

# OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004

Sidney Guerra\*

Suelen Agum dos Reis\*\*

## RESUMO

Os tratados internacionais são apresentados como fontes formais do direito internacional público, conforme exposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sendo extremamente importantes para o “processo legislativo” e “codificação” do direito internacional.

Neste artigo, em que se prioriza a verificação da inserção das normas internacionais de direitos humanos no âmbito interno, serão expendidas considerações acerca dos tratados internacionais, embora as demais fontes tenham a sua importância e especificidades próprias.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, estabelece que Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

No ano de 1986 foi concebida uma nova Convenção que alarga o conceito formulado acima, apresentando também as Organizações Internacionais com a possibilidade de celebrarem tratados internacionais para com outras Organizações Internacionais e com Estados.

Fato curioso é que o tratado internacional pode assumir vários nomes em língua portuguesa, o que produz enorme confusão aos estudiosos da matéria. Por exemplo, o artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988 estabelece que “É da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre *tratados, acordos ou atos internacionais*”, por sua vez, o artigo 84, inciso VIII diz que “Compete

---

\* Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular e Coordenador de Pesquisa Jurídica da Universidade do Grande Rio. Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Membro da Inter American Bar Association, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da Associação Nacional de Direitos Humanos Ensino e Pesquisa, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e da Academia Brasileira de Direito Internacional. Advogado no Rio de Janeiro. [sidneyguerra@ufrj.br](mailto:sidneyguerra@ufrj.br) e [sidneyguerra@terra.com.br](mailto:sidneyguerra@terra.com.br).

\*\* Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa institucional em Direitos Humanos da FDC. [suagum@yahoo.com.br](mailto:suagum@yahoo.com.br)

privativamente ao Presidente da República. Celebrar *tratados, convenções e atos internacionais*.”.

Diante de situações como esta, e para efeito deste trabalho, deve ser compreendido, apesar de todas as variações terminológicas, o termo *tratados internacionais* como referente a qualquer documento celebrado entre Estados e Organizações Internacionais, que tenham ou venham a ter valor no âmbito jurídico internacional.

Feitas as considerações necessárias sobre os tratados internacionais, passa-se a análise da discussão sobre seu processo de internalização, em especial quanto à hierarquia e aplicabilidade que eles assumem perante o ordenamento jurídico brasileiro, neste sentido será verificado o modo pelo qual o Brasil se relacionou com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos antes do advento da EC nº 45/2004, oportunidade em que serão apresentadas as teorias então existentes no Brasil, para posterior análise das novas situações geradas a partir da reforma do texto constitucional.

**PALAVRAS CHAVES:** PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA; TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS; EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.

#### **ABSTRACT**

International treaties are presented like formal source of public international law, according to the definition contained in article 38 of the Statute of the International Court of Justice, and are extremely important for the “legislative process” and for the “codification” of the international law.

In the present study, the priority is to check the inclusion of international rules of human rights into the Brazilian legislation. Some considerations about international treaties will be made, though the others sources have their own importance and peculiarities.

The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 establishes that Treaty is a written international agreement celebrated between States and governed by the International Law, whether it consists of a single instrument or of two or more connected instruments, whichever its specific designation is.

In the year of 1986 it was conceived a new Convention that extended the concept above mentioned and presented the possibility of an International Organization to celebrate international treaties with other International Organizations and with States.

A curious fact is that the international treaty can assume several names in Portuguese, what produces an enormous confusion among those who study this subject. For instance, the article 49, I incise I of the Federal Constitution of 1988 establishes that “ It is of exclusive competence of the National Congress to decide definitely on treaties, agreements or international acts ”, whereas the article 84, incise VIII says that “ It is responsibility peculiar to the President of the Republic to celebrate treaties, conventions and international acts. ”.

Before situations like this one, and for effect of this work, the term *international treaties* must be understood, in spite of all the variations that it can have, like referring to any document celebrated between States and International Organizations, which have or are bound to have value in the legal international extent.

After the necessary considerations about international treaties are done, it will be made the analysis of the discussion on its inclusion into the Brazilian legislation, in special as for the hierarchy and applicability that they assume before the Brazilian legal extent. It will be checked the way by which Brazil connected with the international pomp of protection of human rights before the advent of the EC n° 45/2004, opportunity in which it will be presented the theories that existed at that time in Brazil. After that, it will be made an analysis of the new situations produced from the reform of the constitutional text.

**KEYWORDS:** INTERNATIONAL PROTECTION OF THE HUMAN RIGHTS. HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL TREATIES. CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45/2004.

## **I. INTRODUÇÃO**

Os tratados internacionais são apresentados como fontes formais do direito internacional público, conforme exposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sendo extremamente importantes para o “processo legislativo” e “codificação” do direito internacional.

Neste artigo, em que se prioriza a verificação da inserção das normas internacionais de direitos humanos no âmbito interno, serão expandidas considerações acerca dos tratados internacionais, embora as demais fontes tenham a sua importância e especificidades próprias.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, estabelece que Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

No ano de 1986 foi concebida uma nova Convenção que alarga o conceito formulado acima, apresentando também as Organizações Internacionais com a possibilidade de celebrarem tratados internacionais para com outras Organizações Internacionais e com Estados<sup>1</sup>.

Fato curioso é que o tratado internacional pode assumir vários nomes em língua portuguesa, o que produz enorme confusão aos estudiosos da matéria.

Por exemplo, o artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988 estabelece que “É da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre *tratados, acordos ou atos internacionais*”, por sua vez, o artigo 84, inciso VIII diz que “Compete privativamente ao Presidente da República. Celebrar *tratados, convenções e atos internacionais*.”.

Diante de situações como esta, e para efeito deste trabalho, deve ser compreendido, apesar de todas as variações terminológicas, o termo *tratados internacionais* como referente a qualquer documento celebrado entre Estados e Organizações Internacionais, que tenham ou venham a ter valor no âmbito jurídico internacional.<sup>2</sup>

Feitas as considerações necessárias sobre os tratados internacionais, passa-se a análise da discussão sobre seu processo de internalização, em especial quanto à hierarquia e aplicabilidade que eles assumem perante o ordenamento jurídico brasileiro, neste sentido será verificado o modo pelo qual o Brasil se relacionou com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos antes do advento da EC nº 45/2004, oportunidade em que serão apresentadas as teorias então existentes no Brasil, para posterior análise das novas situações geradas a partir da reforma do texto constitucional.

---

<sup>1</sup> Artigo 2º - Tratado significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito: I – entre um ou mais Estados e uma ou mais Organizações Internacionais; ou II – entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua designação específica.

<sup>2</sup> Sobre o tema ver: REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15-16.

## II. TEORIAS SOBRE A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45.<sup>3</sup>

Sobre o tema há regra expressa na ordem constitucional. O Constituinte originário previu a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no parágrafo 2º do art. 5º que dispõe “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.” A inovação deste dispositivo em relação às Cartas constitucionais anteriores relaciona-se ao ponto “*ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Ao longo dos anos, várias interpretações foram atribuídas quanto à inserção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro em razão do referido dispositivo constitucional, pois o constituinte ampliou o rol de direitos e garantias aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizesse parte.

Surgiram questionamentos tais como: Os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* de norma constitucional ou hierarquia de lei ordinária? Ou ainda poderiam ser considerados supraconstitucionais ou seriam supralegais?

Diante destes questionamentos é que se instala a problemática da relação dos tratados internacionais de direitos humanos em face do ordenamento jurídico brasileiro. Tal situação se iniciou em 1988, com a promulgação da Carta Constitucional em vigor até os dias atuais. A inovação trazida pelo § 2º do art. 5º foi suficiente para arvorar questionamentos e tomada de posicionamentos diferenciados entre vários doutrinadores e tribunais pátrios. Com o decorrer do tempo foram organizadas quatro teorias: i) a corrente que reconhece natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos; ii) a corrente que reconhece natureza constitucional dos documentos internacionais de direitos humanos; iii) a corrente que afirma que as convenções internacionais têm natureza de lei ordinária; e iv) a corrente que estabelece que os tratados de direitos humanos têm caráter supralegal. Passemos a análise de cada uma das teorias.

---

<sup>3</sup> Recomenda-se a leitura de GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

## 1. Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

A primeira corrente advoga no sentido de que, os tratados internacionais de Direitos Humanos, uma vez incorporados no sistema jurídico brasileiro, são dotados de hierarquia supraconstitucional. O brasileiro defensor desta corrente é Celso Albuquerque de Mello<sup>4</sup>. No seu entender as normas constitucionais não possuem poder revogatório em relação às normas internacionais em temas de direitos humanos, ou seja, nem mesmo Emenda Constitucional suprimiria a normativa internacional.

Na Argentina Bidart Campos defende que:

*Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado – cada una en su situación histórica – en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía – aun debilitado – no queda escarnekido en su télesis, porque es sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado – en común con todo el plexo de derechos y garantías – a resguardar a la persona humana en su convivencia política.<sup>5</sup>*

Para os defensores<sup>6</sup> deste posicionamento, o critério que consagra a supremacia do direito interno é incompatível com a principiologia do Direito Internacional Público, pois a Convenção de Havana sobre Tratados, celebrada no ano de 1928, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5647/29 estabelece em seu artigo 11 que “Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.” E a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 consagra em seu artigo 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

<sup>4</sup> MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 353. Apud. Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p. 04 Disponível em <http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf> acesso em 05 nov. 2006.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Albuquerque. Op. cit. e ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

Pelos argumentos acima expostos, a partir do momento que o Estado se submete às normas internacionais e venha a descumpri-las estaria praticando um ato ilícito e, portanto, sujeito a uma reparação internacional. Para evitar tal responsabilidade as normas internacionais de direitos humanos, uma vez recepcionadas no ordenamento pátrio, deveria assumir *status* supraconstitucional, pois assim, nem mesmo a Lei Maior de nosso Estado teria o condão de impedir a aplicação da normativa internacional.

Mas esta tese é questionável por impossibilidade de aplicação em Estados como o Brasil, que está fundado num sistema constitucional rígido, em razão da supremacia formal e material da Constituição Federal em relação à todo o ordenamento jurídico. A dificuldade de aplicação deste posicionamento no Brasil é robustecida, pois, se aplicada, anularia a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre os diplomas internacionais previsto no art. 102, III, b da Constituição, que estabelece: “Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (...)”, conseqüentemente feriria dispositivo constitucional.

Além desses questionamentos que a torna inaplicável no Brasil o Supremo Tribunal Federal já se manifestou contrário a esta corrente dizendo que:

*Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções o processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b) (grifo nosso)*<sup>7</sup>.

## **2. Constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**

A segunda corrente é defendida, dentre outros, por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Para estes, quando o Constituinte originário destinou o parágrafo 2º do art. 5º para tratar da questão, dotou os tratados internacionais de direitos humanos de um caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns<sup>8</sup>, e com isso, ao serem inseridos no ordenamento jurídico pátrio, teriam, com fundamento no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988, *status* de norma constitucional, pois

---

<sup>7</sup> RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. O referido Recurso teve como partes Recte. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Recdo. o Ministério Público Federal.

<sup>8</sup> Esse tratamento diferenciado se justifica na medida em que os tratados de internacionais comuns buscam o equilíbrio e a reciprocidade na relação entre os Estados-partes, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que têm por objetivo primordial a salvaguarda dos direitos do ser humano.

com essa cláusula aberta seria possível encontrar direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional ou extrair direitos do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como, encontrá-los nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte.

Nestas circunstâncias defende-se a hipótese de que, se os direitos e garantias expressos na 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, a Carta de 1988 incluiu, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, atribuindo aos mesmos, *status* de norma constitucional<sup>9</sup>.

Tal posicionamento também é pautado no fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, onde o valor da dignidade humana - ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, inciso III - impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988, e este dispositivo permitiu ampliar os mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que Cançado Trindade foi o proponente dos argumentos perante a Assembléia Constituinte que originaram o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Em entrevista cedida à professores do departamento de direito do Puc-Rio, Trindade afirmou que:

(...) na verdade tinha em mente assegurar a aplicabilidade direta das normas consagradas nos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro” onde “mediante uma interpretação conjunta dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, seria possível dar efeito útil (teoria do *effect utile*) às normas consagradas na Convenção Americana de Direitos Humanos e nos dois Pactos no direito interno.”<sup>10</sup>

A partir deste pensamento pretendia-se assegurar a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de direitos humanos eliminando qualquer alegação sobre a

---

<sup>9</sup> No mesmo sentido se posiciona Valério Mazzuoli ao dizer que “a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos (...) no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

<sup>10</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista: Um breve debate sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 28, jan/jun. 2006.



necessidade de regulamentação. Com os argumentos aceitos, culminando na inserção do §2º na CF de 1988, Cançado Trindade concluiu que o modelo, que ele considerava o mais aperfeiçoado por se tratar de uma forma aberta de constitucionalização dos tratados de direitos humanos, já estava consolidado no Brasil.

Também deve ser adicionado a esta corrente o argumento referente ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, ou seja, sua aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do art. 5º da CRFB.<sup>11</sup> Neste sentido Flávia Piovesan diz que "se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata"<sup>12</sup>.

Com fulcro nos argumentos acima expostos, os tratados de direitos humanos deveriam ser abordados de forma privilegiada, possuiriam eficácia imediata com o *status* de norma constitucional, tendo em vista que representam ou concorrem para a concreção do novo paradigma da proteção dos direitos fundamentais da recolocação da pessoa humana como valor máximo.

Há precedentes em favor da concessão da hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos no direito comparado como, por exemplo, a previsão da Constituição da Venezuela<sup>13</sup> de 2000 que dispõe em seu art. 23:

*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.*

Da mesma forma a Constituição Argentina<sup>14</sup> prevê em seu artigo 75 (22) que:

---

<sup>11</sup> Diferentemente, de acordo com Ingo Sarlet o procedimento diferenciado de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos não encontra embasamento no art. 5º § 1º da CF, visto que tal enunciado normativo não diz com a incorporação de tratados ou mesmo outras fontes normativas, mas sim dispõe sobre o regime geral da eficácia, aplicabilidade e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais que já integram o sistema constitucional. SARLET. Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006. p. 72.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 94.

<sup>13</sup> *Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela*. Texto na íntegra disponível em <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> acesso em 10 out. 2007.

<sup>14</sup> *Constitución de la Nación Argentina*. Texto na íntegra disponível [http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion\\_nacional.pdf](http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf) .Acesso em 10 out. 2007. O modelo argentino, porém, segundo Cançado Trindade, não deve ser copiado porque é um modelo

*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

### **3. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**

A terceira corrente atribui a característica de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos. Essa tese foi aventada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando o referido Tribunal defendeu que tais tratados poderiam revogar a legislação geral anterior, mas não poderiam ser revogados por lei posterior incompatível. Os tratados seriam, portanto, infra-constitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais, já mencionado no tópico anterior, também seriam dotados de um atributo que os tornariam superiores à legislação ordinária.

Por um período o Supremo Tribunal Federal adotou este posicionamento sob o argumento de que o direito internacional deveria prevalecer sobre o direito interno. Em 1951 o Ministro Orosimbo Nonato afirmou que “tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país.”<sup>15</sup> Recentemente essa idéia foi concebida na manifestação do Ministro Gilmar Mendes: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária

---

*numerus clausus*, quer dizer, é um modelo que enumera quais os tratados de Direitos Humanos que estão constitucionalizados.

<sup>15</sup> Apelação Cível nº 9.587/DF (21.8.1951) *Apud* Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p. 27. Disponível em <http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf> acesso em 05 nov. 2006.

seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”<sup>16</sup>

Esta tese tem sido aplicada em outros países, como por exemplo, na Alemanha e na França<sup>17</sup> onde os tratados de direitos humanos gozam de uma situação diferenciada. Na Alemanha, as regras gerais de direito internacional público fazem parte do direito federal e, portanto, se sobrepõem ao direito interno, e na França os direitos humanos têm primazia em relação ao direito interno, mas, aqui no Brasil, a Constituição da República não estabeleceu esta prevalência.

A justificativa para este posicionamento reside no fato de que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas como os tratados que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro era plausível se dizer que os referidos tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, pois assim seria possível conceder, perante a jurisprudência brasileira um caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos em razão da crescente necessidade de proteção da pessoa humana tanto no plano internacional como no plano interno, contemplando uma nova postura jurisdicional, voltada para proteção do ser humano com a prevalência dos referidos tratados em relação à normativa infra-constitucional conferindo caráter supralegal às normas internacionais.

#### **4. Legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**

A quarta corrente está situada também no âmbito do Supremo Tribunal Federal e defende que os tratados internacionais, por ingressarem na ordem jurídica interna por meio de decreto legislativo, possuem natureza de lei ordinária, uma vez que o decreto legislativo é aprovado por um quorum de maioria simples e as emendas constitucionais são aprovadas, somente, com a votação em cada Casa do Congresso em dois turnos com 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, conferindo rigidez a nossa constituição.

Com este entendimento o Supremo Tribunal Federal se contrapõe à interpretação pretendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, pois passou a exigir regulamentação para a produção dos efeitos dos tratados, ou seja, uma interpretação

---

<sup>16</sup> Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p. 21. Disponível em <http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf> acesso em 05 nov. 2006.

<sup>17</sup> Artigo 25 da Constituição da Alemanha e art. 55 da Constituição da França.

equivocada que limitou não somente os efeitos da aplicação imediata previsto no § 1º como também os efeitos pretendidos para o § 2º do art.5º da Constituição Federal de 1988.

O Ministro Gilmar Mendes relata que:

O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto (julgado em 1.6.1977).

(...)

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa<sup>18</sup>.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005).<sup>19</sup>

Para os que conformam com este entendimento, como já exposto na citação acima transcrita, os possíveis conflitos envolvendo a norma interna e internacional deveriam ser resolvidos de acordo com o princípio da lei posterior revoga a lei anterior. No entanto, neste ponto esta corrente é ineficaz por não vislumbrar a responsabilidade internacional do Estado que surgiria em decorrência de se admitir que um tratado se equipare a lei ordinária e acabe sendo revogado pela simples aplicação do critério cronológico (*lex posteriori derogat priori*). Cançado Trindade diz que esta posição é

---

<sup>18</sup> “ADI 1480 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 04/09/1997 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213. [...] *Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente 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 público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.” (grifo nosso) Disponível em jurisprudência [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 28 jul. 2005)

<sup>19</sup> Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p. 12-14. Disponível em <http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf> acesso em 05 nov. 2006.

“simplista e mecanicista (...) pois em nada é convincente por jamais responder a uma simples pergunta: como fica a responsabilidade internacional do Estado?”<sup>20</sup>

Cançado Trindade argumenta tal questionamento proferindo as seguintes palavras:

(...) os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam o interesse recíproco entre as Partes, consagram valores comum superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. Como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, dotados que são, ademais, de mecanismos de supervisão próprios. Assim sendo, como sustentar que a um Estado Parte seria dado ‘derrogar’ ou ‘revogar’ por uma lei um tratado de direitos humanos? Tal entendimento se chocaria frontalmente com a própria noção de garantia coletiva, subjacente a todos os tratados de direitos humanos.<sup>21</sup>

Além de submeter o Estado a uma situação de vulnerabilidade em face do sistema internacional em razão das responsabilidades que poderão lhe recair, estes argumentos são incompatíveis com os princípios do direito internacional já mencionados nesta pesquisa.

Contrário a esta teoria foi o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence na sessão do dia 29 de março de 2000:

Alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores a Constituição. Se assim é, a primeira vista, *parificar as leis ordinárias os tratados a que alude o artigo 5, parágrafo 2, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação*, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.<sup>22</sup>

Enquanto os defensores da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pretendem elevar o direito internacional a fim de cumprir a observância necessária a estes princípios, defender a infra-constitucionalidade é descumprir preceitos concernentes ao direito dos tratados, gerando, conseqüentemente,

---

<sup>20</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista: Um breve debate sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 28, jan/jun. 2006.

<sup>21</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 438.

<sup>22</sup> Maiores informações sobre o RHC n. 79.785-RJ consulte [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=79785.NUME.+E+\\$RHC\\$.SCLA.&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=79785.NUME.+E+$RHC$.SCLA.&base=baseAcordaos)

possível responsabilidade internacional do Estado, uma vez que, as alegadas dificuldades de aplicação pelos Estados das obrigações assumidas no plano internacional são simples fatos que não o exoneram da responsabilidade.

Adicionado ao fato de que conferir hierarquia de lei ordinária a tratados internacionais de direitos humanos pode vir a violar o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais previsto no art. 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Diante desses argumentos se torna necessário, portanto, ponderar, se, no contexto atual, em que se observa a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, esse posicionamento não teria se tornado completamente defasado.

### **III. Emenda Constitucional nº45/2004: Evolução, estagnação ou retrocesso da proteção dos Direitos Humanos?**

Inicialmente a Emenda Constitucional nº 45/2004 viria para por fim em parte da discussão acima exposta uma vez que o novel parágrafo 3º do artigo 5º da CF facultou a recepção dos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos, podendo ser via emenda constitucional ou pelo mecanismo tradicional, via decreto legislativo, e por isso sepultaria a divergência doutrinária/jurisprudencial das correntes que defendem a constitucionalidade e a equiparação à lei ordinária dos tratados internacionais. No entanto, a inclusão do parágrafo 3º do art. 5º ao invés de pacificar os posicionamentos aumentou os questionamentos.

Há quem diga<sup>23</sup> que a alteração do texto constitucional, sob o pretexto de acabar com as discussões relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio a causar graves problemas relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no direito interno, pois o novo texto constitucional é ambíguo e não define quais tratados deverão ser aprovados e poderá ocorrer que determinados instrumentos aprovados por processo legislativo não qualificado acabem por subordinar-se à legislação ordinária, o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Era mister um acordo entre os entendimentos doutrinário e jurisprudencial para pacificação do tema, no entanto, é de se questionar se era plausível tamanha mudança

---

<sup>23</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

como a produzida pela E.C. nº 45/2004 que introduziu no art. 5º da CF do parágrafo 3º estabelecendo 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” para eliminar as controvérsias.

Cançado Trindade nega esta necessidade, em especial porque depois de anos para a construção de um posicionamento, dar um passo impensado não seria prudente. Segundo Trindade, mais importante do que a reforma é a capacitação de juízes aplicar a normativa internacional sobre direitos humanos até porque, acredita o autor, “o debate sobre a constitucionalização de tratados internacionais é, primeiro, hermético, e, segundo, anacrônico. Não deveria existir.”<sup>24</sup>

Neste aspecto deve ser considerado muito mais importante do que a discussão em torno da constitucionalização dos tratados a interação entre o ordenamento jurídico internacional e interno a fim de buscar a máxima proteção ao ser humano, abandonando a dicotomia entre os planos interno e internacional, pois na busca pela proteção da pessoa humana não deve importar se a norma mais benéfica é originária deste ou daquele ordenamento.

No entanto, a realidade é que temos hoje um § 3º no art. 5º que, teria a função de eliminar as controvérsias existentes sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil, mas que acabou, na verdade, por suscitar ainda mais questionamentos e incongruências.

#### **IV. Implicações trazidas pelo novo parágrafo 3º do artigo 5º da CF de 1988 em relação às teorias já existentes sobre hierarquia e a aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.**

Quanto a teoria da supraconstitucionalidade simultaneamente aos argumentos de seus defensores já foram explanadas suas impossibilidades de aplicação no ordenamento brasileiro que permaneceram inalteradas após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Especial divergência permanece quando o assunto é conferir aos tratados internacionais de direitos humanos *status* de norma constitucional ou *status* de lei ordinária.

---

<sup>24</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista: Um breve debate sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 28, jan/jun. 2006. p. 117.

Após a E.C nº 45/2004, prevalecendo o entendimento que confere hierarquia de lei ordinária aos tratados internacionais de direitos humanos, se confirma as incongruências do novo § 3º do artigo 5º, no entanto, seguindo as palavras do senhor Ministro Gilmar Mendes “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”, pois além de não privilegiar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais previsto no § 1º do art. 5º, portanto contrária a construção doutrinária que vinha sendo formada por dificultar o procedimento de incorporação de tais tratados, haveria uma quebra da harmonia de todo o sistema que deveria proporcionar a interação entre o direito internacional e o direito interno.

A quebra da harmonia ocorrerá no caso de se considerar todos os tratados até então ratificados pelo Estado brasileiro com *status* de norma legislativa, e na hipótese de aprovação de um novo tratado, ou mesmo um dos tratados já ratificados, em observância ao novo dispositivo constitucional, estariam concedendo tratamentos diferentes para normas que tem o mesmo fundamento de validade. Com isso, iniciariam novas discussões, pois haveria a possibilidade de se ter hierarquias diferentes para tratados referentes ao mesmo assunto. Então, no caso em tela, poderíamos ter tratados de direitos humanos “tipo A” (hierarquia constitucional) e tratados de direitos humanos “tipo B” (hierarquia de lei ordinária), ou seja, tratados internacionais com o mesmo fundamento de validade mas com hierarquias diferentes.

Situação ainda mais embaraçosa seria que a referida interpretação geraria uma eventual possibilidade de conferir hierarquia constitucional a documentos complementares e subsidiários como por exemplo: o I Protocolo relativo aos conflitos internacionais e guerras de descolonização, e o II Protocolo aplicável aos conflitos internos, cuja intensidade ultrapassasse as características das situações de simples distúrbios internos, ambos de 1977 mencionados no capítulo I deste trabalho. Os referidos protocolos, se forem submetidos ao quorum qualificado passariam a possuir *status* constitucional enquanto que as Convenções de Genebra de 1949, que são os instrumentos principais, permaneceriam com *status* de legislação ordinária porque foram na época da ratificação aprovadas pelo Congresso Nacional por maioria simples? Uma situação que seria um verdadeiro contra-senso, pois não seria razoável manter naturezas distintas sobre tratados de direitos humanos que, além de possuírem o mesmo fundamento de validade, são complementares.



A concordância atual dos estudiosos<sup>25</sup> repousa no fato de que o § 3º é válido tão somente como interpretação autêntica do parágrafo anterior, ou seja, do § 2º do art. 5º da CRFB. E Celso Lafer<sup>26</sup> diz que “o novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente”.

Assim, acredita-se que o novo dispositivo veio a reconhecer de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. Contudo, para que eles tenham assento formal na Constituição, requer-se a observância do § 3º do art. 5º da CF.

Por outro lado, se após a E.C nº 45/2004, prevalecesse a posição que confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, a situação seria bem menos complexa de se resolver. Nesta hipótese, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 seria utilizado para confirmar a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos sempre tiveram *status* constitucional, com fundamento apenas na interpretação do § 2º do art. 5º da CF/88.

Uma vez considerado que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já possuem *status* de norma constitucional e, não perderam, em hipótese alguma, esse *status* com a inserção do § 3º, o novo dispositivo teria trazido simplesmente a possibilidade de atribuir eficácia formal a esses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, passando a ser materialmente e formalmente constitucionais os tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado.

Este é o posicionamento defendido por Valério Mazzuoli:

Fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> CANÇADO TRINDADE, PIOVESAN e MAZZUOLLI.

<sup>26</sup> LAFER, Celso *apud* PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do poder judiciário (p. 405/427). In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro. Renovar, 2006. p. 421.

<sup>27</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

Quanto à regra referente à aplicação<sup>28</sup> Cançado Trindade diz que elas formam dois grupos. (i) os que possibilitam dar efeito direto a disposições dos referidos tratados, tidas como *self-executing* ou de aplicabilidade direta; e (ii) os que o direito constitucional determina que, mesmo ratificados, tais tratados não se tornam *ipso facto* direito interno, para o que se requer legislação especial.

Na primeira hipótese é necessário que a norma obedeça duas condições, para então ser auto-aplicável. Primeiro a norma deve conceder ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, a norma deve ser suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, podendo ser operada sem necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes.

De acordo com Flávia Piovesan “não parece razoável que após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do quorum exigido pelo artigo 60, parágrafo 2º), fique a incorporação do mesmo no âmbito interno condicionada a um Decreto do Presidente da República”<sup>29</sup>. No entanto para o STF “o decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se manifestação essencial e insuprimível.”<sup>30</sup>

Esta situação fica a critério do Direito Constitucional de cada Estado. No caso brasileiro a Constituição Federal de 1988 dispõe no § 1º do art. 5º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e na hipótese da interpretação seguir o rumo da corrente que defende o constitucionalismo dos tratados internacionais de direitos humanos pelas razões já expostas neste trabalho, deverá ser entendido, conseqüentemente, que tais tratados deverão possuir aplicabilidade imediata.

Sendo assim, no que tange a aplicabilidade não há que se prevalecer o entendimento de que os tratados de direitos humanos só terão aplicabilidade imediata

---

<sup>28</sup> A Constituição Portuguesa, em seu art. 8º, apresenta a recepção automática das normas do direito internacional pelo direito português. Trata-se de uma cláusula de recepção plena que privilegia a proteção dos direitos humanos. Isso significa que as normas e princípios de direito internacional fazem parte integrante do direito português. Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/). Acesso em 08 de nov. 2007.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 426.

<sup>30</sup> ADIn 1.480-DF. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=1480.NUME.+E+\\$ADI\\$.SCLA.&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=1480.NUME.+E+$ADI$.SCLA.&base=baseAcordaos)

depois de aprovados pelo quorum estabelecido no §3º do art. 5º. Quando o Constituinte originário afirmou que “as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, incluiu tanto as normas expressas no texto constitucional, como as implícitas, e também as definidoras desses direitos e garantias decorrente dos tratados internacionais, sem definir quais deverão ser essas normas, se tais normas devem provir do direito interno ou do direito internacional, mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria simples ou qualificada.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que se apresenta agora corresponde à indicação da melhor teoria, a nosso ver, sobre a maneira pela qual os tratados internacionais de direitos humanos deverão ser incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>31</sup>

Parece não haver dúvidas que os direitos fundamentais não se exaurem no texto constitucional e, que é possível invocar um direito que está previsto em um tratado de direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Brasil.

Entretanto, como demonstrado, atualmente existem quatro teorias sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira suscitando grandes debates pela doutrina e pela jurisprudência.

Das teorias acima apresentadas, verifica-se que a que apresentava os tratados de direitos humanos no mesmo nível que normas de direitos fundamentais ganhava força, embora algumas restrições por parte da doutrina e da jurisprudência acerca desse entendimento e a não adoção da mesma em sua plenitude por entender-se que os tratados deveriam ser equiparados às leis ordinárias.

Com a inserção do parágrafo 3º, no artigo 5º, a tese acima indicada acabou sendo esvaziada em alguns segmentos pelas dúvidas que foram apresentadas a partir dessa nova previsão constitucional.

Mesmo que o entendimento fosse no sentido de que os tratados de direitos humanos apresentassem o *status* de norma fundamental, a partir da nova redação constitucional, os tratados de direitos humanos teriam de passar necessariamente pelo procedimento elencado no parágrafo 3º, surgindo uma grande dúvida acerca dos

---

<sup>31</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

tratados já ratificados pelo Brasil suscitando a interpretação de que esses tratados teriam o *status* de lei ordinária.

Com efeito, não aceitamos a idéia de que os tratados de direitos humanos que já foram ratificados pelo Brasil se apresentam com o *status* de lei ordinária, mesmo com a inserção do referido parágrafo 3º que aumentou o debate em relação à matéria.

Pelo contrário, defendemos que se a Constituição Federal não exclui os direitos humanos que são provenientes de tratados internacionais é porque o próprio texto constitucional inclui os referidos direitos em seu catálogo, atribuindo, portanto o *status* de norma constitucional.

Assim sendo, a idéia levantada de que os tratados de direitos humanos em vigência no Brasil se apresentam com o *status* de lei ordinária deve ser rechaçada, mesmo com a nova previsão constitucional concebida no parágrafo 3º do artigo 5º, fruto da emenda constitucional n. 45/2004.

Ou seja, a emenda constitucional n. 45/2004 não pode e não deve alcançar situações que já foram apreciadas no passado, podendo, é verdade, estabelecer mudanças a partir dos novos tratados internacionais de direitos humanos que eventualmente sejam celebrados pela República Federativa do Brasil.

Significa dizer que a partir da inserção do parágrafo 3º, no artigo 5º da Constituição Federal, concebido pela emenda constitucional n. 45/2004, os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte deverão necessariamente passar pelo crivo das duas Casas Legislativas, observando-se o *quorum* necessário de três quintos, em duas votações para que assumam a condição de norma fundamental.

Em relação aos tratados que já foram objeto de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, estes não devem sofrer nenhuma limitação, apresentando, portanto, *status* de normas fundamentais.

Frise-se que não há nenhuma restrição para que os referidos tratados se submetam ao procedimento estampado no parágrafo 3º do artigo 5º, isto é, caso venham a ser votados pelas duas Casas Legislativas com a observância do *quorum* de três quintos em duas votações, esses tratados que se apresentam como direitos materialmente fundamentais, passariam a ser direitos formalmente fundamentais.

Com efeito, reafirmamos que os direitos fundamentais não podem ser tomados apenas no seu caráter formal, ou seja, devem ser encarados de maneira ampla e em consonância com a noção de Constituição como um sistema aberto composto por

normas e princípios, a fim de não excluir do seu campo normativo, face ao seu conteúdo e relevância, e que devem compor a categoria dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade material pode dar a impressão de ser menos importante, entretanto, somente esta idéia fornece subsídios para a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constitucionalizados expressamente (ou seja, direitos materialmente, mas não formalmente constitucionais) e para a aplicação do regime jurídico condizente com a sua fundamentalidade.

Sem dúvida que a matéria ainda suscitará grandes debates, discussões, congressos, artigos e livros, mas não se pode olvidar que o Estado e o Direito devem estar a serviço da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Príncípia, 2007.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: [http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion\\_nacional.pdf](http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf). Acesso em: 10 out. 2007.

BOLÍVIA. *Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela*. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>. Acesso em: 10 out. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. Coimbra: Almedina, 1998.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

GUERRA, Sidney. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA, Sidney. *Tratados e convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do poder judiciário (p. 405/427). In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa Disponível em:  
[http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/). Acesso em: 8 de nov. 2007.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SÃO PAULO (Estado). Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.

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*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Entrevista: Um breve debate sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 28, jan/jun. 2006.