



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Incorporação e Hierarquia dos Tratados Internacionais e dos Tratados de Direitos Humanos  
no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Ricardo Luiz Francisco Medeiros de Carvalho Peixoto

Rio de Janeiro

2009

RICARDO LUIZ FRANCISCO MEDEIROS DE CARVALHO PEIXOTO

A Incorporação e a Hierarquia dos Tratados Internacionais e dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup>. Neli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2009

# **A INCORPORAÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Ricardo Luiz Francisco Medeiros  
de Carvalho Peixoto**

Graduado pela Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro. Advogado.

**Resumo:** A questão da incorporação e da hierarquia dos tratados internacionais e dos tratados de direitos humanos tem sido uma constante preocupação nos Tribunais Superiores. Assim, foram sendo construídos, ao longo da história, diversos entendimentos até se chegar a um possível consenso em torno de um mesmo posicionamento. A Emenda Constitucional n° 45 trouxe um procedimento especial para a internalização dos tratados de direitos humanos, conferindo-lhes tratamento diferenciado em relação aos demais. Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é a discussão e análise dos diversos conflitos jurisprudências acerca do tema, além do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Federal.

**Palavras-chaves:** Hierarquia, Tratados Internacionais, Direitos Humanos.

**Sumário:** 1- Introdução. 2- Os Tratados Internacionais: Considerações Preliminares. 3- Os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional e o processo de incorporação dos Tratados Internacionais. 4- As Teorias: Dualista e Monista. 5- A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição de 1988. 6- Conclusão. Referências.

## **1- INTRODUÇÃO**

O Direito Internacional sempre esteve presente desde os tempos mais remotos. A necessidade de uma jurisdição para regular os relacionamentos entre Estados, que até então construía uma soberania inatingível nas quais nenhuma influência externa podia vigorar,

tornou-se emergente, resultando na criação de acordos internacionais, até mesmo para preservar a tão estimada soberania Estatal.

Antigamente não havia uma regulamentação formal prevendo condutas de relacionamento e comércio entre os Estados, tendo em vista, notadamente, a inexistência de uma Constituição, formal, escrita, esta era em sua essência material. Assim, baseava-se essencialmente em costumes e crenças de uma sociedade específica, variando o seu conteúdo em cada Estado, de forma particular, não havendo uma uniformidade ou legislação permanente.

Mas as transformações sociais, políticas e econômicas fizeram despontar uma nova realidade, tornando-se assim imperiosa a criação de uma legislação internacional uniforme e única para evitar os novos conflitos e garantir uma aplicação mais hegemônica de direitos, garantias e deveres individuais a nível global.

Entretanto, sempre houve resistência quanto à adoção de uma jurisdição específica regulando o Direito Internacional, principalmente em razão do receio comum entre os Estados de interferência na sua própria soberania.

Mesmo diante dessa resistência, o Direito Internacional desenvolveu-se durante os séculos, construindo suas próprias normas específicas, surgindo, assim, os Tratados Internacionais, como fonte de jurisdição supraestatal.

A vantagem do Tratado Internacional sempre foi o fato de não ser uma norma impositiva a todos os Estados, sendo aberto a ratificações ou não. Assim, o Estado que não concordasse com o conteúdo de determinado tratado não estava obrigado a aderir a este e, conseqüentemente, aquela norma de caráter internacional não seria absorvida pelo ordenamento jurídico daquele Estado.

Esse fato foi de suma importância, pois ao mesmo tempo em que se criava uma jurisdição internacional específica, estava sendo preservada a individualidade de cada Estado, cuja soberania não estava sendo afetada.

Nos tempos atuais, com a globalização, o Direito Internacional Público vem tomando proporções representativas, levando em consideração a enorme quantidade de Tratados Internacionais elaborados e ratificados até a presente data pelo Brasil. Assim, parece ter se desenvolvido uma maior consciência em relação a uma sociedade internacional, criando uma coexistência pacífica entre os Estados, em razão de um ordenamento jurídico focado na preservação da paz entre essas comunidades.

A Magna Carta de 1988 introduziu importantes inovações em relação à legislação brasileira referente a Tratados Internacionais. Em seu art. 5º, além da extensa apresentação de setenta e sete incisos enfocando os direitos e garantias fundamentais, o §2º, deixou claro que os direitos e garantias expressos na Constituição da República 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. Adotando, dessa forma, os Tratados Internacionais no Direito Interno brasileiro.

Além disso, com a aprovação da Emenda Constitucional de nº 45, de novembro de 2004, criou-se uma nova hierarquia formal em relação aos Tratados de Direitos Humanos, conferindo aos mesmos, desde que preenchidos o requisito de aprovação específica, o *status* de emenda constitucional, servindo, assim, como parâmetro de constitucionalidade para as demais normas.

Com a aprovação de tal emenda surgiram enormes indagações, tanto acerca da constitucionalidade dessa norma, como quanto à recepção dos tratados de direitos humanos celebrados antes da publicação da referida emenda.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva justamente a proceder uma análise da hierarquia dos tratados internacionais pelo ordenamento brasileiro, bem como, a constitucionalidade da equiparação dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais e a sua efetividade no direito brasileiro. Além da situação hierárquica desses tratados, celebrados anteriormente ao advento da emenda. Será utilizando, como fonte primária, a pesquisa bibliográfica do tipo qualitativo, adotando-se o método empírico.

## 2- OS TRATADOS INTERNACIONAIS: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

### 2.1- Noções Gerais das Fontes de Direito Internacional e os Tratados Internacionais.

As Fontes do Direito Internacional representam os meios pelos quais o Direito se manifesta, construindo assim a norma jurídica. Mello, *apud*, Bobbio (2004, p. 191) apresenta a definição de fontes: “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir uma norma jurídica”, sustentando, nesse giro, a relevância das fontes formais, para o estudo do

direito positivo, em relação às fontes materiais, que têm por objeto elementos históricos, sociais e econômicos.

As fontes formais do Direito Internacional têm seu enunciado previsto em dois textos internacionais: o primeiro deles é o da convenção relativa ao estabelecimento de um Tribunal Internacional de Presas; enquanto que o segundo encontra-se no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que reproduz o estatuto da Corte Permanente de Justiça.

O primeiro texto, em estudo, foi concluído na Conferência de Haia de 1907, determinando que no caso de conflito entre a Convenção em vigor, o beligerante captor e a Potência que for parte do litígio ou cujo nacional for parte dele, o Tribunal deverá aplicar as estipulações da Convenção.

Entretanto, essa convenção não entrou em vigor, devido ao caráter hierárquico imposto entre as fontes, onde o Tribunal só poderia aplicar a posterior na falta da anterior.

Em contrapartida, o segundo texto, que se encontra em vigor, demonstra muito mais liberdade, tendo em vista que a Corte pode optar pela fonte a ser aplicada sem se prender a qualquer hierarquia, nos moldes do art. 38 da mesma.

Dessa forma, tem-se que as fontes do Direito Internacional são três: os tratados, o costume e os princípios gerais do direito.

No entanto, alguns autores entendem que devem ser incluídos nesse rol outras duas fontes: os atos unilaterais e a lei internacional.

Considerando que o objeto de estudo desse trabalho são os tratados internacionais, passa-se, assim, ao estudo em detalhe dos mesmos.

## 2.2- Considerações Iniciais Acerca dos Tratados Internacionais.

Nos tempos atuais, os tratados internacionais, cristalizados pelo brocardo *pacta sunt servanda*, apresentam-se como acordos internacionais, juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituídos hoje como a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Tal crescimento deve-se à abrangência cada vez maior do positivismo internacional, o qual conferiu uma enorme projeção das obrigações no plano internacional, que até então encontrava-se reservado ao costume internacional.

Da mesma forma, os princípios gerais de direito, com o movimento pós-positivista, adquiriram uma grande relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea.

Sendo assim, entende-se que, com o crescimento das relações internacionais, modificando a utilização formal das fontes principais internacionais, desenvolveu-se uma maior interdependência entre os Estados, aumentando, assim, a utilização dos tratados pela sociedade internacional.

Nesse sentido, sendo o tratado a principal fonte de direito internacional, criou-se uma dependência muito grande da ordem jurídica internacional em relação aos mesmos. Até mesmo pelo conteúdo das matérias reguladas a nível global e o seu alcance na sociedade internacional, constitui-se uma das fontes mais democráticas do Direito Internacional, pelo fato de haver uma participação direta de todos os Estados na sua elaboração.

Na definição de Mello, *apud*, Henkin (2001), o termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional.

Entretanto, é válido lembrar que os tratados internacionais não necessariamente vão determinar novas regras ao Direito Internacional, pois na maioria das vezes decorrem de regras já existentes no costume internacional, ou então, objetivando modificá-las de forma a torna mais efetiva para a sociedade internacional.

Assim, cada vez mais se formalizou uma necessidade de codificar as regras referentes aos tratados de uma forma mais uniforme, visando dar uma maior segurança jurídica no plano internacional aos signatários.

Tal preocupação resultou na elaboração da Convenção de Viena, aprovada em 1969, servindo, assim como a Lei dos Tratados, limitando a sua celebração entre os Estados, não regulando aqueles dos quais participam organizações internacionais.

A definição de tratado, trazida pela Convenção de Viena, determinou que o mesmo seria um acordo internacional concluído entre Estados de forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

Essa definição consubstancia-se naquela aplicada aos tratados em sentido lato, abrangendo, assim, as formas mais simplificadas de acordo. No entanto, apesar da forma escrita ser a mais utilizada, os acordos orais encontram-se no mesmo patamar de obrigatoriedade que os primeiros.

Na verdade, é válido frisar que na elaboração dos tratados deverão ser observados os requisitos de validade que se subdividem em quatro tipos, de acordo com Mello (2001): (i) capacidade das partes contraentes; (ii) habilitação dos agentes signatários; (iii) consentimento mútuo; e (iv) objeto lícito e possível.

Em relação ao primeiro requisito, apesar da Convenção de Viena de 1969 limitar a capacidade das partes aos Estados contratantes, a melhor doutrina capitaneada por Mello (2001), determina que a capacidade de concluir tratados é conferida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais. Frise-se, ainda, que em certos casos serão incluídos nesse rol também os Estados vassalos e protegidos, quando autorizados pelos suseranos ou protetores.

Quanto ao segundo requisito, entende-se que os agentes signatários devem apresentar-se completamente habilitados para a validade do tratado, o qual será demonstrado com a apresentação dos respectivos plenos poderes no mesmo, que concederá o poder necessário para sua negociação e conclusão.

Já o terceiro elemento, demonstra-se como o mais importante dentre eles, tendo em vista que o consentimento mútuo trata nada mais do que um acordo de vontades, livre de qualquer tipo de vício, como erro, dolo ou coação, que obviamente não poderá existir sem a expressa e inequívoca concordância em conjunto de ambas as partes contratantes. Ressalte-se que a sistemática dos vícios de consentimento no plano internacional, apresenta-se de forma distinta daquela aplicada no direito civil, a qual não poderá ser utilizada.

Por fim, o último requisito determina que o objeto deverá ser lícito e possível, sendo nulo de pleno direito qualquer tratado que se dispuser a violar uma norma imperativa do Direito Internacional Geral, mesmo em se tratando de norma posterior.

As classificações relativas aos tratados internacionais são inúmeras, sendo a mais adotada aquela relativa ao seu aspecto formal, a qual a subdivide de acordo com o número de partes contratantes presentes nos tratados, podendo assim serem: (i) bilaterais: quando há apenas duas partes; (ii) multilaterais: quando há mais de duas partes presentes; e (iii) coletivos: quando há mais de duas partes presentes em conjunto com uma cláusula de adesão.

Retornando as considerações estabelecidas pela Convenção de Viena de 1969, esta determina como regra principal a ser fixada a determinação de que os tratados só produzirão efeitos entre as partes contratantes, ou seja, os Estados que expressamente



consentirem em sua adoção. Tal regra encontra-se baseada no princípio basilar constitucional da sociedade internacional: *pacta sunt servanda*.

Já para os não contratantes, entende-se que estes serão considerados como *res inter alios acta*, ou seja, não sendo possível criar obrigações para outros Estados que não participaram do ato oficial, estes não poderão invocá-lo em seu benefício.

Entretanto, é possível que um tratado venha a acarretar conseqüências nocivas a outros Estados, sendo a este lesado garantido o direito de protestar e procurar assegurar os seus direitos, e dependendo da situação concreta, até mesmo requerer reparações possivelmente sofridas.

Por outro lado, é possível que um tratado resulte em conseqüências favoráveis para terceiros Estados que não façam parte do mesmo, ou por expressa manifestação de vontade dos contratantes em conceder um direito, privilégio ou benefício a um terceiro Estado.

Assim, entende-se que os tratados não podem criar obrigações para Estados não signatários, a não ser no caso de preceitos internacionais estabelecidos pelo mesmo e que estejam incorporados pelo costume internacional.

O princípio da boa-fé encontra-se determinado pela Convenção de Viena de 1969 ao estabelecer que o Estado parte não pode invocar disposições de direito interno para não praticar disposições presentes no tratado, devendo assumir as obrigações contraídas no livre exercício de sua soberania no plano internacional.

No que tange ao tema de normas contraditórias em tratados distintos, a Convenção de Viena de 1969, já pacificou a questão, determinando como regra geral que o tratado mais recente prevalece sobre o mais antigo, quando as parte contratantes forem as mesmas.

No entanto, na hipótese de conflito entre dois tratados, quando não forem partes os mesmos Estados contratantes, existem duas hipóteses de solução: (i) no caso de um Estado parte em ambos os tratados e um Estado parte somente no mais recente, se aplica o mais recente; e (ii) na hipótese um Estado parte em ambos os tratados e um Estado parte no tratado anterior, se aplica o tratado anterior.

Frise-se, ainda, que entre os Estados Partes, nos dois tratados, só seria aplicado o anterior no que ele não for incompatível.

Entretanto, na maioria das vezes, os conflitos existentes entre tratados são resolvidos por meio de interpretação.

Verifica-se, ainda, a possibilidade da formulação de reservas no tratado por determinados Estados, constituindo em uma declaração unilateral, feita pelo mesmo no ato de formação do instrumento, sendo vetado qualquer reserva que disponha em sentido contrário ao objeto do contrato.

### 3- OS CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL E O PROCESSO DE FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

#### 3.1- A Convenção de Viena de 1969 e o Direito Interno.

No plano internacional, as maiores discussões sobre o tema da incorporação e formação dos tratados sempre envolveram a questão do conflito destes com o Direito Interno do respectivo Estado.

A Convenção de Viena de 1969 surgiu como um remédio para as inúmeras discussões acerca da temática. Entretanto, apenas 49 (quarenta e nove) Estados assinaram a Convenção, sendo que, desses, apenas 16 (dezesesseis) a ratificaram e outros 16 (dezesesseis) não participantes a ele aderiram.

Em consequência, esse tratado ainda não entrou em vigor, de acordo com o disposto em seu art. 84, n° 2. O Brasil assinou o mesmo em 23 de maio de 1969, mas ainda não ocorreu a ratificação até hoje.

Sendo assim, o tratado é utilizado como parâmetro para o caso de conflitos, mas não possui força legislativa no direito interno brasileiro, trata-se de uma norma geral internacional de orientação que o Estado tende a utilizar quando não entrar em conflito com a Constituição da República.

Ressalte-se que o foco principal da Convenção é justamente em relação ao Direito Interno dos Estados, por essa razão é que se tende a ter uma maior resistência na sua aplicação.

O objetivo do tratado é, em síntese, estabelecer um patamar de supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno. Assim, apesar de não haver uma menção expressa de que os Estados devem adequar as suas normas internas às normas internacionais, o mesmo determina que os tratados devem ser executados de boa-fé, sendo que para executá-los de boa-fé seria essencial dar-lhe uma preferência em relação ao Direito Interno.

Nesse diapasão, observa-se certa resistência dos Estados na sua aplicação, sob o fundamento de que a tendência em dar preferência a uma norma internacional tende a enfraquecer o sistema interno, criando uma instabilidade no plano nacional, e conseqüentemente afetando a soberania estatal.

Ainda que a Convenção ofereça um equilíbrio entre o Direito Interno e o Direito Internacional, estabelecendo em seu art. 46 que, a única hipótese em que um Estado poderá se desobrigar no cumprimento de um tratado internacional, seria se tal norma violasse uma regra de direito interno de cunho fundamental ou no caso de ofensa a praxe normal e de boa-fé, tal norma não foi suficiente para afastar o conflito de sua aplicação.

Sendo assim, surgiram duas tendências em torno do conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional: a constitucionalista e a internacionalista.

Para a primeira determina-se a prevalência da soberania estatal, destacando que a observância das regras constitucionais seria um requisito crucial para a validade do tratado. Sendo assim, havendo qualquer irregularidade na competência para a conclusão do tratado, no caso de violação de algum dispositivo constitucional, este tratado será desconsiderado, como se nunca houvesse sido concluído, e conseqüentemente inexistente em relação ao Estado respectivo.

Já para a corrente internacionalista, firmado o compromisso, mesmo com violação de regra constitucional, esta não terá qualquer influência na ordem internacional, não se cogitando a sua invalidade no âmbito internacional, apenas na ordem interna.

Dessa forma, não existe um entendimento predominante na ordem internacional acerca do tema, nem mesmo na Convenção de Viena, a qual se posiciona de forma taxativa, visando sempre determinar certo equilíbrio entre os dois ordenamentos jurídicos, até mesmo em função de estimular a realização dos tratados, caso contrário poderia haver risco de perda de parte da soberania estatal, acarretando a sua não ratificação pelos Estados.

### 3.2- O Processo de Formação e Incorporação dos Tratados Internacionais.

A aplicação dos tratados internacionais no direito interno vai depender do trâmite adotado para a sua incorporação por cada Estado respectivamente.

Em linhas gerais, de acordo com a Convenção de Viena, o processo de conclusão dos tratados internacionais será composto de seis fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro.

A negociação trata da fase das discussões acerca do tema em tese, pelo qual será elaborado o texto do tratado. Em seguida, assinado o texto pelo representante de cada Estado, tal assinatura terá um valor *ad referendum*, devendo ser posteriormente corroborado por cada Estado, a fim de que detenha a validade necessária para a sua aplicação.

Ressalte-se que alguns internacionalistas entendem que, considerando a celeridade das relações internacionais e a primazia do Executivo face ao Legislativo, em muitos Estados, é possível que o Estado se obrigue, mediante a simples assinatura, quando houver concordância entre os contratantes ou quando tal prerrogativa se encontrar inerente aos plenos poderes concedidos ao seu representante.

Em contrapartida, os constitucionalistas estabelecem que no Brasil, de acordo com a Carta Magna de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é justamente o equilíbrio entre os três Poderes, não havendo hierarquia ou primazia de um sobre o outro, sendo impossível a aplicação do tratado internacional com a mera assinatura, sob pena de violação do pacto federativo pela ausência de participação do Poder Legislativo na sua tramitação.

No tocante à ratificação, este se trata do ato pelo qual a autoridade competente informa aos demais Estados contratantes da obrigatoriedade do tratado no plano interno e internacional.

O poder competente para a ratificação será fixado pela Constituição de cada Estado, sendo em princípio um ato do Poder Executivo, ainda que não possa prescindir de aprovação do Poder Legislativo.

Frise-se, ainda, que a ratificação tem-se tornado um ato em desuso, tendo em vista o crescente número de tratados bilaterais, os quais entram em vigor sem a necessidade de ratificação.

A corrente que afasta o princípio da obrigatoriedade de ratificação determina que somente em sede de exceção poderá ser dispensado, quando tratar de tratados bilaterais e acordos executivos considerados urgentes, os quais terão seus efeitos assegurados desde o momento da assinatura.

No entanto para a Convenção de Viena, a ratificação não se tem como ato essencial, somente sendo necessário no caso de determinação expressa na fase de negociação,

ou quando houver um interesse maior dos contratantes da sua submissão à ratificação de forma específica.

Em sentido contrário, a Convenção Pan-americana sobre tratados de 1929, em seu art. 5º, é taxativa ao citar que a obrigatoriedade dos tratados somente será reconhecida após a ratificação, mesmo na ausência de previsão expressa.

Até o presente momento, o tema se encontra em grande discussão, não havendo um posicionamento específico ou dominante, posto que em se tratando de matéria internacional, qualquer ato que vislumbre uma abertura para adentrar-se na soberania estatal, terá a sua primeira barreira na Constituição Estatal respectiva, sendo inclusive extremamente casuístico, pois será analisado o tratado no caso concreto para se decidir sobre a dispensa de ratificação ou não para a produção dos seus efeitos, no plano interno e internacional, e conseqüentemente a sua obrigatoriedade.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade serão instrumentos em potencial na avaliação dos bens jurídicos constitucionais que poderão ser afetados com a obrigatoriedade de plano dos tratados, em contrapartida, com uma segunda alternativa de análise para a sua confirmação através da ratificação.

No caso brasileiro, por exemplo, a ratificação dos tratados em que ocorrer encargos ou compromissos danosos ao patrimônio nacional dependerá da aprovação do Congresso Nacional, sendo de competência exclusiva deste na forma do art. 46, inciso I, da Constituição da República de 1988, destacando-se os acordos sobre a dívida ativa que jamais poderão revestir-se da forma de acordo executivo.

Nessa linha, as operações externas de natureza financeira dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, dependerão sempre de aprovação do Senado Federal.

Assim, quanto à aprovação do Congresso Nacional, esta deverá ser expressa através da promulgação de um Decreto Legislativo, enquanto que no caso do Senado Federal será realizado por meio de resoluções.

Em seguida, logo após a aprovação do Congresso Nacional, caberá ao Presidente da República a última palavra acerca da ratificação, podendo este se opor à celebração do tratado, nos moldes do art. 84, inciso VIII, da Carta Magna de 1988.

Entretanto, o inverso não é permitido, não sendo aprovado pelo Congresso, não poderá o Presidente ratificá-lo, sendo a aprovação do Congresso um requisito essencial a validade da ratificação, que com a aprovação do Presidente colocará o tratado em plena validade no plano internacional.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos da internacionalista Piovesan (2009, p. 48): “consagra-se a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo não se somar a vontade do Congresso Nacional”.

Em verdade, a aprovação dos tratados internacionais é um verdadeiro ato complexo, tendo em vista que há uma integração entre a vontade do Congresso Nacional e do Presidente da República, sendo o ato do Congresso materializado através de decreto legislativo, seguido da ratificação pelo Presidente e encaminhando-se a troca ou depósito do instrumento de ratificação, ressaltando-se que somente após a ratificação do Presidente é que o tratado passará a produzir efeitos.

Sendo assim, entende-se, que o processo de ratificação tem por objetivo primordial o equilíbrio do pacto federativo, pois será necessária a aprovação do Poder Legislativo, antes da aprovação do Poder Executivo, e no caso de aprovação e sua incorporação no ordenamento jurídico, através de Decreto Legislativo, caberá o seu controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que terá vias de controle pela Teoria adotada do direito norte-americano dos *Checks and Balances* - Teoria dos Pesos e Contrapesos.

Assim, prosseguindo as fases de Promulgação e Publicação, as quais se tratam de ato jurídico interno, o tratado internacional torna-se válido e executável dentro dos limites territoriais do Estado, passando a partir da sua promulgação, através de decreto do Presidente da República, a integrar o ordenamento jurídico interno.

A Publicação, ato seguinte a promulgação, tem por escopo dar publicidade a norma, sendo essencial para a ciência da população da sua existência, até mesmo para atender aos princípios da administração pública dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Ressalte-se que a observância da norma no plano internacional independe da publicação desta, pois, após a promulgação do Presidente, o tratado já se torna de cumprimento obrigatório.

Dessa forma, o tratado internacional passa a integrar o ordenamento jurídico interno com força de lei ordinária na data da sua publicação, devendo, assim, ser observado em todas as esferas.

Tal conclusão demonstra-se a partir de uma interpretação sistemática da Magna Carta de 1988, tendo em vista que por esta declara-se a competência do Superior Tribunal Federal para julgar em recurso extraordinário todas as causas decididas em única ou última

instancia, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratados, nos moldes do art. 102, III, 'b', reconhecendo implicitamente o dever dos tribunais pátrios na aplicação dos tratados, independentemente de lei que disponha sobre a matéria neles contida, conferindo aos mesmos: força e obrigatoriedade.

Da mesma forma, a Constituição da República, ao determinar que cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar os recursos quando a decisão de primeira ou única instancia houver contrariado tratado ou negando-lhe vigência, está corroborando da tese de que os tratados são válidos internamente, independente de sua transcrição em lei nacional.

Diante do exposto, tem-se que mesmo sendo o tratado internacional incorporado ao sistema jurídico interno por meio de decreto legislativo, este deterá força de lei ordinária nacional, estando assim no mesmo patamar em que se encontram as demais leis ordinárias, sendo passível de recurso especial, no caso de ofensa a lei federal, e recurso extraordinário, no caso de ofensa direta a Constituição da República.

Por fim, destaque-se que a violação de um tratado internacional implica em descumprimento de obrigações assumidas no plano internacional, acarretando, assim, em responsabilidade internacional do Estado violador.

#### 4- AS TEORIAS: DUALISTA E MONISTA.

Antes de adentrarmos no estudo da hierarquia dos tratados internacionais e de direitos humanos, cabe estabelecer as dificuldades práticas e doutrinárias, bem como, as teorias emergentes na tentativa de uma convivência pacífica entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

##### 4.1- Teoria Dualista.

O primeiro estudioso a respeito dessa matéria foi o jurista Heinrich Triepel, expondo uma teoria dualista sistemática, onde relatava exatamente a existência distinta do sistema jurídico internacional e do sistema jurídico interno.

Por esse enfoque, os dois ordenamentos jurídicos são totalmente independentes, não possuindo qualquer foco em comum.

Tal entendimento consubstancia-se em três diferenças básicas entre esses dois sistemas: (i) Inicialmente pelas relações sociais, onde na ordem jurídica internacional o Estado é o único sujeito de direito, enquanto que na ordem interna materializa-se o homem/indivíduo como sujeito de direitos; (ii) Em seguida as fontes nas duas ordens jurídicas, sendo o Direito Interno o resultado da vontade de um Estado, ao contrário do Direito Internacional, onde tem-se como fonte a vontade coletiva dos Estados, manifestando-se expressamente através de tratados, leis e, tacitamente, pelo costume internacional; (iii) Por fim, a última diferença encontra-se relacionada com a estrutura das duas ordens jurídicas, estando a interna baseada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação.

Nesse sentido, atento a tais diferenças, o Doutrinador Mello (2001) sugere a teoria da incorporação, com base na própria conclusão de Triepel, pela qual se determina de forma clara que para atuação de uma norma internacional no âmbito interno, será essencial a transposição da mesma através de uma manifestação legislativa, ou seja, a transmutação da lei internacional em lei interna compatível com sistema jurídico nacional.

Ressalte-se, ainda, que a internacionalista Araújo (2008) relata que a teoria dualista se divide em duas modalidades: o radical extremado e o moderado.

Para o dualismo radical extremado, temos que haveria uma necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional. Enquanto que no dualismo moderado, a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse um procedimento de edição mais complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva.

Dessa forma, de acordo com essa teoria o Direito Internacional, jamais entraria em conflito com o Direito Interno diretamente, pois é imperativo o procedimento de internalização dos tratados para a sua vigência interna.

#### 4.2- Monista.

O Monismo surgiu em oposição ao dualismo, tendo a sua idéia central fundamentada por Hans Kelsen, o qual entendia existir uma única ordem jurídica com aspectos internos e internacionais.

Sendo assim, o Direito Interno seria aquele responsável pelas leis, enquanto que o Direito Internacional visaria a produção de tratados. Não havendo necessidade para a



internalização dos tratados no plano interno, tendo em vista o caráter único dessas duas ordens jurídicas, onde a recepção dos mesmos seria automática.

Dessa forma, no caso de conflito entre esses dois ordenamentos jurídicos, os mesmos seriam solucionados ou pela supremacia do Direito Internacional, ou pela supremacia do Direito Interno. Solução que ensejou a criação de duas posições dentro da teoria monista: (i) aquela que defende a primazia do Direito Interno; e (ii) a que determina a primazia do Direito Internacional.

#### 4.2.1- Primazia do Direito Interno.

Fundamentada na teoria de Hegel, o monismo baseado na primazia do Direito Interno estabelece a soberania absoluta do Estado. Assim, não se encontra subordinado à qualquer sistema jurídico externo, que não tenha sido emanado pela própria vontade do Estado.

Nesse sentido o Direito Internacional é considerado como um direito estatal externo, não existindo duas ordens jurídicas que se relacionam entre si.

De acordo com a internacionalista Fraga (2001), os fundamentos dessa espécie de monismo teriam a sua base em dois principais pilares: (i) primeiro, na ausência de uma autoridade supraestatal, cabendo a cada Estado estabelecer suas obrigações internacionais, bem como, executá-las; (ii) em seguida, por um argumento puramente constitucional, onde os órgãos competentes para a conclusão dos tratados em nome do Estado, permaneceriam obrigados no plano internacional.

Dessume-se, pois, pela presença de dois aspectos principais, no que tange tal teoria: primeiramente seria o fato de se negar completamente a existência do próprio Direito Internacional como um direito autônomo e independente; e, em segundo, na hipótese do Direito Interno não estar de acordo com a prática internacional, por exemplo, quando ocorrer alguma mudança constitucional que prejudicasse a recepção de algum tratado. Entretanto, nessa hipótese, não ocorrerá a caducidade dos tratados, muito pelo contrário, aqueles concluídos em um regime constitucional anterior, ainda deverão ser cumpridos, somente havendo o seu cancelamento se tomadas as medidas internacionais necessárias.

#### 4.2.2- Primazia do Direito Internacional.

Desenvolvido pelos autores da Escola de Viena, em especial Kelsen, o monismo com primazia no Direito Internacional estabelece que não existem duas ordens jurídicas coordenadas e interdependentes, mas sim duas ordens jurídicas onde o Direito Internacional é superior ao Direito Interno, sendo este último subordinado ao mesmo. Afirmando, assim, que a ordem jurídica interna deriva de uma ordem jurídica internacional superior.

Kelsen, ao elaborar a sua obra, teoria pura do direito, criou uma pirâmide de normas onde no vértice encontrava-se a norma fundamental, denominada de *Grundnorm*. Essa norma era em verdade uma hipótese, cabendo, assim, cada jurista escolher qual seria a mesma.

Mais tarde, devido à grande influência do jurista Verdross, Kelsen passou a considerar essa norma como regra do Direito Internacional: a norma *pacta sunt servanda*. Passando, também, a aceitar os conflitos decorrentes de normas das duas ordens jurídicas.

Frisam-se, então, dois momentos principais de Kelsen: o primeiro denominado monismo radical, sustentando a inexistência de conflitos entre as ordens interna e internacional, e o segundo chamado de monismo moderado, onde passou a admitir a possibilidade de conflito entre as duas ordens jurídicas.

Dessa forma, os monistas determinam que ao negar a superioridade do Direito Internacional, nega-se a sua própria existência, tendo em vista que criaríamos Estados absolutamente soberanos, sem qualquer subordinação a uma ordem jurídica superior.

#### 4.3- A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ambas as teorias têm sido utilizadas como formas de fundamentação de diversos julgados na Excelsa Corte, demonstrando-se, assim, que a matéria está longe de ser pacífica.

No histórico RE 80.004, publicado em 01/06/1977, sob a relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, sendo utilizado como *leading case* até 1995, nos casos de conflito entre Direito Internacional e Direito Interno, fixou-se o entendimento pelo monismo moderado, tendo em vista o entendimento que os tratados internacionais teriam natureza de lei

ordinária, aplicando-se, assim, o princípio *lex posteriori derogat legi priori*, nas situações conflituosas entre os mesmos.

Entretanto em 1998, no Agravo de Instrumento na Carta Rogatória 8279, publicado em 17/06/1998, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, o Tribunal Pleno da Excelsa Corte determinou a necessidade de um processo de internalização dos tratados e convenções internacionais, para que estes possam produzir efeitos no âmbito interno do Estado, filiando-se, assim, a Teoria Dualista. Segue trecho do voto: “[...] enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e acordos de integração, além de não poderem ser invocados, [...] não poderão ser aplicados no âmbito doméstico do Estado brasileiro”.

Dessa forma, a jurisprudência da Excelsa Corte sofreu uma evolução durante os anos modificando o seu entendimento do monismo moderado para o dualismo, no que tange a aplicabilidade dos tratados e convenções internacionais no Direito Interno.

## 5- A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

### 5.1- O §2º do art. 5º da Carta Magna de 1988.

A temática até então apresentada tem por escopo, em síntese, a discussão em torno da internalização dos tratados internacionais pela ordem jurídica brasileira e o *status* que a norma internacional adquire ao ser incorporada ao direito interno pátrio.

A Magna Carta de 1988 apresentou regras inovadoras acerca do tema, em especial, ao destacar como garantias constitucionais os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Nesse sentido, criou-se uma norma extensiva de ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais apresentada pelo §2º do art. 5º, determinando que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais, incluindo, assim, tais direitos nesse rol.

Sendo assim, tal processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos, gerando um novo questionamento acerca da hierarquia desses direitos de ordem internacional.

Por uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional entende-se que o constituinte originário criou uma hierarquia especial e diferenciada em

relação aos direitos internacionais, elevando estes a hierarquia de norma constitucional, tendo em vista a sua ampliação de forma expressa desses valores, justificando Piovesan (2009, p. 52) tal temática: “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.

Além disso, deve-se frisar a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Assim que, por uma posição mais extremada, em qualquer diploma em que se encontrem normas materialmente constitucionais, no tocante a direitos fundamentais, estas terão força de norma constitucional. Entretanto, não é necessário chegar a tal extremo, pois a própria Carta Constitucional abre a possibilidade de direitos fundamentais materialmente constitucionais previstos em tratados internacionais. Hipótese em que os mesmos, terão força e aplicação de norma constitucional, estando, assim, elevadas hierarquicamente a tal patamar.

Em verdade, a Magna Carta assume, de forma expressa, o conteúdo de direitos constantes em tratados internacionais, ainda que esses direitos não façam parte da mesma, aplicando-se a estes o valor de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, de acordo com os ensinamentos de Miranda (1996), serve como principal pilar de tal interpretação, tendo em vista a aplicação do sentido mais eficiente para se atingir o verdadeiro valor e espírito da norma, em consonância com o objetivo do poder constituinte originário, o qual visa através de seus princípios atribuir força normativa a Constituição.

Para Piovesan (2009), tal entendimento traz mais segurança nas relações internacionais, especialmente no tocante aos direitos inerentes ao ser humano, por torná-los, de certa forma, imutáveis tanto no âmbito interno como externo.

Complementa, ainda, determinando o seguinte (2009, p. 55): “Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra positivada no §2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”

Ressalte-se que, enquanto os tratados internacionais ordinários têm força de legislação infraconstitucional, os tratados que versarem sobre direitos humanos terão força e valor de norma constitucional, sendo este o verdadeiro objetivo da norma em epígrafe.

Frise-se que, para os internacionalistas, apesar dos tratados tradicionais não possuírem valor constitucional, estes terão natureza supralegal, estando, assim, em um patamar superior a legislação ordinária.

Entretanto, essa não é a tendência da doutrina e da jurisprudência brasileira, a qual aufere equiparação entre as normas infraconstitucionais e os tratados ordinários.

O Superior Tribunal Federal vem se manifestando nesse sentido desde 1977, em julgamento histórico acerca do tema, no RE 80.004, sendo o relator o Ministro Xavier de Albuquerque, a Excelsa Corte em parecer final entendeu que dentro do sistema jurídico brasileiro os tratados e convenções internacionais, em que o Brasil for signatário, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, situando-os no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, sendo reiterada em diversos precedentes posteriores.

A problemática decorrente desse julgado fixa-se exatamente na questão sob a qual se determinou a possibilidade de revogação do tratado por lei posterior, autorizando, de forma implícita, a possibilidade de descumprimento de um tratado internacional, celebrado de boa-fé, e em consequência a violação expressa do art. 27 da Convenção de Viena de 1969, o qual veta que o Estado posteriormente invoque questões de ordem interna para justificar o não cumprimento do tratado.

Apesar de tal julgamento ter sido realizado em 1977, sendo anterior a Constituição de 1988, o mesmo entendimento foi ratificado pelo Superior Tribunal Federal, em 1995, no julgamento do HC 72.131-RJ, relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel em face da norma do art. 7º, inciso VII, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual veda tal espécie de prisão, determinando, em síntese, o seguinte: “inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno.”

No entanto, divergem os internacionalistas de tal posicionamento, defendendo a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, tendo em vista que por análise principiológica, em atenção ao princípio da norma mais favorável esta se afigura como o parâmetro que mais se coaduna com fim especial do texto constitucional.

Sendo assim, entendem que a teoria da paridade entre tratado e lei federal não deverá ser aplicada aos tratados de direitos humanos, exatamente pela norma do §2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, a qual confere tal eficácia normativa constitucional a tais direitos.

Assim, nos dizeres de Piovesan (2009, p. 67): “tendo em vista que os direitos humanos mais essenciais são considerados como parte do *jus cogens*, é razoável admitir a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais.”

Ressalte-se que existem, ainda, duas outras correntes acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos: (i) aquela defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no RHC 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, defendendo a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados, estando, assim, acima das leis federais, mas abaixo das normas constitucionais; e (ii) aquela defendida por Agustin Gordillo, onde os tratados de direitos humanos terão hierarquia supraconstitucional, determinando o seu valor acima das normas constitucionais.

Tal polêmica sempre prevaleceu até o advento da Emenda Constitucional n° 45 de 2004, que nos trouxe outros enfoques doutrinários acerca da temática.

## 5.2- A Emenda Constitucional n° 45 de 2004.

A Emenda Constitucional n° 45 de 2004 veio por cobro à discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no plano material e especialmente formal, ao acrescentar o §3° ao art. 5° da Carta Magna de 1988, determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Tal regra veio conferir o *status* formal de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, pois em verdade o §2° do mesmo artigo no máximo poderia conferir status material, o que de fato se torna indiscutível.

Entretanto, o ponto nodal se encontra na sua nova sistemática, pois apesar de ser amplamente reconhecido que as normas dos tratados de direitos humanos são regras materialmente constitucionais, a discussão a respeito da hierarquia desses tratados tanto face à Constituição quanto as leis federais, permanecia.

Atualmente, com o advento do §3°, tornou-se cristalino tanta a natureza materialmente constitucional, como formalmente constitucional dos tratados de direitos humanos, desde que observado, para este último, o mesmo trâmite de aprovação referente às Emendas Constitucionais.

A discussão, entretanto, persiste no tocante aos tratados de direitos humanos já ratificados e incorporados como lei federal, antes da Emenda Constitucional n°45 de 2004.

De acordo com os internacionalistas, em corrente liderada por Piovesan (2009), entendem que tais tratados detêm hierarquia constitucional, sendo, portanto, considerados como normas materiais e formalmente constitucionais, tendo em vista uma interpretação sistemática dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Magna Carta de 1988, advindo este último apenas como uma forma de corroboração dos entendimentos já previamente estabelecidos pelo primeiro.

Já o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 18799, publicado em 09/05/2006, referente ao Pacto de São José da Costa Rica, tendo por relator o Ministro José Delgado, mudando entendimento anterior, determinou que apesar do Pacto haver sido aprovado com *quorum* de lei ordinária, este continuará em vigor com força de emenda constitucional, entendendo que na verdade o §3º veio resgatar a eficácia dos tratados de direitos humanos anteriormente celebrados. De acordo com o voto: “[...] não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo de acordo internacional pertinente a direitos humanos”.

O Superior Tribunal Federal se manifestou acerca do tema, em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343, de 22/11/2006, adotando a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos celebrados antes do advento da EC nº 45 de 2004, sendo uma tese intermediária, pois confere aos tratados uma hierarquia superior as leis infraconstitucionais, mas inferior as normas constitucionais. Destaque-se o acórdão quanto ao tema: “[...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico”.

Por fim, o Superior Tribunal Federal no julgamento do HC 87.585-8, publicado em 12/03/2008, em voto de relatoria do Ministro Celso de Mello, objetivando uma atualização frente à problemática da prisão do depositário infiel, conferiu hierarquia supralegal ao tratado, o qual deverá ser respeitado acima da legislação ordinária, em atenção ao princípio da máxima efetividade constitucional, conferindo maior eficácia aos direitos humanos no plano interno e o seu respeito e aplicação no plano internacional. Nesse sentido o voto em epígrafe: “[...] É dever dos órgãos do Poder Público, respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos [...], em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”.

Dessa forma, fixou-se na jurisprudência o entendimento no sentido da supralegalidade dos tratados de direitos humanos celebrados anteriormente a edição da EC nº 45 de 2004.

Frise-se que, em decorrência da reforma constitucional, hoje, é possível atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia jurídica material e formal de norma constitucional, desde que observado o procedimento disposto no §3º do art. 5º da Carta Magna de 1988, ou seja, aprovação em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Em verdade, a dita reforma criou um sistema misto de tratados internacionais, criando duas categorias respectivamente: (i) aqueles materialmente constitucionais, decorrentes do §2º do art. 5º da Constituição da República de 1988; e (ii) os material e formalmente constitucionais, atribuídos pelo trâmite do §3º do art. 5º do mesmo diploma.

A atribuição de *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos cria uma nova sistemática em relação a sua aplicabilidade. Tais tratados, considerando o seu objeto atinente aos direitos humanos, passam a englobar o rol de garantias fundamentais do indivíduo, recebendo uma proteção especial por passarem a configurar o rol de cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por emenda à Constituição, na forma do art. 60, §4º, da Carta Magna de 1988, pois fazem parte do núcleo constitucional.

A problemática em torno de tal questão tem seus pilares na hipótese de denúncia do tratado ou a perda de sua eficácia na ordem internacional, pois o mesmo independente do seu *status* internacional continuará vigorando no Brasil como norma constitucional, em relação aos direitos constantes no mesmo, o qual não poderá ser reformado por se constituir como cláusula pétrea.

Nesse sentido, a partir dessa reforma criou-se um método de ingresso definitivo dos direitos constantes nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo passíveis de reforma nem mesmo por emenda constitucional.

A dinâmica para os indivíduos é bem positiva, tendo em vista que se construiu um mecanismo de ampliação *ad infinitum* para o rol de direitos e garantias fundamentais, que poderá ser majorado a qualquer tempo, desde que respeitado o trâmite apresentado pelo §3º do art. 5º da Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento pacífico do Superior Tribunal Federal, entende-se que somente os tratados de direitos humanos materialmente



constitucionais poderão ser suscetíveis de denúncia, enquanto que aqueles materiais e formalmente constitucionais não serão passíveis do mesmo ato.

Por fim, frise-se que o único tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo crivo do §3º do art. 5º da Constituição da República de 1988, já estando em vigor como *status* formal e material de norma constitucional, é a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, através do Decreto Legislativo n. 186, de 10 de julho de 2008.

## 6- CONCLUSÃO

Por todo o exposto, devem ser tecidas algumas considerações acerca da temática:

Inicialmente, entende-se que o objetivo primordial da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ao inserir o §3º no art. 5º da Carta Magna de 1988, seria o de por fim a discussão acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, ao conferir natureza de emenda constitucional a estes tratados, desde que tenham passado pelo processo de internalização especificado no parágrafo em questão.

Sendo assim, os demais tratados internacionais, tidos como convencionais, possuiriam *status* de lei ordinária, passando por processo distinto de incorporação do que aqueles referentes aos tratados de direitos humanos.

Quanto aos tratados de direitos humanos internalizados em data anterior ao advento da EC nº 45 de 2004, fixou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal pela sua natureza de norma supralegal, estando, assim, em posição hierárquica superior as leis ordinárias, mas inferior as normas constitucionais.

Nessa linha somente terão natureza de norma constitucional os tratados de direitos humanos que passarem pelo processo de incorporação descrito no §3º do art. 5º da Constituição da República, ou seja, deverão ser aprovados por cada Casa do Congresso, pelo voto de três quintos de seus membros, respectivamente.

Entretanto, na doutrina o tema encontra-se longe de qualquer pacificação.

Parte da doutrina, defendida pelos internacionalistas, entendem pela desnecessidade da inclusão do referido §3º, tendo em vista que o §2º do mesmo artigo, que já confere o arcabouço necessário para a internalização dos direitos humanos, advindos de

tratados internacionais de forma definitiva no ordenamento jurídico, detendo, assim, *status* de norma constitucional material, devendo ser equiparada a mesma.

Ressalte-se que Piovesan (2009) destaca as diversas discussões acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos incorporados com base no §2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, formando quatro posicionamentos distintos: (a) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, por se tratar de *jus cogens* internacional, ou seja, direito cogente inderrogável; (b) a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos; (c) a hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, adotada pelo Ministro Sepúlveda Pertence; e (d) paridade hierárquica entre tratado de direitos humanos e lei federal.

Na verdade, o §2º em destaque confere certa insegurança jurídica quando da interpretação da hierarquia dos tratados de direitos humanos, posto que dependendo do posicionamento adotado o tratado em tese ocupará uma posição diferenciada dentro do ordenamento jurídico pátrio, o que acabará conferindo divergências jurídicas, além de diferentes formas de prestação da tutela jurisdicional.

Sendo assim, o §3º, respectivamente, veio conferir uma maior uniformidade no campo dos direitos humanos, ao conferir *status* de norma constitucional aos referidos direitos, tendo em vista a taxatividade da norma a qual não confere espaço para as demais interpretações, pela sua clareza e literalidade.

Em verdade, o parágrafo em epígrafe confere uma ampliação do rol de direitos fundamentais de forma definitiva, pois, ao internalizar os tratados de direitos humanos conferindo a sua equiparação as emendas constitucionais, estaria na verdade impedindo a possibilidade de reforma das mesmas, tendo em vista o seu ingresso como cláusula pétrea, pela sua natureza de direito fundamental, estando protegido pelo §4º do art. 60 da Constituição da República de 1988.

Frise-se que tal garantia não foi conferida aos tratados de direitos humanos incorporados antes da EC nº 45 de 2004, por expressa ausência de previsão legal e pelo entendimento pacífico no Superior Tribunal Federal de sua natureza supralegal.

Sendo assim, qualquer direito humano fundamental, reconhecido em tais tratados, poderão em tese ser revogados, ou no caso de denúncia do tratado ser retirado do ordenamento jurídico, inclusive.

Nesse sentido, cria-se uma enorme incerteza jurídica aos cidadãos que poderão deparar-se com a extinção de seus direitos humanos do ordenamento pátrio a qualquer tempo,

ferindo, assim, expressamente a dignidade da pessoa humana e todos os princípios fundamentais e basilares da Constituição da República de 1988.

Defende-se, assim, que os referidos tratados deveriam ser formalizados como normas constitucionais, tendo em vista o seu caráter materialmente constitucional, objetivando, assim, a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Entretanto, como já devidamente analisado, a questão não se desdobra nesse sentido na jurisprudência.

Dessa forma, entende-se que num contexto sistemático constitucional, o advento do §3º do art. 5º da Carta Magna de 1988 só trouxe benefícios no que tange a preservação dos direitos humanos fundamentais do indivíduo, visando a efetivação dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente no âmbito do direito jurídico interno como norma máxima de proteção, personificando assim o princípio da dignidade da pessoa humana e os ditames de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. São Paulo: Renovar, 9ª edição, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Alamedina, 7ª edição, 2003.

FRAGA, Mirtô. O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma de Direito Interno: Estudo Analítico da Situação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 3ª tiragem, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, Volumes I e II, 15ª edição, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2001.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomos I, II, III. Coimbra, 5ª edição, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2009.