

## A (IN)EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Hiago Rocha de Oliveira<sup>1</sup>

Marcelo Fernando Quiroga Obregon<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/04/2018*

**Sumário:** Introdução; **1.** Conceptualização Dogmática do Ordenamento; **2.** Os Tratados Internacionais; **3.** Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988; 3.1. Status Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Doutrina; 3.2. O Status Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Constituição de 1988 e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; **4.** A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro; 4.1. Processo de Formação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil; 4.2. Óbices à Eficácia dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos; 4.3. Em Favor da Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; - Considerações Finais; - Referências.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV e em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

[hiagorochadeoliveira@gmail.com](mailto:hiagorochadeoliveira@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direito Internacional e Direito Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola da Sociologia Política de São Paulo, vinculado à FDV. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da FDV.

[mfqobregon@yahoo.com.br](mailto:mfqobregon@yahoo.com.br)

**Resumo:** Este estudo, detido de sucinta incursão histórica, busca analisar o modo pelo qual a força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil relaciona-se com o ordenamento positivo doméstico, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por intermédio de pesquisa bibliográfica intenta-se, ademais, examinar a doutrina, a jurisprudência e os periódicos acadêmicos e científicos que ventilam o tema, em especial, as correntes acerca do *status* hierárquico ostentado pelos pactos de direitos humanos, suas influências e consequências. Para que, por fim, argumente-se em favor da paridade hierárquica dos tratados e a Constituição de acordo com as obras de Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

**Palavras-chave:** Tratados Internacionais; Direitos Humanos; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## INTRODUÇÃO

Situado a partir da confluência do direito constitucional e do direito internacional público, o Direito Constitucional Internacional é o *locus* onde pretende-se tratar a relação entre a Constituição brasileira de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

A pesquisa desenvolve-se pela via metodológica bibliográfica, abarcando obras da doutrina que envolvem desde a teoria geral do direito até o direito constitucional e o internacional, dispondo, inclusive, da utilização de periódicos acadêmicos e científicos, bem como da jurisprudência e legislação relativos ao tema ventilado.

Com a relevância transcendental dos direitos das gentes, os Direitos Humanos são o grande contexto da pós-modernidade, lastreados historicamente na evolução das sociedades, que compõem o inatacável arquétipo filosófico do mundo globalizado. Nessa conjuntura, põe-se em voga a eficácia desses direitos que é examinada no modo de inserção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) pela Constituição brasileira de 1988.

O ponto de partida é a conceptualização dogmática do ordenamento, que alude os conceitos de validade, vigência e eficácia, tratados na teoria geral do Direito. Em seguida, analisa-se os tratados internacionais gerais no âmbito do direito internacional público, acompanhando a gradativa preferência positivista e seu processo de formação geral.

Posteriormente, estuda-se os tratados internacionais de direitos humanos em sua especificidade. Contextualiza-se historicamente a paulatina atenção aos direitos fundamentais, tanto no prisma internacional – pós-Guerra – quanto no nacional – pós-Ditadura. Sem demora, aborda-se, de forma geral, as quatro correntes doutrinárias acerca dos *status* hierárquicos dos TIDH. Prontamente, os *status* hierárquicos serão percebidos sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e à guisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encerrando também o impacto dos TIDH no direito interno.

Em última análise, levanta-se a questão originária, qual seja, da força normativa dos TIDH celebrados pelo Brasil, iniciando-se pelo *iter* procedimental de formação dos mesmos, na perspectiva da ordem jurídica doméstica. E, por fim, argumenta-se em favor da paridade hierárquica entre os TIDH e a Constituição, posto que esses são as principais fontes de obrigação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, em razão da relevância de sua matéria, deve(ria) ocupar uma posição privilegiada e especial na disposição normativa brasileira.

## 1 CONCEPTUALIZAÇÃO DOGMÁTICA DO ORDENAMENTO

Antes de adentrarmos a temática principal acerca dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o direito brasileiro, faz-se necessário o esclarecimento em outra área do direito, qual seja, a teoria geral do direito. Isso se dá ao encontrar na doutrina diferentes conceitos para validade, vigência, vigor e eficácia das normas jurídicas.

Assim, validade, na dogmática jurídica, é a qualidade da norma que designa o pertencimento dela a determinado ordenamento jurídico e "que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento"<sup>3</sup>. Há ainda, a validade sob os prismas formal ou material. A validade formal, diz respeito à relação entre as normas, ou seja, "para ser válida a norma precisará estar integrada no ordenamento, retirando sua validade de outras normas que condicionam a competência e/ou determinam os fins".<sup>4</sup> A validade material, por outro lado, é a coerência valorativa da norma com o seu ordenamento jurídico, que "deve ser sempre uma tentativa de realização de valores (utilidade, liberdade, ordem, segurança, saúde etc.) [sic], visando a consecução de fins necessários ao homem e à sociedade."<sup>5</sup>

Já a vigência é o aspecto da norma que diz respeito ao seu tempo de validade, ou melhor, considera-se vigente, portanto, "a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos"<sup>6</sup>. Logo, uma norma pode ser válida mas não viger, mas não há como viger sem ser

---

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 197.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 20ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 399.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

válida. Nesse mesmo sentido, vigor pode significar tanto sinônimo de vigência, quanto força vinculante da norma jurídica.

Por conseguinte, a eficácia, que não se confunde com validade, tampouco com vigência, é o atributo da norma atinente à sua produção de efeitos. Nesse diapasão,

a capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza tática; outros, de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos táticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. [...] A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como essa aptidão admite graus, podemos dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa.<sup>7</sup>

Destarte, é possível inferir que a eficácia das normas jurídicas é variável, e isto se dá pelos mais diversos fatores, não obstante, o que é relevante para este trabalho é, sobretudo, o fator da hierarquia legal, sem entrar na discussão doutrinária sobre a existência ou inexistência de hierarquia entre as normas jurídicas. Adota-se, para fins didáticos, o caráter jurídico-político das normas legais, pois as normas hierarquizam-se sempre que tratem das mesmas matérias, ou tiverem o mesmo objeto.

Dentro dessa perspectiva, as normas constitucionais – que são as de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro – vinculam todos os órgãos estatais, na medida em que, "os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, do mesmo modo que os privados, devem ser simétricos com relação ao texto maior"<sup>8</sup>, assim, é possível inferir que uma norma constitucional será mais eficaz, no sentido de observância e efetividade, que uma norma infraconstitucional.

É pertinente colocar que, o tratamento conceitual dos termos anteriormente elencados e a respectiva incursão na teoria geral do direito possuem cunho legitimamente instrutivo, além de ajudar na construção de uma linha de raciocínio.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 408.

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

## 2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Com a prosperidade do positivismo no mundo, iniciou-se a codificação do direito internacional, ora pela consagração de novas regras, ora pela codificação de regras preexistentes do direito consuetudinário ou, até, por sua modificação.<sup>9</sup> Assim, a Convenção de Viena, de 1969, tratou de servir como Lei dos Tratados, regulando o *iter* procedimental desde sua elaboração até sua ratificação.

O termo 'tratado' foi definido como um acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo Direito Internacional<sup>10</sup>, além disso, inclina-se, ainda, para a sua acepção genérica, que abarca todos os termos relativos a acordos internacionais, como, por exemplo, Carta, Convenção, Convênio, Pacto e Protocolo.

Os tratados, enquanto fonte de obrigação jurídica do Direito Internacional, possuem um processo de formação que em geral compreende: os atos de negociação, conclusão e assinatura, no âmbito da competência do Poder Executivo; apreciação e aprovação através do Poder Legislativo; ratificação pelo Poder Executivo.

Nos termos da Convenção de Viena, os tratados são expressões de consenso, e em seu artigo 52 concretiza sua observância obrigatória: "É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas."<sup>11</sup> Os atos de negociação e conclusão servem exatamente para ajustar os termos do tratado, a fim de que ele seja fruto do consenso entre os Estados-parte.

É importante ressaltar que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados que o adotaram expressamente e, como visto, livremente. Não sendo possível, portanto, invocar normas de direito interno para a sua não aplicação, como reza o artigo 27 da Convenção.

Em sequência, "a assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes"<sup>12</sup> entretanto,

---

<sup>9</sup> HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

<sup>10</sup> WALLACE, Rebecca M. M. **International law**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.

<sup>11</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**, 23 maio 1969.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.

obriga o Estado no plano político internacional que é, maiormente, a obrigação moral de ratificação do acordo.

Na apreciação do tratado pelo Poder Legislativo são encontradas particularidades de direito interno, as quais cada Estado-membro seguirá suas próprias normas de aprovação legislativa.

A ratificação é o ato condicionante do Poder Executivo para que o acordo vincule sua obrigatoriedade no âmbito internacional e interno, e, por fim, o instrumento de ratificação deverá ser depositado no órgão competente.

Sem prejuízo do debate entre monistas e dualistas, opta-se, em razão da brevidade do estudo e de sua relevância, não adentrá-lo, pois, inclina-se no modo de pensar do Min. Celso de Mello que, na ADIN 1.480-DF, alega que a problemática deve ser resolvida na Constituição.<sup>13</sup>

### **3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O Pós-Guerra foi um período reflexivo, onde se repensou as estruturas estatais as quais se encontravam demasiadamente cerradas e, a própria postura do direito, frente aos eventos ocorridos, haja vista que os absurdos praticados pelo Estado nazista, do ponto de vista estritamente legal, foram acobertados dentro de uma ordem jurídica caracterizada como legítima.<sup>14</sup> Isso porque, o ordenamento jurídico era guiado por critérios eminentemente formais, característicos do positivismo<sup>15</sup>, esvaziados de preenchimento ético, atendendo assim, aos anseios oportunistas do dado período.

Em meio a esse cenário, a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup>, de 1948, inaugurou uma nova postura mundial, materializando o anseio de evitar as catástrofes pretéritas. Tais importantes eventos deram origem ao

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. **ADI 1480 MC**. Confederação Nacional do Transporte – CNT e Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator: Celso de Mello. 4 de set. 1997. Onde o Min. Celso de Melo relatoriou: "é na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro."

<sup>14</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 45.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

<sup>16</sup> TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011, p. 193.

Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo do Direito Internacional Público.

Esse, diferente das demais vertentes do Direito Internacional, assume um caráter especial, pois não busca "disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estado, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes"<sup>17</sup>. Do contrário, o DIDH é um sistema normativo que "engloba procedimentos e do qual fazem parte instituições desenvolvidas para implementar e promover o respeito aos direitos do homem no cenário mundial"<sup>18</sup>, sendo assim, em última análise, essa importante ramificação almeja garantir o próprio exercício dos direitos humanos. Dessa forma, vê-se o importante papel que o DIDH desempenha para a afirmação dos direitos humanos, em um cenário de permanente (re)construção e necessário diálogo – e abertura – do direito nacional.

O Brasil estabeleceu-se nesse cenário, substancialmente, pós-constituição de 1988, quando houve a redemocratização. Mas antes, é imperioso destacar, que os lamentáveis percalços ditatoriais que acometeram o país nas décadas de 60, 70, e boa parte dos 80, comprometeram o Brasil internacionalmente. Por diversas vezes, não havia coerência em relação às posturas firmadas em tratados internacionais e a condução política no país, que passava por cima dos direitos humanos, renegando-os, inclusive, através de mortes, torturas e desaparecimentos.

Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário — em face de dificuldades em solucionar problemas internos —, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional — nascia assim a

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

<sup>18</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.95.

Constituição de outubro de 1988.<sup>19</sup>

A redemocratização do país e a Constituição de 1988 inauguraram um novo período na história do Brasil, que retomou as diretrizes de direitos humanos e permitiu a construção de um Direito Constitucional Internacional. A introdução do §2º do artigo 5º da Constituição Federal foi determinante para a inserção do país no nicho protetivo internacional. Esse parágrafo estatui que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.<sup>20</sup>

O §2º do artigo 5º da Constituição ao admitir a inexauribilidade dos direitos fundamentais, abre espaço para a sua complementação pelos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário. Nesta incorporação, a Carta imputa aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, de natureza constitucional. A doutrina atenta que, independentemente do quórum de aprovação dos tratados de direitos humanos há incorporação material ao bloco de constitucionalidade, sustentado por uma análise teleológica da constituição que sustenta-se, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.<sup>21</sup>

A questão da interação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) com o Texto Constitucional tem resultados diferentes, ou seja, os tratados podem “coincidir com o direito assegurado na Constituição, integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos ou ainda, podem contrariar preceito do

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77-78.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988

<sup>21</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

direito interno”.<sup>22</sup> É essa última hipótese que dá vazão às divergências doutrinárias referente ao status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. Segundo a doutrina<sup>23</sup>, há quatro correntes que tratam do modo pelo qual os TIDH se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1 STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: DOCTRINA

A primeira é a corrente do status supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, que defende a superioridade da ordem externa sobre a interna, ou seja, os TIDH entrariam na ordem jurídica brasileira acima da Constituição.

A segunda é a corrente do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que, por sua vez, argumenta em favor da posição intermediária dos TIDH, qual seja, entre a Constituição e as leis ordinárias. De um lado, defendem que os TIDH possuem importância no sistema internacional dos direitos humanos e por isso não podem ser equiparados com as leis internas que regem o país. Do outro, arrazoa que devem se sujeitar à autoridade e supremacia das normas constitucionais. No que se refere aos tratados internacionais sobre as demais matérias, essa corrente alega que devem ostentar o status de lei ordinária.

A terceira é a corrente do status de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos. Pregam pela equiparação dos TIDH à lei ordinária federal e, sendo assim, submetem-se ao princípio 'lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível'.

A quarta e última é a corrente do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Em razão da matéria de que tratam os TIDH, essa corrente os concede qualificação constitucional, como uma emenda.

### 3.2 O STATUS CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: CONSTITUIÇÃO DE 1988 E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na Constituição Federal há, atualmente, dois parágrafos que regulam os TIDH, ambos do artigo 5º, sendo o §2º, com redação dada pelo poder

---

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

<sup>23</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 717-724.

constituente originário, e o §3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

§ 2.º 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.

§ 3.º 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.<sup>24</sup>

A partir disso, extraem-se três situações distintas, (a) dos TIDH celebrados pelo Brasil antes do advento da Constituição de 1988, (b) dos TIDH aderidos pelo Brasil depois do advento da Constituição de 1988 e antes da promulgação da EC nº 45/2004, (c) dos TIDH que venham a ser celebrados e os celebrados após a promulgação da EC nº 45/2005.

Hoje, na situação (a), os TIDH foram formal e materialmente incorporados à ordem jurídica interna com status constitucional através do §2º do artigo 5º. Já em (b), a situação não é tão simples, pois vigora no STF o entendimento consoante do status supralegal e infraconstitucional dos TIDH<sup>25</sup>, entretanto isso não é unânime<sup>26</sup>. Em (c), os TIDH que forem/foram aprovados pelo iter do artigo 5º §3º têm ou terão status constitucional.

Embora atualmente o Supremo Tribunal Federal posicione-se dessa forma, nas décadas de 40 e 50, a cúpula do poder judiciário manifestou-se em favor do status hierárquico supraconstitucional dos tratados internacionais<sup>27</sup>. Esse entendimento só mudou completamente em 1977, quando os tratados internacionais, sem distinção, ganharam status de lei ordinária<sup>28</sup>, na justificativa da imperatividade da vontade última do legislador republicano<sup>29</sup>. É evidente que o Supremo transgrediu uma das

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

<sup>25</sup> Como são pode ser visto nos julgados: STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 3-12-2008; STF, Pleno, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3-12-2008; e, STF, Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 3-12-2008.

<sup>26</sup> Nesse sentido: STF, HC 87.585-8/ TO, Pleno, voto-vista do Ministro Celso de Mello, em 12-3-2008.

<sup>27</sup> Fato que comprova-se nas Apelações Cíveis 7.872/RS e 9.587/DF.

<sup>28</sup> No julgado RE 80.004, de relatoria do Min. Xavier de Albuquerque, publicado no DJ de 29-12-1977.

<sup>29</sup> Essa justificativa é encontrada nos RE 206.482, do HC 76.561 e do RE 243.613.

mais importantes normas da Lei dos Tratados, a qual não se pode invocar normas internas para justificar o descumprimento de Tratados Internacionais. O posicionamento da cúpula não foi alterado nem mesmo com o advento da Constituição de 1988, tendo julgados posteriores que adotam a corrente do status de lei ordinária<sup>30</sup>. Somente em 2008 houve mudança, quando dentro do Plenário do Supremo predominou o entendimento em prol do status supralegal dos TIDH, inclinação que se mantém majoritária.

#### **4 A FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO**

O problema da força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por sua vez, é de natureza complexa e envolve o estabelecimento de posições políticas e jurídicas, internas e externas. Posto que o tema em voga gera controvérsias doutrinárias, analisa-se o referido sob o prisma da eficácia dos TIDH ratificados pelo Brasil e sua conotação com o status hierárquico na ordem jurídica pátria.

##### **4.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

Dentro da especificidade da Constituição de 1988<sup>31</sup>, o processo de formação dos TIDH têm seus atos de celebração regulados pelo art. 84, VIII, que afirma ser da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais e que esses estarão sujeitos a referendo pelo congresso nacional.

Esse referendo é a fase do iter procedimental que diz respeito a apreciação dos TIDH pelo Poder Legislativo e é tratado pela Carta em seu art. 49, I, que concede ao Congresso Nacional a competência exclusiva de decidir definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, que, após a EC nº 45/2004, devem ser aprovados em dois turnos, em cada casa do congresso nacional por três quintos dos respectivos membros, como consta no art. 5º, §3º, com a edição do correspondente decreto legislativo.

Na sequência, os TIDH, se e somente se aprovados pelo Legislativo, são encaminhados ao Poder Executivo para que possam ser ratificados e promulgados – vez que a sanção do Presidente da República é descartada

---

<sup>30</sup> Claramente em detrimento da CFRB/88 o HC 72.131, julgado em 22-11-1995, não atenta para os §§ 2º e 3º do art. 5º.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

nesses atos, assim como acontece com as emendas à Constituição. Passado isso, o Presidente deverá publicá-lo mediante decreto no Diário Oficial da União. Caso contrário, os TIDH não poderão ser recepcionados em nosso ordenamento e serão inválidos.

Pelo exposto, é percebido que a EC nº 45/2004 apenas criou um procedimento para que os TIDH fossem internalizados formalmente com status constitucional, visto que o §2º do art. 5º já concedia status materialmente constitucional a eles. Assim, o §3º do art. 5º apenas endossou o §2º.

Se, consoante o § 2º do art. 5º, os tratados e convenções de direitos humanos são normas **materialmente** constitucionais, integrantes do bloco de constitucionalidade da Carta de 1988, conforme o § 3º do referido art. 52, eles possuem a natureza **material e formalmente** constitucional.

Assim, temos:

- **regime jurídico do art. 5º, § 2º, da CF** - confere aos tratados e convenções de direitos humanos a índole de normas materialmente constitucionais, integrantes do bloco de constitucionalidade da Carta Maior; e
- **regime jurídico do art. 5º, § 3º, da CF** - consagra a natureza formal e materialmente constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos, que, ao serem equiparados às emendas à Constituição, adquirem o status de autênticas normas constitucionais, participantes do **bloco de constitucionalidade** do Texto de 1988.<sup>32</sup>

#### 4.2 ÓBICES À EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Nessa realidade, entretanto, surgem dois principais problemas. O primeiro é a precariedade normativa da Constituição relativa ao tema, que não estabelece prazos para o procedimento de internalização. Como por exemplo, o Presidente da República não ter previsão para encaminhar o tratado celebrado ao Congresso Nacional. Tampouco, prazo para que o Congresso encaminhe-o ao Poder Executivo para ser ratificado.

Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional

---

<sup>32</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 723.

apenas em 1992, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo n. 496, em 17 de julho de 2009 – dezessete anos após. Em 25 de setembro de 2009, o Estado brasileiro finalmente efetuou o depósito do instrumento de ratificação.<sup>33</sup>

O segundo problema é relativo aos TIDH celebrados pelo Brasil no período circunscrito entre o início da vigência da Constituição Federal de 1988 e a superveniência do EC nº45/2004.<sup>34</sup> Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal atribui aos TIDH status hierárquico supralegal e infraconstitucional, constituindo sobremaneira o enfraquecimento da eficácia normativa desses tratados.

No primeiro problema, há, ao menos, a responsabilidade internacional do país – característica inerente ao DIDH – que, de todo modo, vincula obrigações aos Estados. No segundo problema, no entanto, não há alternativa senão a mudança de posicionamento do STF acerca da referida hipótese, considerando a hierarquia constitucional para todos os TIDH celebrados pelo Brasil. "Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente".<sup>35</sup>

#### 4.3 EM FAVOR DA HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Defende-se, aqui, a paridade hierárquico-normativa entre os TIDH e a Constituição, pois a força normativa dos tratados situa-se na particular força normativa constitucional. Nesse sentido, a atual posição do STF em relação aos TIDH aderidos pelo Brasil antes da EC 45/2004, é, sobremaneira, prejudicial para os direitos humanos e não se coaduna a uma interpretação geral e ampla das normas constitucionais, especialmente, dos §§ 2º e 3º do art. 5º. Pois,

**a corrente do status constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos**, acima descrita, e compartilhada, minoritariamente, pelos juízes do Supremo, é a única capaz de assegurar:

---

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

<sup>34</sup> Pois não há óbice no aspecto normativo constitucional, como visto, nos TIDH celebrados antes da Carta de 1988 que foram recepcionados por ela. Tampouco nos TIDH pós EC nº45/2004.

<sup>35</sup> Ver Recurso Extraordinário nº 466.343-1, São Paulo, rel. Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos.

• a visão concatenada e sistêmica dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Carta de 1988, de modo a se atribuir aos tratados e convenções sobre direitos humanos **máxima efetividade**, em benefício do ser humano, dos valores nobres que devem, necessariamente, nortear a conturbada e passageira vida terrena [...].<sup>36</sup> [grifo do autor]

Há também, "a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais" <sup>37</sup> que, enquanto argumento em favor da hierarquia constitucional dos TIDH, consiste no enaltecimento da relevância dos Direitos Humanos tanto no plano interno, quanto no externo.

No interno, em decorrência da carga valorativa e principiológica que se assenta a Constituição Federal, em especial a prevalência dos Direitos Humanos, abarcada em seu art. 4º, II, que, inclusive, deriva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, promulgada em 1992<sup>38</sup>.

No enfoque externo, em virtude de um 'constitucionalismo global' para além das relações horizontais entre Estados, mas na eclosão "de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos".<sup>39</sup> Posto que

o predomínio do princípio da dignidade da pessoa humana em sua inteireza (CF, art. 1º, III), [é] **valor constitucional supremo** a ser observado e seguido no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos fundamentais;<sup>40</sup> [grifo do autor]

Ora, a racionalidade material que deve orientar a hermenêutica dos Direitos Humanos está em desarmonia com o entendimento da Cúpula do Judiciário. Não há, ao contrário do que se argumenta, qualquer prejuízo na segurança das relações jurídicas, essa conclusão deriva do Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais sobre os atos internacionais, tendo em vista que os TIDH também sujeitam-se ao controle de

---

<sup>36</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 716.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livr. Almedina, 1998. p.1217.

<sup>40</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 716.

constitucionalidade, que é o protetor da *Lex Matter*. Ademais é possível afirmar a segurança das relações jurídicas

[...] pois a equiparação dos tratados e convenções de direitos humanos às normas constitucionais, ao contrário dos que propalam os seguidores da corrente do status supralegal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, não geram estados de insegurança que podem beirar o caos.<sup>41</sup>

Por último, em desafio à lógica do sistema, a hierarquia dos TIDH supralegal pode gerar incongruências na ordem jurídica. Como exemplo,

destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar — como se espera — o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último — um tratado complementar e subsidiário ao principal — hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.<sup>42</sup>

Pelo demonstrado, extrai-se que a paridade hierárquica entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição possui inequívoca relação com a eficácia dos Direitos Humanos provenientes de acordos internacionais.

Com esse raciocínio se conjuga o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, particularmente das normas concernentes a direitos e garantias fundamentais, que hão de alcançar a maior carga de efetividade possível — o princípio vem a consolidar o alcance interpretativo que se propõe relativamente aos parágrafos do art. 5º do Texto.<sup>43</sup>

O Direito Internacional dos Direitos Humanos projeta, por um lado, o Brasil no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, com a respectiva responsabilidade monitorada; por outro, alarga a cidadania do brasileiro ao conferir direitos enunciados para além da ordem jurídica interna, propiciando, nesse interim, a evolução e a reinvenção das sociedades.

---

<sup>41</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 717.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 438.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual da fase dos direitos humanos, são apercebidas as eminentes limitações dos Estados no tocante ao direito das gentes, e é incoerente que sejam evocadas interpretações, a partir de dispositivos normativos internos, constituidoras de estorvo à eficácia desses direitos, que são reconhecidos pela comunidade internacional e integrantes do direito cogente universal.

A fundamentação da suprallegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados e acordos internacionais, que versam sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil que não passaram pelo procedimento do §3º, art. 5º, da Constituição, não satisfaz parte consagrada da doutrina, como Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Lafer, Flávia Piovesan, Uadi Lammêgo Bulos e Valério de Oliveira Mazzuoli. Tampouco satisfaz alguns ministros do próprio Supremo, como é o caso do Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Todos esses, ministros e doutrinadores, optam pelo status hierárquico de todos os TIDH que o Brasil seja parte, pois, como demonstrado, esse status os equipa de maior eficácia normativa e confere, sem rodeios, a proteção à pessoa e a promoção da dignidade e do progresso humanos, orientadores maiúsculos de todas as instituições.

Esse entendimento constitucionalista não oferece uma ameaça à supremacia da Constituição, pelo contrário, ele endossa e solidifica a dimensão axiológica que sustenta a Carta Constitucional de 1988, conferindo-a mais vigor e maior força normativa, além de equipá-la com mais instrumentos de efetividade, ao passo que erige direitos para além do âmbito doméstico, e protege indivíduos contra o arbítrio do poder.

No Direito positivo pátrio, sobretudo o Constitucional, é ainda mais impreterível uma vez que a Dignidade da Pessoa Humana, disposta no art. 1º, III, da Lei Maior, não é valor a ser observado, mas princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo.

Nesse ditame, a projeção nacional no Direito Internacional dos Direitos Humanos e as respectivas responsabilidades assumidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos não admitem que sua eficácia normativa seja frustrada no plano interno, pois isso incorre numa complicada incoerência política e jurídica que, sem dúvida, é prejudicial para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 de nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 17 de nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ementa. ADI 1480 MC**. Confederação Nacional do Transporte – CNT e Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator: Celso de Mello. 4 de set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018406&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livr. Almedina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 20ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.
- MOREIRA, Nelson. **Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**, 23 maio 1969. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

WALLACE, Rebecca M. M. **International law.** 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.