



**O DIREITO INTERNO E O *STATUS* NORMATIVO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DAS PRINCIPAIS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**BRAZILIAN INTERNAL LAW AND THE NORMATIVE STATUS OF TREATIES
ABOUT HUMAN RIGHTS IN LIGHT OF THE MAIN DECISIONS OF
BRAZILIAN SUPREME COURT**

Augusto Jorge Cury¹
Patrícia Aparecida Piovam²
Rhonny Petherson Munhoz³

RESUMO: Pesquisa científica que aborda a problemática da qualificação normativa dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, com ênfase naqueles que versam sobre direitos humanos, tendo por objetivo analisar a evolução do tratamento dado ao tema, com fulcro nas principais decisões da Corte Suprema brasileira. Utilizando metodologias dedutiva e indutiva, há por fim a conclusão de que o tratado internacional sobre direitos humanos incorporado ao Direito brasileiro, a depender do procedimento utilizado para sua incorporação, pode ostentar *status* de norma constitucional ou de norma supralegal.

Palavras-Chave: tratados internacionais; direitos humanos; norma constitucional; supralegalidade.

ABSTRACT: Scientific research that addresses the problem of normative status of treaties incorporated into Brazilian legal system, with emphasis on those that regulate human

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba/SP. Professor em Estágio Docente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba. Servidora pública municipal.

³ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba. Advogado.

rights, aiming to analyze the evolution of the treatment given to the theme based on the main decisions of Brazilian Supreme Court. Using inductive and deductive methodology, this research concludes that treaties about human rights, when incorporated to Brazilian legal system, can acquire status of constitutional clause or supralegal norm, depending on the procedure adopted for its incorporation.

Key Words: treaties; human rights; constitutional clause; supralegality.

INTRODUÇÃO

Dentre as fontes do Direito Internacional Público, a mais importante atualmente é o tratado internacional. Dentro da processualística de formação dos tratados internacionais existem fases externas e internas, sendo essas últimas responsáveis pela incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico interno, para que vigorem aqui, em *terrae brasilis*.

Ocorre que, por força de disposições constitucionais e de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, conferem-se *status* normativos diversos a esses tratados, a depender do tema regulado pelos tratados internacionais, bem como da forma pela qual são incorporados ao direito interno. Podem, pois, ter *status* de lei ordinária, de norma constitucional ou, ainda, de norma supralegal.

Assim, pelo presente texto, e ante a alta relevância do tema, objetiva-se analisar o *status* normativo dos tratados internacionais incorporados ao Direito pátrio, principalmente no que se refere aos tratados internacionais sobre direitos humanos, verificando-se, para tanto, a evolução do tema nas principais decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

1. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS

O Direito Internacional Público, nos dizeres de Accioly *et alii* (2014, p. 28), é entendido como “o conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas dos estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, bem como dos indivíduos”.

O Direito Internacional Público cuida, portanto, de regulamentar as relações entre entes internacionais, assim os Estados (no sentido de países), as organizações internacionais e os demais sujeitos do Direito Internacional, dentre os quais o próprio indivíduo, na condição de destinatário dos direitos previstos nas normas de Direito

Internacional Público. As normas do Direito Internacional Público, portanto, são verdadeiras disposições geradas pelos próprios sujeitos internacionais, no âmbito do Direito Internacional.

E, dentre as fontes clássicas do Direito Internacional Público, relacionadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Corte de Haia)⁴ – que não excluem, certamente, as novas fontes de tal ramo jurídico⁵ –, uma se destaca: o tratado internacional.

Os tratados internacionais, que consistem em fonte normativa clássica do Direito Internacional Público, encontram regulamentação, primordialmente, em dois documentos internacionais: (a) a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, que entrou em vigor internacional em 27 de janeiro de 1980; e (b) a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de março de 1986, que até o momento não entrou em vigor, visto não se ter completado o *quorum* necessário de ratificações.

Das disposições desses documentos é possível extrair um conceito de tratado internacional. Segundo o artigo 2º, §1º, *a*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

a) «Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular.

Ainda, conforme o artigo 2º, §1º, *a*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, que amplia a abrangência do referido conceito:

a) Por “tratado” entende-se um acordo internacional regido pelo direito internacional e celebrado por escrito: i) Entre um ou vários Estados e uma ou várias organizações internacionais; ou ii) Entre organizações internacionais, quer

⁴ “Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sob ressalva da disposição do Artigo 59. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

⁵ Mazzuoli (2013, p. 126), por exemplo, indica a existência de quatro novas fontes do Direito Internacional Público: (a) normas de *jus cogens*; (b) normas de *soft law*; (c) atos unilaterais dos Estados; e (d) decisões das organizações internacionais.

esse acordo conste de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular.

Assim, pode-se conceituar tratado internacional como sendo o acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito entre sujeitos de Direito Internacional capazes para tanto, não importando sua denominação particular e a quantidade de instrumentos que o compõe. Basta, pois, que seja fruto de uma convergência de vontades e tenha por finalidade alcançar efeitos jurídicos.

Conforme lição de Rezek (2008, p. 14), “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Reforçando a ideia formalista do conceito, afirma Mazzuolli (2013, p. 186-187) que “à luz do Direito Internacional Público o tratado nada mais é do que um *instrumento* de veiculação de regras jurídicas”.

Os tratados internacionais, para entrarem em vigor nos planos internacional e interno, passam por complexo procedimento, que compreende, em suma, os seguintes momentos: (a) negociação e assinatura, consistente em fase externa, em que os sujeitos internacionais capazes (mediante representante com plenos poderes) negociam e assinam o tratado internacional; (b) referendo parlamentar, consistente em fase interna, em que o parlamento do Estado aprova o texto do tratado internacional (tal fase é consagrada pela Constituição Federal brasileira); (c) ratificação, que se trata de outra fase externa, em que o tratado é ratificado no plano internacional pelos países e entidades a ele aderentes, que confirmam sua assinatura e dão validade internacional ao documento; (d) promulgação e publicação do texto do tratado no âmbito do Direito interno do país.

As fases internas (promulgação e publicação do texto por decreto) resultam na chamada incorporação do tratado ao direito interno. Incorporado o tratado ao ordenamento jurídico pátrio, terá ele vigência interna, ostentando *status* de norma jurídica nacional, cuja natureza variará de acordo com o procedimento de aprovação interna do tratado e com o tema regulado pelo tratado (se de direitos humanos ou não, como se verá mais adiante).

2. OS DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A expressão “direitos humanos” é sinônima da expressão “direitos fundamentais”. Direitos humanos e direitos fundamentais traduzem direitos com exatamente a mesma carga, natureza, importância e características.

Entretanto, faz a doutrina uma distinção de mera aplicação entre os termos, de modo a utilizar a expressão “direitos humanos” quando no âmbito do Direito Internacional positivado ou não (ou seja, em um sentido jusnaturalista, mais amplo), e a expressão “direitos fundamentais” quando tais direitos estiverem considerados no âmbito do direito interno positivado, especialmente nas Constituições (ou seja, em um sentido positivista, mais restrito). Nesse sentido, a lição de Canotilho (2003, p. 393):

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

José Afonso da Silva (2014, p. 180), tomando por base a referida dicotomia, prefere unir as duas expressões, denominando tais direitos como “direitos fundamentais do homem”, uma vez que tal expressão “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” mostra-se “reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Porém, nada obstante essa distinção clássica entre direitos humanos e direitos fundamentais, é de se perceber que não há, em essência, diferença substancial entre os direitos abrangidos por cada uma dessas terminologias. Observa-se que as características desses direitos são as mesmas. Ora, os direitos humanos são fundamentais, assim como os direitos fundamentais são humanos.

Ademais, tendo em vista a crescente comunicação entre as normas de Direito Internacional e as normas dos ordenamentos internos dos países, inclusive com a incorporação de tratados internacionais ao direito interno, a distinção perdeu valor, tornando-se, de fato, meramente terminológica, como indica André de Carvalho Ramos (2012, p. 147): “tal diferenciação perde a importância em virtude do processo de aproximação e da mútua relação entre o direito internacional e o direito interno na temática dos direitos humanos”.

Superada tal problemática – com a conclusão de que não há que se distinguirem essencialmente os direitos humanos e os direitos fundamentais –, é momento de conceituar esses direitos humanos ou fundamentais.

Diz-se que os direitos fundamentais ou humanos são aqueles decorrentes da natureza humana, inerentes, pois, à condição de ser humano. Ensina Ives Gandra Martins (2005, p. 39), em referência a esses direitos, que “há certos direitos que nascem com o homem e cabe ao Estado apenas reconhecê-los no Direito Positivo”.

Além de inatos, os direitos fundamentais ou humanos são direitos mínimos, indispensáveis à vida digna e à subsistência do homem. Daí serem denominados “fundamentais”, conforme, aliás, bem preleciona José Afonso da Silva (2014, p. 180): “no qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, no que lhe complementa André de Carvalho Ramos (2012, p. 147), ao afirmar que estes são o “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar a vida digna do ser humano”.⁶

Assim, não é difícil observar que, ante sua importância e essencialidade, os direitos humanos ou fundamentais são direitos diferenciados. É-lhes conferida, por conseguinte, uma série de características e atributos que lhes dão maior força e demonstram sua superioridade face aos demais direitos existentes. São, pois, direitos históricos, universais, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, limitáveis, concorrentes e de aplicação imediata⁷.

Enfim, vale mencionar que a Constituição Federal brasileira traz verdadeiro rol (exemplificativo, no caso) de direitos fundamentais, o que faz primordialmente (mas não exclusivamente) em seus artigos 5º, 6º e 7º. Mas os direitos humanos ou fundamentais, como já verificado, possuem previsão não apenas no direito interno, sendo consagrados também em sede de Direito Internacional, principalmente mediante tratados internacionais e normas de *jus cogens*. Há, aliás, vasta quantidade de tratados internacionais cujo objeto específico é a consagração de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada Pacto de San Jose da Costa Rica), de 1969.

⁶ São exemplos de direitos humanos ou fundamentais: (a) o direito à vida; (b) o direito à integridade física; (c) o direito à honra; (d) o direito à imagem; (e) o direito à liberdade; (f) o direito à propriedade; dentre inúmeros outros direitos que se mostram essenciais ao ser humano.

⁷ Ver, nesse sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 182-184) e Gonet Branco (2009, p. 273-287).

3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SEU *STATUS* NORMATIVO

Como já analisado, os tratados internacionais possuem procedimento solene para sua criação, aprovação e posterior vigência, procedimento este que engloba uma sequência de fases externas (realizadas no plano internacional) e de fases internas (realizadas no âmbito interno dos países).

Os tratados internacionais, como fontes do Direito Internacional Público, têm por escopo principal produzir efeitos jurídicos no plano internacional, entre os sujeitos do Direito Internacional deles signatários. Todavia, observadas e cumpridas todas as fases internas do procedimento de criação dos tratados, esses acordos internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico interno, adquirindo vigência, validade e eficácia também no âmbito do direito interno do país.

Resta saber, destarte, qual o *status* normativo adquirido pelos tratados internacionais quando incorporados ao direito pátrio interno, *status* este que varia conforme o conteúdo do tratado incorporado (mormente se tal acordo internacional versa ou não sobre direitos humanos).

4. O *STATUS* NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS

Os textos constitucionais brasileiros sempre foram omissos quanto ao *status* normativo dos tratados internacionais comuns incorporados ao direito interno pátrio. Ante a ausência de solução legal, dois foram os posicionamentos adotados no decurso da história brasileira: (a) a teoria da prevalência do Direito Internacional; e (b) a teoria da paridade normativa.

Durante muito tempo, a jurisprudência nacional dominante entendeu por correta a teoria da prevalência das normas de Direito Internacional, conferindo superioridade hierárquica a estas em relação às normas do direito interno. Aos tratados internacionais comuns incorporados ao ordenamento jurídico interno era conferido, pois, o *status* de norma supralegal, situada abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

Sobre esse momento da jurisprudência, aponta Portela (2014, p. 139) que:

No passado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) defendia a prevalência dos tratados sobre as normas internas infraconstitucionais, ou seja, sua supralegalidade. Inferiores apenas à Constituição Federal, os tratados eram vistos como capazes de derrogar as leis ordinárias que lhe fossem contrárias.

Assim, em se conflitando normas do direito interno com normas de Direito Internacional consagradas em tratados, o Poder Judiciário, para solucionar o conflito, utilizava-se do critério hierárquico, determinando a aplicação da norma internacional em detrimento da norma interna, já que *lex superior derogat inferiori* (a lei superior revoga a lei inferior).

Referido entendimento, porém, foi alterado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em 1977, no julgamento do RE nº 80.004 SE (RE 80.004, Relator(a): Min. Xavier De Albuquerque, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977), em que tal tribunal, ao decidir lide envolvendo a aplicação da Convenção de Genebra (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias), adotou a teoria da paridade normativa, segundo a qual os tratados comuns incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro possuem o mesmo *status* normativo das leis ordinárias, podendo, inclusive, sofrer modificação pelo legislador.

Cabe citar, pois, o seguinte trecho da ementa do acórdão resultante desse julgamento:

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito Interno brasileiro não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Ainda, nos termos do voto proferido pelo relator, o então Ministro Cunha Peixoto, no referido julgado:

Admitida, porém, apenas para argumentar, a vigência da Lei Uniforme, no Brasil, não podemos dar nossa adesão à corrente que entende não poder o legislador brasileiro introduzir nela qualquer modificação e, conseqüentemente, ser inconstitucional o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969. 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. Realmente, de conformidade com nossa Carta Magna, a lei fonte de direito é uma emanção estatal, pressupondo órgãos competentes para ditá-la, em conformidade com a lei constitucional. E é na Constituição que se vai encontrar

a forma legal, o rito da formação da lei. E aí se encontra que qualquer dos membros do Congresso Nacional pode apresentar projeto de lei, ou que altere dispositivos de lei, sendo lícito, mediante um determinado quorum, modificar a própria constituição.

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. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida, se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

É inequívoco, portanto, que o Supremo Tribunal Federal consagrou como adequada a teoria da paridade normativa, igualando normativamente os tratados internacionais comuns incorporados e as leis ordinárias internas. E a principal consequência de se igualarem hierarquicamente as normas de tratados e as normas do direito interno é que eventuais conflitos de normas são resolvidos pelo critério cronológico (ou temporal), prevalecendo a norma mais recente, já que *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior). Segundo Mazzuoli (2013, p. 393):

A conclusão que chegou o STF no julgamento citado (RE nº 80.004) foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. (...) Desta feita, em caso de conflito entre a norma internacional e a lei interna, aplicar-se-ia o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, isto é, o critério cronológico, em que a norma mais recente revoga a anterior que com ela conflita. Dessa forma, qualquer tratado internacional, ratificado pelo Brasil e devidamente promulgado, passaria a fazer parte do nosso Direito interno com status de lei ordinária federal.

Ao adotar referido posicionamento, mantido válido até os dias atuais, a jurisprudência do STF acolheu o entendimento há muito defendido pela doutrina clássica, que, mesmo antes da decisão de 1977, já considerava a igualdade hierárquica dos tratados internacionais comuns e as normas do ordenamento jurídico interno, entendendo que aos tratados internacionais incorporados dever-se-ia conferir *status* de lei ordinária⁸.

⁸ Há que se mencionar, porém, entendimento divergente da literatura mais atual, segundo o qual os tratados internacionais, ainda que comuns, quando incorporados ao direito interno pátrio, sempre adquirem *status* de norma suprallegal, estando acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição Federal. Nesse sentido, preleciona Mazzuoli (2013, p. 397) que “não se tem dúvida de que os tratados internacionais comuns em vigor no Brasil guardam nível suprallegal na nossa ordem jurídica. Conquanto cedam perante a Constituição – inclusive por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea b) –, os tratados comuns não podem ser revogados por lei interna posterior, sob pena de responsabilidade internacional do Estado”.

A referida regra de paridade, entretanto, encontra uma importante exceção, referente aos tratados internacionais sobre matéria tributária, visto dispor o artigo 98 do Código Tributário Nacional que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Como se infere do acima transcrito dispositivo, em matéria tributária não se aplica o critério cronológico para solucionar conflito entre norma interna e norma de tratado internacional, já que, nos termos do referido artigo, as normas constantes de tratados internacionais revogam as leis internas preexistentes e, mais que isso, se sobrepõem às leis internas posteriores.

Tem-se que, para o Direito Tributário, a lei interna posterior não revoga e nem fragiliza as normas constantes de tratados internacionais, o que indica claramente que os tratados internacionais que versam sobre Direito Tributário são hierarquicamente superiores que as leis internas reguladoras desse ramo do Direito.

Portanto, mantém a legislação tributária, ainda, resquício de adoção da teoria da prevalência das normas de Direito Internacional. Assim conclui Alexandre Coutinho Pagliarini (2012, p. 409), afirmando que “tratados internacionais de direito tributário são superiores à lei brasileira de direito tributário”, e se manifesta Portela (2014, p. 143), asseverando que “o CTN adota a noção de supralegalidade dos tratados de Direito Tributário”.

5. O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A análise do *status* normativo adquirido pelos tratados internacionais incorporados ao direito pátrio, apesar de simples com relação aos tratados internacionais comuns, alcança contornos muito mais problemáticos quando referente aos tratados que versam sobre direitos humanos ou fundamentais.

A Constituição Federal, ao regular os direitos fundamentais, estabelece no seu artigo 5º, §2º, que os direitos fundamentais não têm por fonte normativa somente a Constituição, sendo também reconhecidos aqueles previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Eis a literalidade da regra: “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”.

E justamente o referido dispositivo, por não excluir do ordenamento constitucional os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, leva parte da doutrina nacional a defender que todo e qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos ou fundamentais, quando incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, adquire *status* de norma constitucional, independentemente do *quorum* legislativo utilizado em sua incorporação.

Essa é exatamente a lição trazida por Mazzuoli (2013, p. 869), para quem:

A cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

Referido entendimento doutrinário está em consonância com o caráter de superioridade inerente aos direitos humanos e fundamentais, visto serem estes essenciais à condição humana. Bem aponta Canotilho (2003, p. 379) que “as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica”.

Entretanto, não foi esse o posicionamento adotado pelo constituinte brasileiro, que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu um §3º no artigo 5º da CF/1988, prevendo 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”.

Pelo que se depreende da regra transcrita, é concedido *status* de norma constitucional (emenda constitucional) aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos, mas desde que sejam estes incorporados mediante o procedimento relativo à edição de emenda constitucional, que exige, para sua aprovação, o *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa legislativa federal, em dois turnos.

Dessa forma, para ter *status* constitucional, não basta que o tratado internacional verse sobre direitos humanos ou fundamentais (requisito material), devendo também ser incorporado ao direito pátrio mediante o *quorum* de aprovação exigido para as emendas constitucionais (requisito formal).

Numa interpretação a *contrario sensu*, estabelece o dispositivo ora analisado que não terão *status* de norma constitucional os tratados internacionais sobre direitos humanos

aprovados internamente mediante outro procedimento que não o da edição de emenda constitucional. Nessa esteira, leciona Gonet Branco (2009, p. 260) que “a emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro”, ao que complementa: “as normas do tratado valerão, nessa hipótese, com status infraconstitucional”.

Com a regra inserida no referido §3º do artigo 5º, consagrou a Constituição brasileira uma dicotomia entre direitos fundamentais formalmente constitucionais – assim entendidos aqueles direitos fundamentais consagrados em normas com *status* constitucional – e direitos materialmente fundamentais – conceituados como aqueles que, não obstante sejam direitos fundamentais, estão contidos em normas com natureza infraconstitucional⁹.

No Direito brasileiro, portanto, temos, ao mesmo tempo: (a) direitos fundamentais formalmente constitucionais, sendo aqueles já previstos na Constituição, bem como os constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados mediante *quorum* qualificado de aprovação de emenda constitucional; e (b) direitos materialmente fundamentais, assim aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados mediante *quorum* distinto daquele exigido para a aprovação das emendas constitucionais.

Nada obstante, não se pode negar proteção constitucional aos direitos materialmente fundamentais, visto que, apesar de não previstos na Constituição Federal, possuem natureza própria de direitos fundamentais. Esse, aliás, é o entendimento de Cunha Júnior (2012, p. 680), para quem os direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material merecem “idêntico tratamento jurídico constitucional”, motivo por que “os direitos fundamentais, encontrem-se ou não positivados na Constituição escrita, são protegidos por ela; não podem ser abolidos e vinculam imediatamente os poderes públicos”.

De todo modo, resta lógico, conforme analisado, que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados

⁹ Sobre a dicotomia ora apresentada, ensina Canotilho (2003, p. 403) que “os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional. A constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**”.

ao direito interno com o *quorum* de aprovação de emendas constitucionais adquirem *status* de norma constitucional, ao passo que os incorporados com *quorum* de aprovação distinto recebem a qualificação de norma infraconstitucional.

Qual seria, porém, a natureza normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados anteriormente à referida Emenda Constitucional (já que, nesse momento pretérito, não havia a possibilidade expressa de um tratado alcançar hierarquia de norma constitucional)?

Uma primeira corrente doutrinária defende que esses tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda nº 45 foram automaticamente alçados pelo constituinte à condição de normas constitucionais, ainda que não aprovados mediante *quorum* de emenda constitucional. Aplicar-se-ia, ao caso, a mesma adequação feita ao Código Tributário Nacional, que, apesar de aprovado como lei ordinária, foi automaticamente elevado à condição de lei complementar com o advento da Constituição Federal de 1988, que exigia legislação dessa natureza para regular o Direito Tributário.

Adepto dessa primeira vertente doutrinária, assevera Rezek (2008, p. 103) que:

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.

Apesar de louvável, não é esse o entendimento dominante.

Prevalente é o entendimento da corrente doutrinária que defende que referidos tratados internacionais incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 mantêm sua natureza de norma infraconstitucional, já que tal Emenda produz efeitos apenas a partir de sua publicação, não atingindo as situações que lhe são precedentes.

Todavia, como regra de transição, defende essa corrente que os tratados internacionais incorporados antes da entrada em vigor do novel §3º do artigo 5º da Constituição (e, portanto, qualificados como norma infraconstitucional) podem ser submetidos a nova deliberação pelas casas legislativas federais, de modo a se permitir que

adquiram *status* de norma constitucional, caso resultem agora aprovados mediante o *quorum* qualificado exigido às emendas constitucionais.

No mais, não sendo realizada essa nova votação (ou, se realizada, não obtiver sucesso), mantém-se o tratado internacional com seu *status* anterior, ou seja, qualificado como norma infraconstitucional.

Defensor desse entendimento, afirma Gonet Branco (2009, p. 260) que:

Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional.

Por fim, ainda uma questão deve ser colocada: afinal, se não possuem *status* de norma constitucional, qual é a natureza das normas constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados internamente mediante o *quorum* exigido para as emendas constitucionais?

Para responder à indagação, cabe recorrer ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, esposado no julgamento do RE nº 466.343/SP¹⁰ (RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, divulgado no DJe de 04-06-2009, publicado em 05-06-2009), em que se debateu a possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel, face à proibição constante do Pacto de San José da Costa Rica, que é tratado internacional sobre direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico pátrio sem a observância do *quorum* das emendas constitucionais.

No referido julgado, mormente no voto proferido pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes, entendeu o Pretório Excelso pela natureza supralegal do referido tratado, de modo a ser ele infraconstitucional, mas superior à legislação ordinária. Dessa forma, o STF firmou posicionamento no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos

¹⁰ Eis a ementa da mencionada decisão: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

não incorporados ao direito interno com natureza de norma constitucional assumem o *status* de norma supralegal¹¹.

É imperioso transcrever, nesse ponto, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro relator Gilmar Mendes no *decisum* em questão:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim, tem-se que possuem *status* de norma supralegal os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito pátrio com aprovação por *quorum* distinto daquele qualificado das emendas constitucionais, de modo que estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária. Eventual conflito entre tais tratados e normas de lei ordinária, portanto, são resolvidos pelo critério da hierarquia, prevalecendo o disposto nos tratados, por serem normas superiores.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente trabalho, apresentam-se as seguintes conclusões:

1. Os tratados internacionais comuns, por força do entendimento ainda vigente do STF, adquirem natureza jurídica de lei ordinária quando são incorporados ao direito interno, à exceção dos que versarem sobre Direito Tributário, aos quais o artigo 98 do Código Tributário Nacional confere verdadeiro *status* de norma supralegal.

¹¹ Vale mencionar que a tese da supralegalidade já havia sido aplicada pelo STF em momento anterior, mas não de forma tão contundente, no julgamento do RHC 79.785/RJ, em 29 de março de 2000. Anote-se, pois, o seguinte trecho do voto do então relator, o Ministro Sepúlveda Pertence: “Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (RHC 79785, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002).

2. Os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ou fundamentais podem ser incorporados com *status* de norma constitucional, desde que aprovados mediante o *quorum* qualificado necessário à aprovação de emendas constitucionais.

3. Os tratados internacionais sobre direitos humanos ou fundamentais aprovados e incorporados sem a observância do *quorum* exigido às emendas constitucionais possuem, conforme entendimento do STF, *status* normativo supralegal, estando abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

4. Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito interno anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 ostentam *status* normativo de norma infraconstitucional (supralegal, no caso), podendo, porém, ser alçados ao nível de norma constitucional, desde que submetidos a novo procedimento legislativo e aprovados mediante o *quorum* qualificado de aprovação das emendas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. 15ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a constituição – comentários à constituição brasileira, volume 1*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho *et alii*. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2014.

RAMOS, André de Carvalho *et alii*. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público – curso elementar*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros LTDA, 2014.