proferido no REExt n. 466.343, foi reconhecida a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, proposta pelo Supremo Tribunal Federal, em que determina serem estes tratados “colocados em grau de hierarquia normativa superior a da legislação infraconstitucional, embora inferior à da Constituição” (MARINONI, MAZZUOLI, 2013, p. 65). Atribuindo, portanto, aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma supralegal, mas infraconstitucional.

4. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alguns posicionamentos doutrinários contrários ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, defendiam o caráter constitucional dos os tratados internacionais, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, tal como descreve Antônio Augusto Cançado Trindade:

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 Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (TRINDADE, 1996, p. 210).

Com o mesmo posicionamento, argumentando com base nos arts. 1º, 2º e 5º §§ 1º e 2º da Constituição Brasileira de 1988, Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirmava, ao discorrer acerca da não aplicação da prisão do depositário infiel, que os tratados internacionais de

direitos humanos deveriam entrar no ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional, sem a necessária concordância com o Poder Legislativo:

Nas decisões analisadas nesse estudo, *data venia* ao STF, seguindo-se as ponderações retro explicitadas acerca do direito como integridade, teoria trazida à lume por Dworkin, a solução mais acertada para o debate sobre a prisão civil do depositário infiel e do devedor fiduciante por equiparação, seria aquela condizente com interpretação integrativa dos dizeres dos arts. 1º, 2º e 5º §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988. Importa isso em dizer que as disposições de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos deverão ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional auto-executável, não sendo necessária, portanto, aprovação pelo Poder Legislativo. E, uma vez conflitante com outra norma constitucional deveria prevalecer a mais favorável à vítima. (CRUZ, 2003, p. 319)

Defendendo idêntico posicionamento, Valerio de Oliveira Mazzuolli descreve que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados **anteriormente** à Emenda Constitucional nº 45/2004 seriam, como forma de não ferir o princípio constitucional da isonomia, equiparados aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados *a posteriori*, possuindo, assim, *status* de norma constitucional. A adoção de um entendimento contrário, afirma o referido autor, importa na criação de uma “duplicidade de regimes jurídicos”, estabelecendo categorias formais de tratados com idêntico fundamento ético, regulando matérias iguais através de procedimentos diferentes. “Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos (...) (MAZZUOLI, 2010, p. 196).

Flávia Piovesan defende que todos os tratados internacionais que versam sobre matéria de direitos humanos e que foram ratificados segundo o ordenamento jurídico brasileiro, possuíam e possuem *status* de norma constitucional, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/04.

Em face de todos os argumentos já expostos, sustenta-se que a hierarquia constitucional já se extrai da interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos 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, 2008, p. 27).

O mesmo posicionamento é descrito por Kildare Gonçalves Carvalho (2013), que afirma possuírem os tratados internacionais de direitos humanos *status* de norma constitucional, conforme interpretação realizada do artigo 5º, § 2º, da Magna Carta.

Assim, uma parte considerável da doutrina constitucionalista de internacionalista brasileira reconhece aos tratados internacionais sobre direitos humanos natureza constitucional, não apenas material, mas também formal, aplicando-se a norma constitucional acima citada segundo a qual o reconhecimento expresso de direitos fundamentais pelo poder constituinte originário não importa na adoção de um rol taxativo, mas de um rol aberto, no âmbito do qual devem ser inseridos os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados constitucionalmente, assim como os aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição” (PIOVESAN, 2012, pp. 114/115).

Cabe ressaltar o argumento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais segundo uma “interpretação sistemática e teleológica” da Magna Carta de 1988, em especial na “prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana” (PIOVESAN, 2012, p. 124).

Com a introdução do novo procedimento de ratificação dos tratados sobre direitos humanos pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, os doutrinadores citados mantiveram seu posicionamento, aduzindo que antes mesmo da introdução do § 3º ao art. 5º da Magna Carta de 1988, já detinham os tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, conforme interpretação ao art. 5º, § 2º, da Magna Carta de 1988, tal como descreve Flávia Piovesan:

Os tratados de direitos humanos são incorporados automaticamente pelo Direito brasileiro e passam a apresentar hierarquia de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, os quais se sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e detêm status hierárquico infraconstitucional. Por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, todos os tratados de direitos humanos,

independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. (PIOVESAN, 2012, p. 437)

Tal entendimento adota Valerio de Oliveira Mazzuoli, ao afirmar serem os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais, não dependendo de *quorum* qualificado de aprovação, através, também, do princípio da “supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna”:

Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior. (MAZZUOLI, 2010, p. 197)

Assim, o entendimento doutrinário segundo o qual os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional independe do procedimento adotado para a sua ratificação, mas da matéria que constitui o seu objeto. A introdução de um novo procedimento pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 teve por objetivo pôr fim a uma discussão doutrinária e jurisprudencial que debilitava a efetividade dos direitos fundamentais ao equiparar os tratados às leis ordinárias. Entretanto, a mesma acabou por ensejar outra tormentosa questão, a da hierarquia constitucional ou não das normas definidoras de direitos fundamentais contidas em tratados ratificados antes da promulgação da Emenda nº 45/2004. Nessa seara, doutrina e STF caminham em direções opostas, recorrendo o STF mais uma vez a uma compreensão formalista do direito constitucional, mesmo quando a Constituição se apresenta materialmente aberta.

5. A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTIDAS EM TRATADOS INTERNACIONAIS: APLICAÇÃO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL

A tese da suprallegalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal situa os tratados internacionais abaixo da Constituição, porém acima das leis. Nesse sentido, segundo aduz o

Ministro Gilmar Mendes, os tratados possuem uma hierarquia especial no ordenamento jurídico. Entretanto, esse “lugar especial” precisa ser melhor esclarecido.

A Constituição da República Federativa do Brasil institui várias funções e as atribui a distintos órgãos, os quais dota de independência orgânica. Trata-se da realização do princípio da separação de poderes, indicado no seu artigo 2º. Ao Congresso Nacional a Constituição brasileira atribui duas funções de caráter normativo, a legislativa e a constituinte derivada. A função legislativa desenvolve-se através de um devido processo legislativo e importa na elaboração de espécies legislativas indicadas no seu artigo 59. A função constituinte derivada também é atribuída ao Congresso Nacional que, através de um processo constituinte devido, importa na produção de emendas à constituição.

Sendo assim, são elaboradas pelo Congresso Nacional duas espécies de atos normativos, leis e emendas constitucionais¹⁴. As leis possuem inequívoco caráter infraconstitucional, não apenas o seu processo legislativo deve seguir o modelo processual estruturado pela constituição, como seu conteúdo não pode contrariar norma constitucional, sob pena de nulidade, posto que o seu fundamento de validade é a Constituição.

Já o processo de elaboração das emendas constitucionais deve obedecer aos limites expressos na Constituição, inclusive os materiais (as chamadas cláusulas pétreas). Entretanto, é da própria finalidade da emenda constitucional a alteração do texto constitucional. A existência de limites materiais não importa na distinção hierárquica entre as normas constitucionais originárias e as derivadas. Não existe, no modelo processual legislativo estruturado pela Constituição Federal a figura da espécie legislativa supralegal.

Se as normas definidoras de direitos fundamentais contidas em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro estão acima das leis, por possuírem *status* supralegal, conforme o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, não podem as mesmas serem revogadas pelas espécies legislativas indicadas no art. 59 da Constituição Federal, posto serem as mesmas dotadas de caráter infraconstitucional.

Lado outro, não podem as referidas normas serem objeto de revogação através de emendas à Constituição, por constituir o seu objeto, direitos e garantias fundamentais, limite material ao poder constituinte derivado, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal.

¹⁴ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – Emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções.

Se não podem as normas definidoras de direitos fundamentais previstas em tratados internacionais serem revogadas por espécie legislativa infraconstitucional, assim como não podem ser revogadas por emendas constitucionais, outro caminho lógico não existe a não ser o reconhecimento do seu caráter constitucional material.

A natureza material dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro em época anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 pode ser compreendido através da aplicação do instituto da recepção. Ao entrar em vigor a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, modificando dispositivos constitucionais, a mesma “depara-se com todo um sistema legal preexistente”, o que implica em recepcionar ou não as normas infraconstitucionais anteriores (BARROSO, 2010, p. 72).

Uma vez recepcionadas, as normas definidoras de novos direitos fundamentais previstas em tratados internacionais, verificadas e reconhecidas válida e legalmente pelo Estado brasileiro, a elas se reconhece o *status* de normas constitucionais, sobretudo em função do caráter material da *recepção*. O processo de *recepção* das normas previstas em tratados não exige a compatibilidade formal para sua ocorrência. Como aduz Luís Roberto Barroso, o caráter material da *recepção* importa na impossibilidade da inconstitucionalidade formal superveniente. O que possibilita defender a hierarquia constitucional dos tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

A tese da supralegalidade não encontra guarida no constitucionalismo brasileiro, que apenas estrutura processos normativos infraconstitucionais e constitucional derivado. Atribuir aos tratados definidores de direitos fundamentais caráter supralegal significa reconhecer-lhes indiretamente natureza constitucional, uma vez que não podem os tratados serem modificados por lei, apenas por emendas à constituição, desde que essa não tenha por finalidade restringir o seu objeto, direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

Após detida análise sobre os efeitos decorrentes da introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição brasileira de 1988 através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, pode-se inferir que os tratados internacionais de direitos humanos, em que o Brasil figura como signatário, são materialmente constitucionais, e nesse sentido, incorporam-se ao bloco de constitucionalidade.

O reconhecimento da natureza constitucional dos tratados internacionais independe do momento em que se deu seu processo de ratificação. A tese segundo a qual os tratados internacionais definidores de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 possuem caráter supralegal não encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, que apenas reconhece dois processos normativos válidos para a produção de normas gerais e abstratas: o legislativo, cuja finalidade é o de elaborar as espécies legislativas infraconstitucionais previstas no art. 59, e o constituinte derivado, cujo objetivo é o de elaborar normas constitucionais modificadoras do texto constitucional.

O processo de ratificação dos tratados não importa na adoção de um terceiro procedimento normativo. A inovação processual introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 apenas estendeu aos tratados de direitos humanos procedimento semelhante ao constituinte derivado, equiparando-os às emendas constitucionais. Os tratados de direitos humanos já ratificados pelo Estado brasileiro devem ser considerados como recepcionados materialmente, e reconhecido aos mesmos *status* de normas constitucionais, sob pena de, conforme aduziu Mazzuoli, de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Vade mecum saraiva**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004-SE. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. **Brasília**, Distrito Federal, 01 junho 1977.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Brasília**, Distrito Federal, 03 dezembro 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 20. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 1.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Supremo Tribunal Revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino americano**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1544p.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. In: EOS: Revista Jurídica da Faculdade de Direito – v.2 – n. I – ano II, artigo 03. Dom Bosco, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Roberto Luiz Silva. **Direito Internacional Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996.