

# O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À HIERARQUIA DAS NORMAS ORIUNDAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

**Luciara Lima Simão Moura**

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

## Resumo

O artigo tem por objetivo tratar da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e suas relações com o direito interno, inclusive com a Magna Carta, sobretudo ressaltando o entendimento firmado pela maior Corte de Justiça do Brasil no que toca à matéria. Primeiramente, abordar-se-á a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição Federal, analisando o teor do novo texto, bem como as interpretações advindas e também críticas formuladas por especialistas no assunto. Em seguida, far-se-á um estudo sobre os entendimentos já adotados pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, até os dias atuais, em que os Ministros, em decisão não unânime, modificaram o seu posicionamento, adotando a corrente da supralegalidade.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Tratados internacionais. Hierarquia de normas. Jurisprudência.

## Abstract

The article discusses the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian Law and their connections with the national law, including the Federal Constitution and the position taken by the highest Court in Brazil concerning the subject. Firstly, the work addresses the introduction of a new paragraph to article 5º of our Federal Constitution, analyzing its text and the various interpretations given by jurists, as well as the massive critics towards it. In addition, a study is conducted on the different cases in the Supreme Court of Justice in Brazil, until nowadays, when the Ministers changed their votes, not unanimously, adopting the theory that recognizes the value of international human rights treaties above the internal law.

**Key words:** Human rights. International treaties. Hierarchy of norms. Jurisprudence.

## 1 Introdução

O trabalho a ser desenvolvido tem por tema a questão dos tratados internacionais de Direitos Humanos, sua recepção pelo ordenamento jurídico pátrio e posição hierárquica em relação à Constituição Federal e leis ordinárias, sobretudo no que diz respeito ao posicionamento da mais alta corte do país frente à matéria.

Deveras, no mundo cada vez mais globalizado, em que os Estados abrem mão de parte de suas soberanias, relativizando-as para celebrarem acordos e pactos entre si, o estudo do Direito Internacional e, especificamente, dos tratados internacionais avulta em importância. Mais ainda, quando os pactos têm por objeto a promoção dos direitos humanos. Desde a redemocratização brasileira, com o advento da Carta Cidadã em 1988, o Brasil tem participado de diversos tratados internacionais, assinando novos pactos, assim como também ratificando outros inúmeros datados mesmo de antes daquele marco histórico<sup>1</sup>.

O tema é vasto e já em outro artigo de minha autoria<sup>2</sup> abordei mais detalhadamente a questão do valor jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos, identificando a posição hierárquica dos referidos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, conforme inúmeras correntes doutrinárias, todas abordadas e analisadas na ocasião, concluindo que a maior parte dos juristas de renome se inclina para a corrente que empresta valor constitucional aos tratados de direitos humanos.

Este artigo, por sua vez, tem como propósito entender o alcance das disposições contidas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, as quais tratam da incorporação no Direito interno dos tratados internacionais de direitos humanos, e examinar os posicionamentos dos tribunais superiores acerca do tema em pauta.

O assunto ganhou novo fôlego com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal. Assim, analisa-se o impacto da novel disposição em relação ao debate da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em seguida, o debate jurisprudencial acerca do tema será aborda-

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 2012.

<sup>2</sup> In: *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: antecedentes históricos e principais correntes doutrinárias*. Revista Jurídica do Ministério Público. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAJ, ano 4, n. 6 - jan/dez. 2012.

do, com vistas a traçar um resumo histórico dos entendimentos já esposados pelo Supremo Tribunal Federal, e o seu atual posicionamento.

Trata-se de pesquisa de cunho exploratório e qualitativo uma vez que busca explorar maiores informações e entender a natureza geral da temática a ser abordada<sup>3</sup>.

A fonte utilizada primordialmente será a bibliográfica, com ênfase nos livros especializados em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Ademais, haverá levantamento de informações em julgados de tribunais superiores, com vistas a elaborar o estudo da evolução dos entendimentos sobre a matéria.

## 2 O novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal

Objetiva-se, aqui, analisar o teor do disposto no §3º do artigo 5º da CF, inserido a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual cuida da incorporação no direito interno de tratados internacionais de direitos humanos com valor equivalente às emendas constitucionais, o que proporcionou o surgimento de novos debates ao tema já controverso, a despeito de sua finalidade de pôr termo às discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Destarte, de início será feita uma análise literal do texto aprovado e inserido na CF, seguindo-se as múltiplas interpretações conferidas ao texto do parágrafo e as dúvidas surgidas sobre questões procedimentais levantadas pela nova disposição. Ao fim, um breve tópico sobre as críticas contundentes lançadas ao constituinte derivado diante das incongruências apontadas pelos juristas sobre o novo dispositivo constitucional.

### 2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o §3º do art. 5º

Com o propósito de pôr fim aos problemas surgidos no seio da doutrina e jurisprudência, a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o constituinte derivado acrescentou ao artigo 5º um novo parágrafo, através da Emenda Constitucional nº 45, que tratou igualmente da Reforma do Judiciário.

<sup>3</sup>HARDAGH, C. C.; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. *Metodologia da pesquisa científica e jurídica*. 2011.

Assim ficou a redação do novel §3º:

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

Esta maioria qualificada é exatamente a prevista no art. 60, §4º, da CF, que dispõe sobre o procedimento para aprovação de emendas constitucionais. Mazzuoli explica que talvez tenha tido o constituinte brasileiro como inspiração o legislador alemão, uma vez que na Constituição da Alemanha está previsto dispositivo similar segundo o qual os tratados internacionais “de paz” poderão complementar a lei fundamental, desde que aprovados por quórum especial delimitado na própria Constituição<sup>4</sup>.

De pronto, é mister reconhecer que foi objetivo do legislador constituinte estabelecer uma clara distinção entre os tratados internacionais comuns e os tratados de direitos humanos, conferindo a estes um espaço privilegiado no ordenamento jurídico, na medida em que serão equivalentes às emendas constitucionais, integrando, destarte, formalmente, o texto constitucional, advindo daí importantes consequências jurídicas. Impende que seja ressaltado que o texto do novo parágrafo expressamente se refere aos tratados de direitos humanos, sendo certo que os demais tratados internacionais comuns ou tradicionais jamais alcançarão o nível de normas constitucionais ainda que aprovados pela maioria qualificada especificada.

Se os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial integram a Constituição formalmente, com valor equivalente às emendas, constituem eles limites materiais à produção de todo o direito interno e servirão, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade. De outra banda, tratando-se de direitos e garantias fundamentais, assim como o catálogo já previsto no extenso art. 5º, são igualmente cláusulas pétreas, insuscetíveis, portanto, de supressão ou alteração por posteriores emendas.

<sup>4</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. p. 841.

Nesta seara, interessante observar que, se não podem ser abolidos ou suprimidos, diverso tratamento deve ser conferido à possibilidade de denúncia do tratado pelo Estado em âmbito internacional. Ora, é que integrando formalmente a Constituição e caracterizando-se como cláusula pétrea, não poderá mais o Estado “desistir” de fazer parte do tratado, abandonando-o, porque assim estaria a suprimir direitos e garantias individuais constantes do catálogo constitucional.

## 2.2 As interpretações do §3º do art. 5º

Realizando-se uma pura e simples leitura do texto do §3º, pode-se concluir que, se os tratados de direitos humanos aprovados naquelas especiais circunstâncias possuem valor equivalente ao das emendas constitucionais, *a contrario sensu*, os tratados de direitos humanos aprovados por maioria simples (e aqui estão todos aqueles já aprovados e ratificados antes da entrada em vigor da EC 45/2004, bem como podem compor este conjunto outros futuros tratados que não alcancem a maioria qualificada) não possuem nem poderão possuir a natureza constitucional. Em outras palavras, coexistiriam tratados de direitos humanos com índole constitucional (equivalentes às emendas) e outros não (teriam valor supralegal ou status de lei ordinária, conforme corrente adotada).

Esta é a conclusão a que chega Marco Antônio Corrêa Monteiro ao expor que

Dessa forma, somente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição serão equivalentes às emendas constitucionais. Isso importa em dizer que os tratados internacionais aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 não são equivalentes às emendas, assim como igualmente não são equivalentes às emendas os tratados incorporados posteriormente, mas sem obediência ao procedimento previsto no dispositivo constitucional<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. p. 101.

Nesse mesmo sentido, Pedro de Abreu Dallari afirmou que

A nova exigência de maior quórum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º<sup>6</sup>.

Todavia, essa não é a interpretação que a doutrina majoritária vem acolhendo, até mesmo porque representaria, em verdade, um retrocesso frente ao entendimento já consolidado da corrente que atribui hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, em vista do disposto no §2º do artigo 5º, o qual ficaria esvaziado de conteúdo, se assim se entendesse o §3º.

Nas palavras de Ingo Sarlet<sup>7</sup>, a nova disposição pode ser compreendida como asseguradora da “condição de direitos formal e materialmente constitucionais aos direitos consagrados nas convenções internacionais”, ressaltando, ainda, o autor que “tal exegese não é a única possível”, fazendo, então, referência àquela outra interpretação já acima citada. E continua, afirmando que ao novo §3º é possível emprestar “uma interpretação que, a despeito de alguns aspectos problemáticos, lhe assegura um sentido útil e não necessariamente retrocessivo”<sup>8</sup>.

Melhor explicando, entende-se que os tratados de direitos humanos aprovados como emenda constitucional e, portanto, com esse *status*, teriam as características de direitos constitucionais, em níveis formal e material. Material porque assim já é assegurado pelo teor do §2º, que constitui cláusula aberta para inserção no “bloco de constitucionalidade” de outros direitos e garantias individuais não expressamente mencionados no catálogo de direitos trazidos no art. 5º. E agora formal, porque aprovados por procedimento especial, similar ao das emendas constitucionais.

<sup>6</sup>Apud MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direito humanos e direito interno*. p. 103.

<sup>7</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: Observações sobre o §3º do art. 5º*. p. 233.

<sup>8</sup>Idem. p. 245.

## Nas palavras de Piovesan:

Vale dizer, com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal<sup>9</sup>.

Indaga-se, então, qual seria a diferença substancial entre reconhecer o caráter de direitos formalmente constitucionais e o caráter “apenas” materialmente constitucional. Afinal, se os tratados de direitos humanos são hoje aprovados mediante processo especial das emendas constitucionais e passam, portanto, a possuir o mesmo *status* jurídico delas, quais consequências, ou melhor, vantagens, se apresentam para esse grupo de direitos, aparentemente, reforçadamente constitucionais (porque formal e materialmente constitucionais)?

É que os tratados equivalentes às emendas constitucionais passam a reformar o texto Constitucional e, como parte formal da Constituição, caracterizados como cláusulas pétreas, não poderão ser denunciados. Além disso, lembra Mazzuoli, que “serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento (...) a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis”<sup>10</sup>.

### 2.3 Algumas questões relevantes: o status dos tratados ratificados antes da vigência do §3º e a compulsoriedade ou não de adoção da maioria qualificada para aprovação de novos tratados

Duas questões interessantes sobressaem quando do estudo do alcance da disposição contida no novo §3º do art. 5º da CF. A primeira

<sup>9</sup>Ibidem. p. 64. Nota 1

<sup>10</sup>Ibidem. p. 855. Nota 4.

delas trata do valor atribuído aos tratados de direitos humanos aprovados e ratificados antes da vigência da EC nº 45/2004.

Em verdade, sobre este ponto, a doutrina que já atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos índole constitucional em conformidade com interpretação teleológica e sistemática do texto da CF, em especial do §2º do art. 5º, como cláusula aberta da inserção de novos direitos e garantias no catálogo constitucional, continuou atribuindo este mesmo valor a quaisquer tratados ratificados antes de dezembro de 2004.

Assim o é porque a natureza constitucional e, via de consequência, a hierarquia superior desses tratados já se extraía da interpretação dos parágrafos do art. 5º da CF. Sendo assim, esses tratados já possuíam, ao tempo da inclusão do novo parágrafo, *status* de norma constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade. O que se alterou é que, a partir da reforma, os tratados doravante aprovados pela maioria qualificada no procedimento especial reservado às emendas constitucionais serão a elas equivalentes, isto é, além de terem *status* de norma constitucional (porque todos o têm em razão do §2º), serão também formalmente normas constitucionais.

Esta é a posição defendida por Mazzuoli que detalha:

Em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da Emenda nº 45/04. (...) Em ambos os casos o tratado terá *status* de norma constitucional, por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*, como já dissemos por mais de uma vez. O tratado ratificado após a Emenda nº 45 não perde o *status* de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5º, §2º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o *quorum* qualificado do art. 5º, §3º e, a partir dessa aprovação, integrar *formalmente* o texto constitucional brasileiro<sup>11</sup>.

Parte da doutrina, todavia, que não se convencia da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com o texto do §3º, ratificou seu entendimento no sentido de que apenas os

<sup>11</sup>Ibidem. p. 865. Nota 4.

tratados aprovados nas especiais circunstâncias teriam valor de normas constitucionais, sendo todos os tratados aprovados anteriormente normas de natureza infraconstitucional (supralegais ou em paridade com as leis ordinárias).

Esse o entendimento sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes no paradigmático RE nº 466.343-1, em que foi bem sucedida a tese da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos. Assentou no seu voto que

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente 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.

Muitas críticas se teceram a esta posição no sentido de que, assim sendo, haveria tratados de direitos humanos com hierarquia diferenciada, mesmo tratando ambos da mesma temática, disciplinando direitos e garantias fundamentais. Vale dizer, haveria direitos e garantias fundamentais hierarquicamente superiores a outros do mesmo quilate. No mais, lembrou Flávia Piovesan que o Brasil faz parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e que está em vias de ratificar o Protocolo Facultativo ao referido pacto, e que, resultaria num agudo anacronismo conferir ao Protocolo natureza hierárquica superior ao instrumento normativo principal, que é o Pacto Internacional<sup>12</sup>.

Alguns renomados doutrinadores propuseram que se acolhesse o fenômeno da recepção de normas, para atribuir aos tratados ratificados anteriormente à EC nº 45/2004, a mesma equivalência com as emendas constitucionais. Exemplo clássico desse fenômeno é o Código Tributário Nacional que, aprovado como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar pela CF.

Partindo-se do pressuposto de que a adoção do procedimento especial com maioria qualificada é compulsória e não discricionária, essa tese, de fato, pareceria acertada. Todavia, a questão sobre o caráter compulsório ou facultativo da utilização do processo legislativo especial não é pacífica e suscita dúvidas entre os estudiosos. Trata-se

<sup>12</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 129.

do segundo aspecto de interesse que sobressaiu em razão dos debates sobre o alcance das novas disposições insertas no art. 5º da CF com a EC nº 45/2004.

Ao que parece, majoritariamente se inclinam os juristas para acolher o caráter opcional do processo diferenciado, apesar das críticas apontadas para as consequências jurídicas já mencionadas no sentido de que se poderiam atribuir valores diferentes a normas jusfundamentais, apenas em razão de um procedimento formal diferenciado. Magistralmente, enfatiza Flávia Piovesan que “a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”<sup>13</sup>.

No dizer de Mazzuoli, a reforma acabou por possibilitar “tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos”<sup>14</sup>. O autor aponta que a adoção do processo legislativo especial seria discricionário, sendo opção a ser seguida pelo Poder Legislativo. Com o mesmo pensamento, temos Marco Antônio Corrêa Monteiro, que ressalta que houve, na verdade, “acréscimo de um novo procedimento de aprovação para aquisição de posição equivalente a das emendas constitucionais, persistindo, assim, a possibilidade de aprovação pelo procedimento comum”<sup>15</sup>.

#### 2.4 Críticas ao novo §3º do art. 5º da CF

As críticas ao texto do §3º são inúmeras e contundentes por parte de vasta gama dos juristas brasileiros. Declaram ser o novo parágrafo mal redigido, abrindo ensejo a inúmeras incongruências e imprecisões, e deixando espaço para maiores controvérsias, ao invés de acabar com

---

<sup>13</sup>Ibidem. p. 128. Nota 12.

<sup>14</sup>Ibidem. p. 845. Nota 4.

<sup>15</sup>MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos Humanos e direito interno*. p. 104.

elas, como era seu desiderato original. Segundo Mazzuoli, a alteração do texto constitucional,

É um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional dos direitos humanos nessa seara.

Como magistralmente destaca Cançado Trindade, em um desabafo público de reflexão obrigatória a todos, esse “retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que os vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E continua: “Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato (...). A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente de malabarismos pseudojurídicos de certos publicistas, que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos”.

Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o §3º do art. 5º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer<sup>16</sup>.

Flávia Piovesan assevera que

Seria mais adequado que a redação do aludido §3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados,

<sup>16</sup>Ibidem. p. 843. Nota 4.

afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional<sup>17</sup>.

Todavia, é forçoso reconhecer que a mudança constitucional propiciou novos debates sobre a proteção internacional dos direitos humanos e acabou ensejando a mudança de posicionamento do STF frente ao tema. Com efeito, o constituinte derivado quis claramente conferir caráter especial e diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, ao atribuir-lhes equivalência com as emendas constitucionais.

Deve-se, em grande parte, a esta alteração constitucional a revisão da jurisprudência dos tribunais superiores, na medida em que se constatou que a corrente paritária já não se sustentava. Ora, se os tratados de direitos humanos podem ser equivalentes às emendas e, portanto, integrar formalmente o texto constitucional, como continuar a sustentar a tese de que se equiparam a “meras” leis ordinárias?

No já tão mencionado emblemático RE nº 466.343-1, assim se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes que “não se pode negar que a reforma acabou também por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos” e mais adiante complementa que “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”. É o que Ingo Sarlet afirmou ser correto vislumbrar no novo parágrafo “um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos”<sup>18</sup>. Prossegue, ainda, afirmando que

Uma posterior alteração do próprio §3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir se estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 56. Nota 1.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: Observações sobre o §3º do art. 5º*. p. 243.

### 3 A evolução do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos

Nesta parte do artigo, propõe-se estudar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão central desta obra, qual seja, o valor jurídico atribuído às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua posição hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico. O assunto será abordado de forma cronológica, iniciando por antigos julgados do Tribunal, que conferiam primazia ao Direito Internacional, seguindo-se da radical mudança de posição ocorrida em 1977, com a adoção da corrente paritária, que se manteve firme mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, e, por fim, culminando com os entendimentos recentes em prol da constitucionalidade e supralegalidade, sendo esta última, por ora, a teoria vencedora entre os Ministros daquela alta Corte.

#### 3.1 A primazia do Direito Internacional

Há muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferia primazia ao Direito Internacional frente ao direito interno, adotando, portanto, o Tribunal a teoria *kelseniana* do monismo internacionalista, segundo a qual a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada<sup>19</sup>. Nas palavras de Mazzuoli, explicando o monismo,

O monismo com primazia do Direito Internacional sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas. (...) No ápice da pirâmide das normas, encontra-se, pois, o Direito Internacional, do qual provém o Direito Interno, que lhe é subordinado. (...) A primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno afigura-se como uma solução necessária ao progresso e ao desenvolvimento do direito das gentes, o que está a nos provar a nova tendência constitucional contemporânea, bem como a prática internacional<sup>20</sup>.

Vários são os acórdãos que expressaram esse primado, tais como o

<sup>19</sup>Ibidem. p. 117. Nota 12.

<sup>20</sup>Ibidem. p. 89 e 92. Nota 4.

caso da União Federal contra a Companhia de Rádio Internacional do Brasil, datado de 1951, ou a apelação cível nº 7.872, de 1943. Há, ainda, julgados mais remotos, datados do começo do século passado, como no caso do pedido de extradição nº 7, de 1913. Em todos esses exemplos, decidiu-se pelo primado do Direito Internacional, consagrando-se a hierarquia superior das normas constantes de tratados internacionais sobre as leis ordinárias, anteriores ou posteriores, incompatíveis com aqueles.

### 3.2 A consagração da corrente paritária

Em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, o STF mudou radicalmente de posicionamento na questão da hierarquia das fontes normativas, adotando a corrente paritária, igualando, portanto, tratados internacionais a leis ordinárias, fazendo valer a máxima segundo a qual lei posterior revoga anterior que seja com ela incompatível. Sendo assim, não haveria, de fato, hierarquia entre tratado e lei, e os casos de conflito entre um e outra deveriam resolver-se pelo critério cronológico puramente.

O caso tratava do embate entre a Convenção de Genebra, que instituíra a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, e o Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969. Foi Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, cujo voto ainda expressava o antigo pensamento daquela Corte em relação ao primado do Direito Internacional e, assim sendo, saiu vencido.

O Ministro Cunha Peixoto liderou a votação no sentido de se adotar a corrente paritária. Assim se expressou:

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 superlei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. (...)

Ademais, não existe na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado<sup>21</sup>.

<sup>21</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria Comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE nº 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1º de junho de 1977.

Prosseguindo, esclarece o Ministro que o art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual trata da primazia das normas constantes de tratado internacional em matéria tributária, não é norma que traga princípio geral, tratando apenas da matéria tributária, salientando, todavia, ser o referido artigo de “constitucionalidade duvidosa”.

Os Ministros, naquela ocasião, também enfrentaram a questão do descumprimento por parte do Brasil de obrigações assumidas perante outros Estados. Quanto a este aspecto, sublinhou o Ministro Cordeiro Guerra:

(...) A Constituição Federal defere ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei, em pé de igualdade, sem dar ao tratado internacional forma superior à da lei (...). Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional, não, porém, no campo do direito interno. Quando muito, poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno<sup>22</sup>.

Nota-se que as questões de direito interno eram vistas como completamente separadas das questões de direito internacional e, não se pode deixar de negar, nota-se igualmente certo desdém para com as consequências possíveis advindas no que se denominou de âmbito internacional, relegando esta esfera a um segundo plano, o qual não seria da competência nem de relevância para o Tribunal considerar. É dizer, uma reclamação de uma outra parte contratante perante o Estado Brasileiro era algo de somenos importância.

Nos anos que se seguiram, essa orientação jurisprudencial se consolidou e a corrente paritária não encontrou adversário, pelo menos não nos pretórios brasileiros. Na doutrina, entretanto, como já antes visto, a tese da igualdade entre tratado e lei sempre foi combatida e vista com maus olhos pelos juristas, em especial aqueles afetos aos campos do Direito Internacional e, sobretudo, dos Direitos Humanos. Ressalte-se que a corrente paritária passou a ser adotada para solução de quaisquer conflitos entre tratados e leis ordinárias, ainda que a matéria versada

---

<sup>22</sup>Ibidem. Nota 21.

fosse de direitos humanos. Muitas críticas foram lançadas aos argumentos dos que advogavam a teoria da paridade, em especial após 1988.

Deveras, a CF instituiu toda uma nova ordem jurídica no Brasil, e as suas disposições concernentes ao Direito Internacional e tratados internacionais e os direitos humanos fizeram crescer outras teorias, mormente as que conferiam valor supralegal e constitucional às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos.

No entanto, ainda, mesmo após a CF de 1988, a corrente paritária continuou a prevalecer. O posicionamento do STF não se alterou, como ficou bem demonstrado no *Habeas Corpus* nº 72.131-1 – RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O referido *HC* abordou a questão do conflito entre lei ordinária e a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo esta mais conhecida entre nós como Pacto de San José da Costa Rica, na famosa questão da prisão civil por dívida do depositário infiel.

Para melhor situar o debate, mister lembrar que a CF proíbe a prisão civil por dívida, expressamente permitindo, entretanto, duas exceções, sendo uma delas a do depositário infiel. O Pacto de San José da Costa Rica, do qual faz parte o Brasil, não excepciona a prisão do depositário infiel, sendo, então, nesse aspecto mais favorável do que a disposição constitucional. No caso em comento, questionava-se a possibilidade da prisão civil do devedor em alienação fiduciária como depositário infiel, disciplinada no Decreto-lei 911/69.

Assim, se pronunciou o Ministro Moreira Alves:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...). Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário, esse §7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição<sup>23</sup>.

Mais adiante, o Ministro Celso de Melo, seguindo ainda a mesma orientação consubstanciada na já consolidada jurisprudência do STF, afirma inexistir hierarquia entre tratados e leis ordinárias, situando-se

<sup>23</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

ambos no mesmo patamar abaixo da Constituição Federal. Pondera, entretanto, que a CF autorizou a prisão civil do depositário infiel e, assim sendo, o legislador ordinário poderia instituir normalmente casos da referida prisão, tal como no caso do depositário infiel, e, via de consequência, nenhum tratado poderia paralisar ou deixar sem eficácia lei que assim disciplinasse, ainda que fosse o tratado posterior à referida lei. Isto porque a lei estaria apenas regulamentando o que já era autorizado pela própria CF:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...). Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno. (...).

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.

Não me parece que o Estado Brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão civil. (...) É que, no caso em exame, não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização constitucional, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil precisamente na hipótese de infidelidade depositária<sup>24</sup>.

A votação não foi unânime, sendo vencidos os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Os argumentos da maioria pela inaplicabilidade da Convenção Americana e preponderância da legislação ordinária, chancelando, portanto, a prisão civil do devedor em alienação fiduciária, foram repetidos em diversos

---

<sup>24</sup> Ibidem. Nota 23.

outros casos, consolidando, destarte, ainda mais a tese da paridade entre tratado e lei, e subordinação de ambos à Constituição.

### 3.3 Mudança de paradigma: a adoção das teorias da constitucionalidade e da supralegalidade

Em dezembro de 2004, entrou em vigor a EC nº 45, que inseriu o §3º ao art. 5º da CF, propiciando o reinício dos debates acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Pelo novo dispositivo, as normas constantes dos tratados de direitos humanos seriam equivalentes às emendas constitucionais, se aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, mesmo procedimento e quórum exigido para as emendas constitucionais. Ficava bastante claro, portanto, o desiderato de promover os tratados de direitos humanos a um patamar superior, reconhecendo-lhes o valor materialmente constitucional.

A despeito das severas críticas lançadas ao novo parágrafo, já supramencionadas, deve-se reconhecer que o debate sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos ganhou novo fôlego, num processo que culminou com o emblemático julgamento do RE 466.343-1/SP, em que o STF rompeu com três décadas de sólida jurisprudência, abandonando em definitivo a corrente paritária, para dividir-se entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade, com vantagem para a primeira.

Nesse julgamento, decidiu a Suprema Corte, por maioria, que os tratados internacionais de direitos humanos contam com valor supralegal, porém, ainda subordinados à CF, e que, portanto, qualquer legislação ordinária que permita a prisão civil por dívida do depositário infiel restaria paralisada em razão das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica, a qual deve prevalecer.

O Ministro Gilmar Mendes votou pela supralegalidade dos tratados e inspirou o voto dos demais ministros. Afirmou que, com as mudanças constitucionais da EC nº 45, estava ressaltado o valor especial dos tratados de direitos humanos, sendo-lhes conferido um lugar privilegiado no ordenamento jurídico, e que “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”. Ora, se se abria a

possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem equiparados a emendas constitucionais, fazendo, assim, formalmente parte do texto constitucional, como conceber que poderiam alguns tratados ser considerados iguais a uma mera lei ordinária, tal como prescreve a corrente paritária, em suas palavras, descrita como “anacrônica”?

O Ministro continua e indaga se “no contexto atual, em que pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direito humanos, esse jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”.

Prossegue, ainda, ele:

Não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos.

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Ao fim de seu voto, o Ministro pontua que acredita estar “o espírito da Corte preparado para a atualização jurisprudencial”.

Os argumentos do ilustre Ministro foram seguidos por outros colegas e, por maioria, decidiu o STF que não há mais base legal no ordenamento jurídico brasileiro para a prisão civil do depositário infiel, em razão da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, e considerando que ela possui valor superior à legislação

ordinária. Ressalvaram, entretanto, que o caráter da suprallegalidade ainda coloca os tratados internacionais de direitos humanos em nível hierárquico abaixo da Constituição, sendo a ela subordinados, razão pela qual o Pacto de San José da Costa Rica não revogou a disposição constitucional que permite a prisão civil do depositário infiel, apenas tornou inaplicáveis as leis ordinárias que disciplinam a prisão.

Destaca a professora Flávia Piovesan que

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado pelo emblemático julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343, destacando-se um amplo repertório jurisprudencial que o adota como referência interpretativa, de forma a consolidar a tese do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e de sua suprallegalidade<sup>25</sup>.

Impende salientar, outrossim, que, no julgamento deste Recurso Extraordinário, outros quatro Ministros da Suprema Corte sustentaram argumentos em prol da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, tal como vinha sustentando há décadas forte doutrina brasileira. Foi precisamente neste caso que o Ministro Celso de Mello alterou seu posicionamento substancialmente, deixando de lado a corrente paritária que sempre seguira, desde 1995, e adotando a corrente da constitucionalidade.

Essa tese, contudo, como já referido, foi minoritária. Todavia, não se deve deixar de pontuar que contou com adesão forte e pode representar até mesmo novos rumos no debate, o qual dá mostras de não estar concluído em definitivo.

<sup>25</sup> *Ibidem* l. p. 134-135. Nota 12.

#### 4 Considerações finais

Este artigo teve por intuito enfocar a questão da hierarquia jurídica das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com as demais fontes normativas, em especial a Constituição Federal. O tema avulta em importância hodiernamente e, diante do novo cenário em que se encontram os sujeitos de Direito Internacional num mundo cada vez mais interligado, tende a assumir novos contornos, com a mesma rapidez com que mudam as formas de se relacionar dos Estados.

A mudança constitucional que introduziu o novo parágrafo ao artigo 5º da Carta Magna reacendeu o debate acerca da matéria. De um lado, se consideram os especialistas na temática que a mudança foi tímida e mal ordenada, porque a doutrina brasileira de vanguarda de há muito já considerava o valor constitucional das normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais, pelo menos serviu para que o Supremo Tribunal Federal revisse seu posicionamento tomado na década de 70, mas que seguia firme, mesmo diante de tantas novas interpretações e considerações modernas feitas sobre o assunto.

A corrente paritária foi totalmente alijada, abrindo espaço para as outras duas correntes, quais sejam, a da constitucionalidade e da suprallegalidade. Como os excelsos Ministros divergiram em sua decisão, conclui-se que ainda há espaço para um avanço significativo na matéria, esperando-se que sempre com vistas a garantir mais ainda prerrogativas a normas que protejam e velem pelos direitos humanos.

## Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a convenção de Viena sobre o direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 6 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Jurisprudência. *Material da 7ª aula da disciplina Teoria do Garantismo Penal*. Ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Matéria comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE nº 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1 jun. 1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *Alienação fiduciária em garantia*. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC nº 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC nº 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. Alienação Fiduciária em garantia*. Prisão Civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC nº 87.585-8/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do estado constitucional e hHumanista de direito*. Inédito. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhangueira- Uniderp|REDE LFG.

\_\_\_\_\_. *Valor Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>> Acesso em: 31 mar .2011. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhangueira-Uniderp|REDE LFG.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 14 maio 2012.

\_\_\_\_\_. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Ciência Criminais. Vol. 4. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha.

\_\_\_\_\_. Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional? parte I. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso:12 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Parte II. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 13 de ago. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Parte III. Disponível em:< <http://www.lfg.com.br>> 14 ago. 2009.

HARDAGH, C. C, SOUZA, A. I. e PEREIRA, S. R. *Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica*: material de aula da disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp – Rede LFG, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

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

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos*: observações sobre o §3º do art. 5º da Constituição. In: “Leituras Complementares de Constitucional”. Org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: Podium, 2006.