www.conteudojuridico.com.br

THYAGO DE PIERI BERTOLDI

PROCESSO DE INCORPORAÇÃO E STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de *Especialista em Direito Público*, Escola da Magistratura Federal - ESMAFE/PR, Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL Orientadora: Profa. Dra. Cibele Fernandes Dias.

CURITIBA
2013

AGRADECIMENTOS

O final de um trabalho marca o término de uma batalha, marcada por vários altos e baixos, derrotas e vitórias e, principalmente, sacrifícios. E, por certo, aqueles que participaram de todos esses momentos, merecem, no mínimo, gratidão.

À minha família, especialmente minha mãe, Eunice Aparecida de Pieri Bertoldi, minha madrinha, Irene de Pieri, e minha avó (*in memorian*) Ernestina Gonçalves de Pieri, por terem propiciado todos os valores que embasam meu caráter e, sobretudo, por nunca haverem permitido que desistisse.

Nesse ponto, agradeço também à minha namorada e melhor amiga, Luiza Bientinez de Miranda, por, além de me motivar e auxiliar diariamente, se mostrar compreensiva nesse difícil ano.

Sou igualmente grato à minha orientadora, profª Dra. Cibele Fernandes Dias, por, em primeiro lugar, todos os conhecimentos passados durante o (difícil) ano de 2013. Em segundo lugar, porém não menos importante, por haver aconselhado e dado as diretrizes para que esse trabalho encontrasse um desfecho satisfatório.

Agradeço, ainda, a todos os amigos e colegas de trabalho e pós-graduação que estiveram de alguma forma ligados a esse projeto e me auxiliaram em sua elaboração.

A todos, muito obrigado!

Uma vez que o passado já não ilumina o futuro,
o espírito caminha nas trevas.
— Tocqueville

SUMÁRIO

RESUMO v
INTRODUÇÃO 01
1 PROCESSO HISTÓRICO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 03
1.1 DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS – FUNDAMENTALIDADE FORMAL 03
1.2 PRECENTES HISTÓRICOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 05
1.3 O PÓS-GUERRA: O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 07
1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 09
1.4.1 Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos 09
1.4.2 Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: O Sistema Interamericano 11
2 TRATADOS INTERNACIONAIS 15
2.1 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITO E DESIGNAÇÕES 15
2.2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO 16
2.3 PROCEDIMENTO DE CELEBRAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE UM TRATADO INTERNACIONAL NO BRASIL 20
2.3.2 Fase de Negociações 21
2.3.3 Fase de Assinatura 22
2.3.4 Fase de Aprovação Parlamentar 23
2.3.5 Fase de Ratificação 28
2.3.6 Fase de Promulgação e Publicação 30
3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO E STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL 32

3.1 A SITUAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004 32
3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O ESTABELECIMENTO DE UM RITO PRÓPRIO DE INCORPORAÇÃO 35
3.3 A SUPRALEGALIDADE: ALTERAÇÃO DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF ACERCA DO STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS 38
3.4 CONSEQUÊNCIAS E CRÍTICAS À CONJUNTURA ATUAL 42
3.4.2 O Efeito Paralisante dos Tratados Internacionais *Supralegais* 42
3.4.3 O Controle de Convencionalidade e o Controle de Supralegalidade 44
CONCLUSÃO 48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 51

RESUMO

O reiterado desrespeito aos Direitos Humanos durante o Século XX, notadamente ante a existência de dois conflitos armados de abrangência global e a execução de milhares de civis em nome de limpezas étnicas, fez com que a sociedade internacional despertasse para a temática da dignidade da pessoa humana, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Tal preocupação manifesta-se principalmente pela adoção de uma grande quantidade de tratados internacionais voltados à tutela dos Direitos Humanos. O presente artigo tem como objetivo central justamente o estudo dos possíveis processos de internalização dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil, bem como da posição hierárquica assumida por essas normas após sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro. O tema será analisado, principalmente, sobre a perspectiva doutrinária e jurisprudencial, em razão da escassez legislativa acerca do tema. Almeja-se, com isso, verificar o caminho hermenêutico trilhado pelo Supremo Tribunal Federal até a adoção da teoria do duplo estatuto, as repercussões da decisão do RE 466.343 e as críticas da doutrina ao aresto, o qual, ao conferir tratamento diferenciado aos tratados internacionais não recepcionados nos moldes do art. 5º, §3º da Constituição, acabou por criar certas incongruências no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Tratados. Direitos Humanos. Processo de incorporação. Hierarquia normativa de tratados no Brasil.

INTRODUÇÃO

A preocupação internacional em relação aos Direitos Humanos teve seu início após a Segunda Guerra Mundial e, de lá para cá, é crescente o processo de conscientização dos países acerca do tema.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal enuncia, em seu art. 4º, como princípio regente das relações internacionais a "prevalência dos direitos humanos". O processo de integração dessas normas demonstra, ademais, a solidificação da democracia e a preocupação crescente com a dignidade da pessoa humana no Brasil.

A Carga Magna brasileira, no entanto, não prevê um processo preciso de ingresso dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno, já que a cláusula do art. 5º, parágrafo terceiro não traz as consequências no caso de a aprovação dar-se em *quórum* diverso daquele ali apontado. Outra problemática que emerge a respeito da internalização dos diplomas internacionais de Direitos Humanos é a hierarquia com que ingressam no Direito Interno.

O presente trabalho tem como objeto justamente o estudo sobre o processo de incorporação e *status* normativo dos tratados e convenções de Direitos Humanos. Especificamente, objetiva-se expor e analisar quais as posições atualmente possíveis em relação aos procedimentos de internalização das convenções internacionais no Brasil, na tentativa de dar contornos mais concretos ao tema diante da deficiência legislativa verificada.

O estudo proposto demanda uma metodologia fundamentalmente dedutiva, pautada em pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial relativa ao tema.

Antes, contudo, de adentrar o cerne dos problemas expostos, realizou-se um panorama geral acerca do contexto histórico de surgimento dos Direitos Humanos e sua evolução até a atualidade. Após, buscou-se a exposição de conceitos imprescindíveis à compreensão do tema acerca dos tratados internacionais.

Após colocadas as definições operacionais e descritos o objeto central do trabalho, procurou-se, a partir dos conceitos expostos, analisar as teses doutrinárias a respeito do *status* normativo dos tratados e convenções de

Direitos Humanos no Direito Brasileiro, bem como verificou-se a evolução e o posicionamento atual da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, a respeito da questão. Finalmente, apresentou-se as consequências da adoção pelo Brasil da teoria do duplo estatuto, bem como apontar as críticas e eventuais problemas que a sistemática atual ocasiona ao ordenamento jurídico.

1 PROCESSO HISTÓRICO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS - FUNDAMENTALIDADE FORMAL

Conquanto compartilhem a evolução histórica, a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não é restrita apenas à nomenclatura utilizada[1].

A especial proteção conferida aos direitos da pessoa pode dar-se em duas perspectivas (denominadas de fundamentalidade): a material e a formal. A distinção conceitual entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais está justamente no conceito de fundamentalidade em sentido formal.

A concepção de fundamentalidade material está diretamente atrelada ao conteúdo dos direitos, isto é, na sua "intenção de explicitar o princípio da dignidade humana"[2]. Em outras palavras, conforme leciona Ingo Wolfgang SARLET, a fundamentalidade material implica na análise "da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana"[3].

A fundamentalidade formal, por sua vez, encontra-se relacionada basicamente à positivação constitucional de um direito. A previsão constitucional (que pode ser expressa ou implícita), porém, traz consigo outros desdobramentos, como sua supremacia hierárquico-normativa, a aplicação

---

[1] Convém ressaltar, porém, que alguns autores, como José Afonso da SILVA, não tratam da diferenciação conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, limitando-se a escolher, entre as expressões, a que melhor designa o conjunto de direitos protetores do núcleo da dignidade humana (SILVA, José Afonso. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem. _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 177-179.

[2] BONAVIDES, Paulo. A Teoria dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 236.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual e amp. São Paulo: RT, 2013. p. 281.

direta e vinculante desses direitos e a submissão aos limites materiais e formais de reforma constituinte:

> A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando de supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo constituinte (...); (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, §1º da CF) (...)[4].

Assim, confirma-se que a distinção entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos encontra-se justamente na fundamentalidade formal, considerando que a função primordial de ambos é a proteção da dignidade humana. Fácil perceber, em decorrência disso, o motivo pelo qual a Constituição, com precisão técnica, utiliza-se da expressão "Direitos Humanos" para referir-se a prerrogativas decorrentes de tratados e convenções internacionais e de "Direitos Fundamentais" quando quer aludir aos direitos nela previstos. Essa é posição de Valerio de Oliveira MAZZUOLI:

> *Direitos Fundamentais* é a expressão mais afeta à proteção *constitucional* dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições Contemporâneas (...) *Direitos humanos* são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público (...). É importante observar que a Constituição brasileira de 1988 se utilizou das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* com absoluta precisão técnica. De fato, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, utiliza-se da expressão "direitos fundamentais, como faz no art. 5º, §1º (...) Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional refere-se às normas *internacionais* de proteção da pessoa humana, faz referência à expressão "direitos humanos", tal como no §3º do mesmo art. 5º[5].

A noção de fundamentalidade formal é imprescindível para melhor

---

[4] *Ibidem*, p. 279.

[5] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2013. p. 853 (grifos do autor).

análise da questão dos processos de incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos e o *status* normativo dos dispositivos neles presentes após sua internalização.

1.2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A internacionalização em sentido amplo compreende a existência de normas internacionais acerca de determinada matéria. São fruto da opção dos Estados em, abrindo mão de uma regulamentação meramente interna, elaborar, conjuntamente, dispositivos que tenham eficácia transnacional[6]. E tal qual os próprios Direitos Humanos, o processo de internacionalização da matéria foi uma construção gradual.

Flávia PIOVESAN elege como primeiros precedentes históricos do processo de internacionalização dos Direitos Humanos a criação da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário[7-8].

A Liga das Nações (ou Sociedade das Nações), criada após a Primeira Guerra Mundial, possuía como objetivo a promoção da cooperação, paz e segurança internacionais, censurando quaisquer tipos de agressões externas a seus membros e realizando previsões genéricas acerca de direitos humanos em seu estatuto[9].

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, buscava a promoção de um padrão internacional de condições de trabalho e bem-estar que deveriam ser seguidas pelos Estados que aderiam às suas Convenções, assegurando um padrão justo e digno nas condições de trabalho[10].

---

[6] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

[7] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

[8] André de Carvalho RAMOS acrescenta a esses precedentes, ainda, o combate a escravidão, baseada no anseio dos países industrializados no crescimento dos mercados para absorção de seus produtos, e a tutela dos direitos dos estrangeiros, responsável pela consolidação do costume internacional da proteção diplomática. (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**...,, p. 51).

[9] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op cit*., p. 855.

[10] PIOVESAN. *op. cit.*, p. 179.

Já o Direito Humanitário, expresso nas Convenções de Genebra de 1949, traz a proteção do ser humano em situações de conflitos civis e armados, dando alento, dessa forma, ao princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo durante tais situações de crise[11].

A consequência do advento desses institutos no cenário global é expressa por Flávia PIOVESAN:

> (...) o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era, salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Tais institutos rompem, assim, com o conceito tradicional que situava o Direito Internacional como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentavam ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional. Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos[12].

Vê-se, então, que a Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho e o Direito Humanitário foram fundamentais para quebra do conceito clássico de soberania, bem como para erigir o indivíduo à categoria de sujeito internacional, lançando as bases para a construção do futuro Direito Internacional dos Direitos Humanos[13].

---

[11] ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 878.

[12] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 179.

[13] Digna de nota, em acréscimo ao exposto, é a lição de Valerio de Oliveira MAZZUOLI, para quem "O 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' (*International Human Rights Law*), fonte da moderna sistemática internacional de proteção de direitos, tem como o seu primeiro e mais remoto antecedente histórico os tratados de paz de Westfália de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos. Mas pode-se dizer que os precedentes históricos mais concretos do atual sistema de proteção desses mesmos direitos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, situados pela doutrina como marcos mais importantes da formação do que hoje se conhece por arquitetura internacional dos direitos humanos (grifos do autor) (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 860).

1.3 O PÓS GUERRA: O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos encontra sua força propulsora − e sua justificativa − no ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial.

A massiva violação de direitos humanos cometida na "Era Hitler", subordinando a condição humana à descendência da raça ariana pura, deixou como herança a morte de onze milhões de pessoas. O mundo, então, horrorizado pelas práticas do totalitarismo do Terceiro *Reich*, passa a buscar a criação de um sistema de proteção do indivíduo, com o escopo de evitar a repetição do genocídio ali verificado:

> A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de mais de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. No dizer de Ignancy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial. No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável[14].

Nesse contexto histórico, porém, é certo que o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos não só deriva do mero imperativo ético para compensação das violações cometidas pelo nazismo, mas também como um instrumento necessário à tutela do ser humano e da própria democracia.

Constata-se que, durante o período da Alemanha Nazista, o Estado, responsável pela edição das normas para proteção de sua população, atuou

---

[14] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 184.

como violador dos direitos que deveria tutelar. Não suficiente, o Terceiro *Reich* ainda conduziu uma política internacional de agressão a outras nações, igualmente transgressora da dignidade humana[15]. A política alemã trouxe duas consequências que fizeram com que o processo de internacionalização dos direitos humanos ganhasse força.

A defesa dos Direitos Humanos passou a ser vinculada à própria ideia de proteção da democracia e também ao anseio dos Estados na manutenção de uma convivência pacífica na comunidade internacional. Chegou-se à conclusão de que a mera regulamentação interna dos Direitos Humanos revelar-se-ia insuficiente caso emergisse na história situação similar àquela vivenciada pelo mundo com a Alemanha Nazista. Era necessário um sistema de proteção internacional que atuasse na responsabilização do Estado violador de Direitos Humanos, caso os órgãos internos de proteção falhassem[16].

Abalou-se, dessa forma, o conceito de soberania estatal absoluta, na medida em que a atuação dos Estados passou a encontrar limites na proteção dos Direitos Humanos.

É nessa conjuntura que tem origem a Organização das Nações Unidas e, com ela, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), considerada um verdadeiro marco no processo de internacionalização dos Direitos Humanos, segundo Valerio de Oliveira MAZZUOLI, pois deflagra um processo mais intenso de elaboração de outras normas internacionais acerca da temática:

> Assim, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito internacional dos direitos humanos começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos básicos dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do

---

[15] Fábio Konder COMPARATO, ao traçar um paralelo entre as duas Grandes Guerras Mundiais acrescenta à perspectiva de violação dos direitos humanos pelos Estados totalitários a utilização, no fim da Segunda Guerra Mundial, de armas de destruição em massa pelos Estados Unidos como fato deflagrador da consciência mundial: "Ademais, o ato final da tragédia - o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente - soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra. As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana" (COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226).

[16] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 53.

> processo de internacionalização dos direitos humanos. Antes disso, a proteção dos direitos fundamentais era mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1648, a americana de 1778 e a francesa de 1789. As questões humanitárias somente integravam a agenda internacional quando ocorria uma determinada guerra, mas logo se mencionava o problema da ingerência interna em um Estado soberano e a discussão morria gradativamente. Assim é que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e direitos de expressão política não eram abordados a fim de não se ferir o até então incontestável e absoluto princípio de soberania[17].

O surgimento de uma organização internacional direcionada, entre outras questões[18], à tutela da dignidade da pessoa humana, inicia a instituição de um sistema global de proteção dos Direitos Humanos, lançando as bases para outros sistemas regionais com o mesmo escopo.

1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A estruturação do sistema de proteção dos Direitos Humanos dá-se em duas esferas: a global e a regional.

1.4.1 Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

Consoante deliberação do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 16 de fevereiro de 1946, fragmentou-se o trabalho da Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, em três etapas. A primeira consistiria na elaboração de uma declaração de direitos humanos, nos termos da Carta das Nações Unidas; a segunda, na criação de um documento juridicamente mais

---

[17] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 863.

[18] Com base na redação da Carta das Nações Unidas (1945), Hildelbrando ACCIOLY, G. E. do Nascimento e SILVA e Paulo Borba CASELLA definem a ONU como a "associação de Estados reunidos com os propósitos declarados de 'manter a paz e a segurança internacionais', 'desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos', 'conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos' e 'ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos' (ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.*, p. 438)

vinculante que uma simples declaração, o qual, por consequência, deveria tomar a forma de um tratado internacional; a terceira seria a elaboração de um maquinário adequado a assegurar o respeito aos Direitos Humanos[19].

A primeira etapa foi efetivada a partir da criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Sua importância está no desenvolvimento de uma concepção contemporânea de Direitos Humanos, porque, explicitando suas características, os traz como direitos universais, pois estabelece uma espécie de ética universal, adotada sem reservas pelos países que a aprovaram. Além disso, ressalta a indivisibilidade e interdependência desses direitos, já que elenca tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais, econômicos e culturais[20].

Não obstante sua clara importância, tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma mera recomendação feita pela Organização das Nações Unidas, não sendo dotada de força vinculante[21]. A fim de implementar a segunda etapa do processo acima descrito, então, deu-se início ao processo de "jurisdicização" do sistema universal de proteção aos Direitos Humanos, conforme ensina Flávia PIOVESAN**:**

> Esse processo de "jurisdicização" da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos[22].

Junto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto

---

[19] COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*. p. 237.

[20] PIOVESAN, Flávia. *op. cit*., p. 210.

[21] A concepção clássica de que a DUDH constitui mera recomendação é duramente criticada pela doutrina. Fábio Konder COMPARATO, por exemplo, leciona que: "esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante da exigência de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (...) Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). A própria Corte Internacional de Justiça, assim tem entendido" (COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.,* p. 237).

[22] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.,* p. 226.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), inaugurando o sistema global de proteção. A elaboração normativa pertinente a esse sistema, contudo, não se restringe a ela, sendo ampliada progressivamente "com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas"[23].

A terceira etapa dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos da ONU é, de certa forma, incipiente e ainda não foi contemplada, limitando-se, segundo a lição de Fábio Konder COMPARATO, à instituição de "um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo ao Pacto sobre direitos civis e políticos"[24].

1.4.2 Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: O Sistema Interamericano

Conquanto carreguem como característica a universalidade[25], é indiscutível que as diferentes regiões do globo são dotadas de qualidades e valores próprios, decorrente da evolução histórica peculiar daquele grupo de Estados.

Assim, embora extremamente salutar a existência de um padrão mínimo de direitos, assegurado por um sistema global de proteção, por certo, o desenvolvimento de sistemas regionais, em complementação ao global, com

---

[23] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.,* p. 226-227.

[24] COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 238.

[25] A universalidade, para André de Carvalho RAMOS é constituída em três planos: "O primeiro plano é o da titularidade. Assim, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, convicção política, raça, nacionalidade, entre outros). O segundo plano é temporal, no qual os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, há o plano dito cultura, no qual os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo" (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 160) .

a consequente aglutinação de um número menor de participantes, permite maior assimilação do tema, já que se permite a adaptação da tutela dos Direitos Humanos às diferenças de cada região. O menor número de participantes, ainda, permite uma maior efetividade dos mecanismos de monitoramento, reforçando, assim, as vantagens da existência de um sistema regional de proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a propósito, é lição de Flávia PIOVESAN:

> Ao apontar as vantagens dos sistemas regionais, Rhona K. M. Smith destaca que "na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens". (...) Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos em caso de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode consequentemente complementar o sistema global em diversas formas[26].

Esses sistemas desenvolveram-se particularmente em três continentes: América, África e Europa[27].

O Sistema Regional Interamericano é formado por quatro principais instrumentos normativos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*; e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que recebe a alcunha de *Protocolo de San Salvador* (1988)[28].

Dentre esses, o documento mais importe é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou *Pacto de San José da Costa Rica.* Referido tratado fora assinado em 1969, porém somente entrou em vigor em 18 de julho de

---

[26] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.,* p. 318.

[27] Cumpre ressaltar que, no presente trabalho, desenvolver-se-á apenas um breve estudo referente ao Sistema Regional Interamericano, considerando a desnecessidade de um maior aprofundamento nos Sistemas Regionais Africano e Europeu, por não guardarem pertinência com o tema central do trabalho.

[28] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

1978, quando atingiu o número mínimo de ratificações. É importante destacar que somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) é que podem aderir a ele. Sobre a importância da convenção em comento, ensina Valerio de Oliveria MAZZUOLI:

> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - que é o instrumento fundamental do sistema interamericano de direitos humanos - (...) fortaleceu o sistema de direitos humanos implantado com a Carta da OEA e explicitado pela Declaração Americana, ao atribuir mais efetividade à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que até então funcionava apenas como órgão da OEA. Também pode-se dizer que a Convenção Americana estabeleceu nas Américas um padrão de "ordem pública" relativa a direitos humanos até então inexistente. Porém, não obstante sua importância na consolidação do regime de liberdade individual e de justiça social no Continente Americano, alguns países, como os Estados Unidos (que apenas a assinou) e o Canadá, ainda não ratificaram a Convenção Americana e, ao que parece, não estão dispostos a fazê-lo. O Brasil a ratificou somente no ano de 1992, tendo ela sido promulgada internamente pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro desse mesmo ano[29].

Em seu corpo, a Convenção Americana de Direitos Humanos enuncia e assegura um rol de direitos civis e políticos muito similar àquele constante no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Não se encontram, assim, previsões específicas a respeito de direitos econômicos, sociais ou culturais. O documento, nesse sentido, limita-se a apontar o compromisso dos Estados-Membros em alcançar, de maneira progressiva, a plena realização desses direitos[30]. Cumpre ressaltar, porém, que, em 1988, a Assembleia Geral da OEA adotou um Protocolo Adicional à Convenção, atinente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), o qual entrou em vigor somente onze anos depois, em 1999[31].

É relevante observar que a proteção oferecida pelo *Pacto de San José da Costa Rica* não é supletória à interna, mas sim coadjuvante ou complementar. Dessa forma, o Sistema Interamericano opera tão somente nas

---

[29] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.,* p. 927.

[30] Prevê o art. 26 do *Pacto de San Jose da Costa Rica* (texto anexo ao Decreto nº 676, de 6 de novembro de 1992) que: "Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados".

[31] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 325.

hipóteses de insuficiência ou falta de amparo pelo Direito interno nos casos de violação dos Direitos Humanos previstos na convenção. Em outras palavras, tem-se uma atuação mediata, isto é, que não visa à substituição dos mecanismos de proteção internos, mas sim sua complementação. Tanto é assim que um dos pré-requisitos para acionamento do sistema é justamente o prévio esgotamento dos recursos internos[32].

Além de declarar os direitos nela previstos, a Convenção Interamericana ainda estabelece um aparato de monitoramento e implementação, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana[33].

---

[32] RAMOS, André de Carvalho. **Processo**..., p. 209.
[33] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.,* p. 326.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITO E DESIGNAÇÕES

Nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[34], são fontes do Direito Internacional os tratados internacionais, os costumes e os princípios gerais do direito. A jurisprudência internacional e a doutrina constam como meios auxiliares de interpretação.

Dentre tais fontes, cada vez ganha mais importância o tratado internacional, pois, ao contrário do costume, as normas nele constantes encontram-se escritas, oferecendo, assim, maior segurança em sua aplicação. Vê-se hodiernamente, aliás, uma tendência à codificação do Direito Internacional[35]. E, em relação à temática dos Direitos Humanos, a propensão não é diferente.

Segundo Francisco REZEK, tratado internacional é "todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"[36]. Já, nos termos do art. 2, inciso 1, alínea a da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), promulgada pelo Decreto Presidencial nº 7.030/2009, tratado internacional "significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

---

[34] "Art. 38: 1. A Corte, cuja função é decidir em consonância com o direito internacional as disputas a ela submetidas, deverá aplicar: a. convenções internacionais, tanto gerais, quanto particulares, estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelos Estados-contendentes; b. costumes internacionais, evidenciados pelas práticas reconhecidas pelo direito; c. princípios gerais do direito, assim reconhecidos pelas nações civilizadas; d. decisões judiciais e ensinamentos dos mais qualificados doutrinadores das diversas nações, como meios subsidiários às determinações das regras de direito; 2. Esta previsão não deverá prejudicar o poder da Corte em decidir um caso *ex aequo et bono*, se as partes assim concordarem" (tradução livre).

[35] ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.,* p. 210-212.

[36] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 13. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

Observa-se, assim, que tratado é uma expressão genérica, designando qualquer acordo formal realizado entre sujeitos de Direito Internacional Público, regido por esse ramo jurídico, qualquer seja sua denominação específica. Nesse sentido, a propósito, lecionam Hidelbrando ACCIOLY, G. E. do Nascimento e SILVA e Paulo Borba CASELLA:

> Outro ponto importante, consolidado pelas duas convenções, no tocante ao uso da terminologia, refere-se a tratado com acordo regido pelo direito internacional, "qualquer que seja a sua denominação". Em outras palavras, o ***tratado*** é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou seu fim, citando-se as seguintes: convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, protocolo, ajuste, compromisso, etc., além das *concordatas*, que são os atos sobre assuntos religiosos celebrados pela Santa Sé com os estados que têm cidadãos católicos. Em todas essas denominações, o dado que se enfatiza é a ***expressão do acordo de vontades, estipulando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional***[37].

Conclui-se daí que a Constituição falhou tecnicamente ao empregar a expressão "tratados e convenções internacionais", passando a impressão de existir diferenciação entre os dois tipos de instrumentos.

2.2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

A doutrina tenta explicar as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno basicamente por meio de duas teorias: o monismo e o dualismo. É importante ressaltar que existe, até hoje, acentuado dissenso entre os autores (e, sobretudo, entre esses e a jurisprudência) em relação à posição do ordenamento jurídico brasileiro.

Para a corrente monista, que tem em Hans Kelsen seu maior defensor, o Direito Internacional e o Direito Interno são ramos pertencentes a um mesmo sistema jurídico. Assim, as normas internacionais prescindem de qualquer processo de incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados. Segundo Valerio de Oliveira MAZZUOLI:

---

[37] ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.,* p. 158.

> Os autores monistas (que têm em Kelsen o seu maior expoente) partem de uma inteligência diametralmente oposta à concepção dualista, vez que têm como ponto de partida não a dualidade, mas a unidade (ou unicidade) do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. Para a corrente monista, então, o Direito Internacional e o Direito interno são *dois ramos* do Direito dentro de *um só sistema* jurídico. Trata-se da teoria segundo a qual o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer "transformação", uma vez que esses mesmos Estados, nas suas relações com outros sujeitos de direito das gentes, mantém compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico *uno*, baseado na identidade de sujeitos (os indivíduos que os compõem) e de fontes (sempre objetivas e não dependentes - como no voluntarismo - da vontade dos Estados). Sendo assim, tanto o Direito interno como o Direito Internacional estariam aptos para reger as relações jurídicas dos indivíduos, sendo inútil qualquer processo de transformação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno (grifos do autor)[38].

A corrente monista é dividida, ainda, em três vertentes: o monismo nacionalista, o monismo internacionalista e o monismo internacionalista dialógico. Para os expoentes da primeira corrente, em caso de conflito entre norma internacional e norma interna, deverá prevalecer a última. Em sentido oposto, para os monistas internacionalistas, adotada majoritariamente pelos doutrinadores de Direito Internacional Público, o mesmo conflito seria solucionado com prevalência da norma de direito internacional[39].

A corrente monista internacionalista dialógica, por sua vez, confere um tratamento diferenciado às normas de Direitos Humanos. Essa teoria, sem abrir mão da concepção monista, permite um diálogo entre as fontes normativas internas e internacionais (por isso "dialógico"), dando um viés mais democrático à questão e viabilizando a aplicação, no caso de conflito entre normas, daquela mais favorável à vítima:

> Ocorre que, quando em jogo o tema "direitos humanos", uma solução mais democrática (e, portanto, *transigente*) pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um "diálogo" entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a "melhor norma" a ser aplicada no caso concreto). Essa "melhor norma" há de ser encontrada à luz da dimensão *material* ou *substancial* das fontes de proteção em jogo, prevalecendo a que maior *peso protetivo* tiver em determinado caso.
> (...) Ou seja, se é certo que à luz da ordem jurídica internacional os tratados internacionais *sempre prevalecem* à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista *clássica*), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos

---

[38] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 92 (grifos do autor).

[39] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.,* p. 210.

> que versam direitos humanos pode haver *coexistência* e *diálogo* entre eles e as normas de Direito interno (...). Os próprios tratos de direitos humanos (bem assim prática dos organismos regionais de direitos humanos, *v. g.*, da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) têm contemplado esse "diálogo" internormativo textualmente, quando exigem seja aplicada a norma "mais favorável" ao ser humano[40].

Para os dualistas, que têm como expoentes Carl Heinrich Triepel (Alemanha) e Dionisio Anzilotti (Itália), os sistemas internacional e interno de cada Estado "são rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional"[41]. Seriam, na metáfora de Valerio de Oliveira MAZZUOLI, "círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora igualmente válidos"[42]. Isso se deve ao fato de o Direito Interno e o Direito Internacional terem competências distintas, vale dizer: ao primeiro cabe a regulamentação das relações entre os indivíduos de um Estado ou entre o próprio Estado e aqueles; ao segundo, incumbiria a normatização das relações recíprocas entre Estados e organizações internacionais. Havendo duas ordens jurídicas distintas, a aplicação de uma norma internacional demandaria um processo de transformação dessa disposição em legislação interna.

A aplicação dessas concepções de relação entre direito interno e internacional pelos intérpretes brasileiros culminou com a descaracterização das teorias em sua forma pura, ocasionando o surgimento, em ambos os casos, de uma corrente radical e outra moderada:

> No Brasil, as duas teorias acima descritas não foram aplicadas em sua forma pura, ganhando interpretações que lhes descaracterizaram o sentido original, cunhando-se, ainda, novas expressões para designar suas modalidades, a saber: dualismo extremado e moderado e monismo radical e moderado.
> Nas suas modalidades moderadas, tanto do monismo quanto do dualismo, em verdade subverteram-se ambas as teorias, por terem sido suprimidas etapas que as integravam de forma essencial. O ***dualismo*** dividiu-se em ***radical***, em que há necessidade de edição de lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, na forma original proposta por C. H. TRIEPEL (1923), e em ***dualismo moderado***, no qual a incorporação prescindiria de lei, embora se faça mediante procedimento complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva.
> No sistema brasileiro, o ***monismo*** encontra, igualmente, duas vertentes: radical e moderado. O ***radical*** pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o ***moderado*** procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária,

---

[40] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 102 (grifos do autor).
[41] REZEK, Francisco. *op. cit.,* p. 28.
[42] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 86-87.

> subordinando-o à Constituição e à aplicação do critério cronológico, em caso de conflito com norma superveniente[43].

Adotando a vertente moderada do monismo, segundo classificação da doutrina, é que o STF enfrentou a questão da solução do conflito entre leis internas e internacionais, no julgamento paradigmático do Recurso Extraordinário 80.004/SE[44], concluindo que, a partir de quando incorporados, os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico no patamar de lei ordinária. Consequência lógico-jurídica da adoção dessa teoria é que os conflitos entre normas internas e internacionais são solucionados pelos critérios da cronologia ou da especialidade. Embora o STF ainda utilize-se de ambos os critérios para solução de antinomias, percebe-se que, atualmente, o STJ vem preferindo o temporal[45].

Vale mencionar, no entanto, que, anos mais tarde, o STF veio a pronunciar-se expressamente acerca da teoria adotada pelo Brasil, no julgamento da Carta Rogatória nº 8.279-4, consolidando o entendimento de que seria o dualismo moderado:

> Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do **monismo** e do **dualismo**, no plano do direito internacional público, tenha sido qualificada por CHARLES ROSSEAU ("**Droit Internacional Public Approfondi"**, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), como mera "***dicussion d'école***", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de **recepção**, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional **não dispõe**, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade **imediatas** no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, **depende**, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, **na própria Constituição da República**.
> (...) **Sob tal perspectiva**, o sistema constitucional brasileiro - que **não exige** a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (**visão dualista extremada**) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de ***iter*** procedimental que **compreende** a aprovação congressional **e** a promulgação executiva do texto constitucional (**visão**

---

[43] ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.,* p. 238-239 (grifos do autor).

[44] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80004/SE**. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Xavier de Albuquerque. Brasília, 1º jun. 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 23 jun. 2013.

[45] ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**: Teoria e Prática Brasileira. 5. ed. atual e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 163-165.

dualista moderada)[46].

Conclui-se, assim, que, a despeito da controvertida discussão acerca da temática, no Brasil, segundo a atual jurisprudência do STF, adota-se a teoria dualista moderada e, via de regra, eventuais conflitos entre normas internas e internacionais (incorporadas ao ordenamento pátrio como leis ordinárias) serão resolvidos por meio dos critérios cronológicos ou da especialidade.

No julgamento do RE 466.343/SP, contudo, o STF, criou uma exceção ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos, atribuindo a eles caráter *supralegal*.

Antes, contudo, de tratar da exceção, impende-se analisar o processo de celebração e incorporação dos tratados internacionais, que lhes confere aplicação no Direito Interno.

2.3 PROCEDIMENTO DE CELEBRAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE UM TRATADO INTERNACIONAL NO BRASIL

Os tratados internacionais guardam uma dupla qualidade de ato jurídico e norma. Em outras palavras, no ensinamento de Francisco REZEK, "o acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional"[47].

Como todo ato jurídico, os tratados internacionais possuem um processo de elaboração, o qual culmina em sua formação completa, validade e aptidão para produzir seus efeitos.

O processo de formação dos tratados possui fases internas e internacionais. Compõe a primeira o referendo parlamentar e a promulgação e publicação do texto; são parte da segunda a negociação, a assinatura e a

---

[46] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/AT - ARGENTINA**. Relator: Celso de Melo. Brasília, 17 jun. 1998. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>. Acesso em: 23 jun. 2013 (grifos do autor).

[47] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 42.

ratificação. A análise da Constituição brasileira aponta para o fato de que somente as fases da assinatura e aprovação congressual foram disciplinadas, "no que andou bem o nosso legislador constitucional em não se imiscuir em assuntos de interesse externo"[48].

2.3.1 Fase de Negociações

Negociação é a fase de formação dos tratados em que os representantes dos Estados se reúnem "a fim de estudar conjuntamente as possibilidades de se chegar a um entendimento relativo à conclusão de determinado instrumento internacional"[49].

Fundamental aspecto, dentro desta fase, é aquele que tange à competência negocial.

A Constituição brasileira, em seu art. 84, incisos VII e VIII, outorga ao Presidente da República a competência privativa para, respectivamente, "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos" e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

Conquanto a competência seja privativa e, portanto, impassível de delegação (excetuadas, é claro, a ressalva presente no parágrafo único, do mesmo art. 84), a prática internacional, pautada no art. 7º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)[50], confere a outras pessoas a competência negocial para celebração de tratados: os *plenipotenciários*. Neste

---

[48] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.,* p. 370.

[49] *Ibidem*, p. 223.

[50] *In verbis*: Art. 7º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 7.030/2009: "1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão".

grupo, estão inseridos os Ministros responsáveis pelas relações exteriores, os chefes de missões diplomáticas (desde que a negociação diga respeito às relações entre Estado acreditante e Estado acreditado), bem como todos aqueles detentores de cartas de plenos poderes[51].

Essa disposição trata-se de verdadeiro costume contra à Constituição, que, segundo Cibele Fernandes DIAS, constituiu-se em fenômeno apto a gerar mutação constitucional, pois, ao lado da revisão constitucional e do costume *secundum* e *praeter legem*, constituem o que Jorge MIRANDA designa de "vicissitude constitucional"[52].

A fase de negociação termina com a elaboração de um projeto de tratado.

2.3.2 Fase de Assinatura

Ato seguinte, tem-se a adoção do texto, isto é, "um ato de vontade com o qual os Estados partícipes do procedimento de elaboração do tratado aceitam o *texto* final como conveniente, isso nada significando que os Estados já aceitam o tratado *enquanto norma jurídica* vinculante em relação a si"[53].

Após, segue-se, efetivamente, para expressão do consentimento que, no procedimento usual de celebração, dá-se pela assinatura.

Segundo Paulo Henrique Gonçalves PORTELA, assinatura é definida como o "ato pelo qual os negociadores, ao chegar a um acordo sobre os termos do tratado, encerram as negociações, expressam sua concordância com o teor do ato internacional, adotam e autenticam seu texto e, por fim, encaminham o acordo para etapas posteriores da formação do ato internacional"[54].

No que tange à assinatura, há aparente divergência doutrinária a respeito de suas características.

De um lado, Francisco REZEK, ao definir a assinatura, salienta que o

---

[51] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 59-60.

[52] DIAS, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como Mutação da Constituição.** São Paulo, 2011. 360 f. Dissertação (Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 106.

[53] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 225 (grifos do autor).

[54] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. rev., amp. e atual. Bahia: JusPodivm, 2012. p. 117.

ato exterioriza "em definitivo o consentimento das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam. Não há, pois, perspectiva de ratificação ou de qualquer gesto confirmatório ou alternativo"[55]; de outro, Valerio de Oliveria MAZUOLI, que conceitua assinatura como aceite precário (ou seja, provisório, dependendo de ulterior ratificação para efetiva expressão do consentimento) e formal (atestando a ausência de vícios formais no texto adotado, podendo, assim, prosseguir às outras etapas de conclusão).

Em verdade, conciliando os entendimentos acima, a assinatura deve ser considerada, em regra, precária e formal. Deve-se, contudo, atentar para a possibilidade da *assinatura plena*, típica do procedimento abreviado, consagrada no art. 12 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[56], a qual põe termo ao processo de formação dos acordos internacionais, já obrigando os Estados celebrantes, desde que assim disposto no instrumento assinado.

2.3.3 Fase de Aprovação Parlamentar

Conforme já salientado, a Constituição brasileira, em seu art. 84, incisos VII e VIII, outorga ao Presidente da República a competência privativa para, respectivamente, "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos" e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Em seu art. 49, inciso I, porém, a Constituição concede ao Congresso Nacional a competência exclusiva de "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos

---

[55] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 70.

[56] *In verbis*: Art. 12 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 7.030/2009: "1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado: a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito; b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação. 2. Para os efeitos do parágrafo 1: a) a rubrica de um texto tem o valor de assinatura do tratado, quando ficar estabelecido que os Estados negociadores nisso concordaram; b) a assinatura ad referendum de um tratado pelo representante de um Estado, quando confirmada por esse Estado, vale como assinatura definitiva do tratado" (grifos do autor).

internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

No Brasil, então, tem-se que a celebração de acordos internacionais é exemplo de um *ato complexo*, assim entendidos aqueles que "resultam da conjugação da vontade de órgãos diferentes"[57], pois é fruto da conjugação de vontades do Executivo e do Legislativo. Esse fato, aliás, expressão do sistema de freios e contrapesos, dá contornos mais democráticos à celebração de tratados internacionais, limitando os poderes do Executivo, conforme esclarece Valerio de Oliveria MAZZUOLI:

> Historicamente, dentro da doutrina absolutista, o Poder Executivo (então chamado de *Soberano*) sempre foi considerado o órgão supremo das relações internacionais (...). Contudo, com o passar dos tempos, variações de ordem política (nascidas com a vitória da revolução burguesa em França) passaram a *limitar* a competência do Executivo no que tange ao poder de celebrar tratados. À sua vontade passou-se a conjugar o assentimento do Poder Legislativo, surgindo, então, a divisão interna dos poderes do Estado no intuito de democratizar o processo de conclusão de tratados (...), firmando-se a tese de que a conjugação de vontades do Executivo e do Legislativo é sempre necessária para que o tratado passe a valer como ato jurídico perfeito.
> A partir das revoluções americana e francesa, passaram a ser introduzidos nas Constituições certos "dispositivos internacionais", que se desenvolveram e findaram por formar o que Mirkine-Guetzévich denominou de *Direito Constitucional Internacional*, consistente num conjunto de regras constitucionais cujo conteúdo tem significado e eficácia internacionais. Entre várias fases processuais, inseriu-se então a chamada *fase legislativa*, que passou a ter lugar *depois* da assinatura e precisamente *antes* da ratificação, condicionando esta última ao aceite do tratado pelo Parlamento. Esse fato, por sua vez, contribuiu para impulsionar o processo de democratização das relações internacionais, que se afirmou no decorrer do século XIX[58].

Dessa forma, imprescindível, para que o tratado internacional seja um ato jurídico perfeito, sua análise pelo Congresso Nacional.

Assinado o tratado, o Presidente da República possui a discricionariedade de submetê-lo à aprovação parlamentar, quando melhor lhe parecer, se satisfeito com o resultado obtido nas fases anteriores. Poderá, também, determinar estudos mais aprofundados a respeito da temática ou, ainda, estando descontente com o produto das negociações, ordenar seu

---

[57] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 421.

[58] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 354-356.

arquivamento[59].

O envio ao Congresso Nacional é feito por meio de mensagem do Presidente da República, anexada ao inteiro teor do compromisso, em língua portuguesa, além de um texto de exposição de motivos, este de autoria do Ministro das Relações Exteriores[60].

Recebida a mensagem na Câmara dos Deputados, por força do disposto no *caput* do art. 64 da Constituição[61], a deliberação seguirá processo semelhante àquele para aprovação de leis, ressalvada, segundo observa Mirtô FRAGA, a impossibilidade de emendas [62] e a promulgação, feita pelo Presidente do Senado Federal[63].

Dada publicidade por meio da leitura da mensagem presidencial em Plenário e formado os autos do processo, estes serão encaminhados à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (RICD, art. 32, XV, c)[64], que elaborará um *projeto de decreto legislativo*, a ser apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (RICD, art. 32, IV, a)[65]. Aprovado o projeto pelas Comissões, será ele submetido à votação no Plenário da Câmara dos Deputados, devendo contar, para sua aprovação, com aquiescência da maioria dos membros presentes, nos termos do art. 47 da

---

[59] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 88.

[60] RIBEIRO, Silvia Pradines Coelho. **A Participação do Legislativo no Processo de Celebração dos Tratados**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/79/Ribeiro%20Silvia.pdf?sequence=1> Acesso em: 30 jul. 2013.

[61] Art. 64, *caput*, CRFB: "A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados".

[62] Frise-se, contudo, o entendimento contrário de Valerio de Oliveira MAZZUOLI, admitindo as emendas ao projeto de decreto legislativo e não ao texto do tratado internacional: "Em cada uma das Casas do Congresso é possível a apresentação de *emenda* aos projetos submetidos à apreciação. Essas emendas, frise-se, dizem respeito estritamente ao projeto de decreto legislativo, jamais ao texto dos tratados submetidos à apreciação, insuscetíveis de qualquer mudança. Entende-se, entretanto, que simples correções de forma, como algum ajuste redacional no texto, que não atinge o conteúdo do projeto dispensa o retorno à Câmara para o reexame. Somente em se tratado de mudança de *mérito* é que o reexame fica obrigatório (CF, art. 65, parágrafo único)" (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 379).

[63] FRAGA, Mirtô. **A Obrigatoriedade do Tratado da Ordem Interna**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/966/R162-23.pdf?sequence=8> Acesso em 30 jul. 2013.

[64] Art. 32, XV, c, RICD: "São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: XV - Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional: c) tratados, atos, acordos e convênios internacionais e demais instrumentos de política externa".

[65] Art. 32, IV, a, RICD. "São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões".

Constituição[66]. Ato seguinte, aprovado o projeto, em turno único, a redação final será elaborada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (RICD, art. 32, IV, q)[67].

Feito isso, nos termos do art. 65, *caput* da Constituição, o projeto será encaminhado ao Senado Federal[68]. Lá, após lido e publicado o projeto, ele será encaminhado para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (RISF, art. 103, I e VI)[69]. Emitido parecer favorável pela Comissão, o projeto de decreto legislativo está pronto para ser votado em Plenário. Logrando voto favorável da maioria simples dos membros da Casa, o decreto legislativo será promulgado pelo Presidente do Senado Federal e, posteriormente, publicado no Diário do Congresso Nacional e no Diário Oficial da União, junto ao texto do tratado internacional.

Importante mencionar que a aprovação do tratado por meio do decreto legislativo ainda não tem o condão de torná-lo obrigável dentro do território nacional, muito menos internacionalmente. Soaria estranho, aliás, que uma obrigação assumida internacionalmente fosse internamente vinculante antes de o ser externamente.

É que a eficácia interna e externa do tratado depende ainda de outros atos que completam seu processo de formação. Imprecisa, portanto, a expressão utilizada por alguns doutrinadores de que o Congresso Nacional "ratifica" tratados, competência essa outorgada ao Presidente da República. Nesse contexto, a expressão "resolver definitivamente" deve ser interpretada com cautela. Como visto, a tarefa que incumbe ao Congresso Nacional é somente aprovar ou rejeitar o tratado internacional, sendo competência do Chefe do Poder Executivo sua ulterior ratificação. Assim, o Parlamento resolve

---

[66] Art. 47, CRFB: "Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros".

[67] Art. 32, IV, a, RICD. "São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral".

[68] Art. 65, *caput*, CRFB: "O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar".

[69] Art. 103, I e VI, RISF: "À Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional compete emitir parecer sobre: I – proposições referentes aos atos e relações internacionais (Const., art. 49, I) e ao Ministério das Relações Exteriores; e VI - assuntos referentes à Organização das Nações Unidas e entidades internacionais de qualquer natureza".

definitivamente acerca de um tratado tão somente nas hipóteses em que o rejeita:

> A expressão "resolver definitivamente", legada por infelicidade da primeira Constituição republicana, não conota no sistema brasileiro a *ratificação* do tratado, que é ato próprio do Chefe do Executivo, responsável pela dinâmica das relações internacionais, a quem cabe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar as negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído; significa, tão somente, que está o Parlamento autorizado a (1) aceitar o tratado assinado pelo Executivo e (2) rejeitá-lo, se assim entende conveniente, não sendo outro o significado da expressão *referendo*, como qualquer dicionário pode bem elucidar (...). A expressão *definitivamente* empregada pela Constituição deve ser interpretada segundo a teoria do *efeito útil*, pela qual as regras jurídicas obscuras ou ambíguas devem ser sempre interpretadas de modo a que produzam o maior sentido e eficácia possíveis relativamente ao seu objetivo (...) Não resta outra saída senão atribuir utilidade à expressão "definitivamente" em caso de *rejeição* do tratado pelo Parlamento. Assim, deve-se entender que o Congresso Nacional só resolve *definitivamente* sobre um tratado quando *rejeita* o acordo, ficando o Executivo, neste caso, impedido de ratificá-lo. Em caso de aprovação, quem resolve de modo *definitivo* é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado[70].

Nesse cenário, inclusive, ressalte-se que, dentro do processo de aprovação parlamentar, há possibilidade expressamente prevista nos Regimentos Internos das Casas de parecer terminativo exarado pelas Comissões internas (RISF, art. 91, §1º, I[71] e RICD, art. 54, I[72]).

É permitido ao Congresso Nacional, ainda, a aposição de reservas ao tratado, assim entendidas as declarações unilaterais feitas por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar, aprovar ou aderir a um tratado, com o intuito de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições nele previstas em sua aplicação a esse Estado[73]. É que a Convenção de Viena reconhece expressamente a possibilidade de que a aposição de reservas seja feita na fase de aprovação, a qual, como visto, é de responsabilidade do Congresso Nacional segundo a Constituição Federal[74].

---

[70] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 237.

[71] Art. 91, §1º, I, RISF: "(...) § 1o O Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, poderá conferir às comissões competência para apreciar, terminativamente, as seguintes matérias: I – tratados ou acordos internacionais (Const., art. 49, I)".

[72] Art. 54, I, RICD: "Será terminativo o parecer: I – da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria";

[73] Art. 2, 1, d da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969: "'reserva'significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado".

[74] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 262.

Conclui-se, dessa forma, que o Congresso Nacional irá resolver definitivamente acerca de um tratado internacional nos casos de sua rejeição, seja por não lograr os votos favoráveis quando discutido em Plenário em uma das Casas, seja por parecer terminativo em uma das Comissões internas.

Finda essa fase, com a promulgação e publicação do decreto legislativo, passa-se à ratificação do tratado internacional.

2.3.4 Fase de Ratificação

Ratificação, segundo Valerio de Oliveira MAZZUOLI, deve ser entendida como o "ato formal do Estado pelo qual indica seu consentimento em estar submetido a determinado tratado"[75].

Antes prevista como forma de controle do soberano sobre os poderes transmitidos aos plenipotenciários, atualmente a prática da ratificação na celebração de tratados continua pertinente e oportuna em razão de outras duas questões, em acréscimo a já citada: a importância do conteúdo do tratado recomenda a manifestação pessoal do Chefe de Estado e a abertura da possibilidade de manifestação do Parlamento:

> De início, a importância da matéria versada nos tratados reclama o pronunciamento pessoal do chefe de Estado, a quem deve incumbir o ato jurídico envolvente de interesses nacionais de monta. Em segundo lugar, essa prática previne controvérsias acerca de um eventual abuso ou excesso de poder por parte do plenipotenciário, à ocasião da assinatura, e reduz ao mínimo a perspectiva da arguição de erro, dolo, corrupção ou coação. A terceira razão é, do ponto de vista de inúmeras nações, a mais importante: cuida-se do desenvolvimento da participação do poder Legislativo na formação de vontade do Estado sobre o comprometimento exterior. E os parlamentos, porque ausentes da cena diplomática, não poderiam senão no tempo que medeia entre esses dois distintos atos de governo, a assinatura do tratado e sua ratificação[76].

No Brasil, a competência para ratificação dos tratados internacionais é do Presidente da República, em ato materializado em um documento denominado *carta de ratificação*, também assinada e referendada pelo Ministro

---

[75] VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

[76] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 75.

das Relações Exteriores, nos termos do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal[77].

Consequência lógica de ser fruto da vontade livre dos pactuantes, a ratificação é ato discricionário, ou seja, depende da conveniência e oportunidade, assim interpretadas pelo Presidente da República, da celebração do tratado. Dessa forma, ainda que aprovado pelo Congresso Nacional, o Chefe do Poder Executivo não está obrigado a proceder a ratificação do tratado[78]. Optando a fazê-lo, contudo, deverá ratificá-lo integralmente, pois assim dispõe a Convenção de Havana sobre Tratados em seu artigo 6º[79].

Não é, todavia, o ato de firmar a carta de ratificação que fará com que o tratado passe a vigorar, mas sim a expressão do consentimento, que se dá, basicamente, em tratados bilaterais, por meio da troca de instrumento ou, em acordos multilaterais, por intermédio do depósito[80]:

> Na realidade é a **expressão do consentimento**, não propriamente a ratificação, isto é, o ato de firmar e selar a *carta de ratificação,* que dá vigor ao tratado. O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado. Aliás, o simples depósito, às vezes, não basta para o aludido resultado. Com efeito, o ***depósito*** é exigido, geralmente, para tratados multilaterais e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes para sua entrada em vigor[81].

Embora ato discricionário, uma vez ratificado, torna-se irretratável a manifestação de vontade, tornando o acordo vigente e fazendo incidir o comando da *pacta sunt servanda*. Havendo a ratificação, então, a única forma

---

[77] Art. 87, p. único, I, da CRFB: "(...) Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: (...)exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República".

[78] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 76.

[79] Art. 6º, Convenção de Havana sobre Tratados: "a ratificação deve ser dada sem condições e abranger todo o tratado".

[80] Art. 16, Convenção de Viena sobe Direito dos Tratados de 1969: "A não ser que o tratado disponha diversamente, os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão estabelecem o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado por ocasião: a) da sua troca entre os Estados contratantes; b) do seu depósito junto ao depositário; ou c) da sua notificação aos Estados contratantes ou a depositário, se assim for convencionado".

[81] ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.,* p. 168-169 (grifos do autor).

de desfazer-se unilateralmente da obrigação prevista é por meio da denúncia[82].

Ratificado o tratado nos moldes acima, está apto para vigorar internacionalmente. A prática brasileira, no entanto, demanda mais uma formalidade para finalizar o processo de incorporação.

2.3.5 Fase de Promulgação e Publicação

Procedida a ratificação do tratado, a praxe brasileira determina que o Presidente da República expeça um *decreto de execução*, promulgando e publicando, no Diário Oficial da União o conteúdo do tratado.

A promulgação tem como principal objetivo atestar o cumprimento de todas as etapas solenes de formação e internalização dos tratados, enquanto a publicação visa dar conhecimento aos indivíduos e aos Tribunais acerca da existência do acordo, viabilizando seu cumprimento e aplicação, conforme elucida Mirtô FRAGA:

> O decreto de promulgação é o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior. Se a promulgação não integra o processo legislativo (...), se, ao contrário, ela lhe é posterior – o que se promulga já é lei –, não se pode, logicamente, afirmar que o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu no seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse. Mas, como afirma José Afonso da Silva (1964, p. 217-218), fazer saber que há uma norma jurídica pouco adiantaria se não se divulgasse tal comunicação. Isso se faz com a publicação. E como é ela que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada, e como só se é obrigado à norma que se conhece (a publicação faz presumir conhecimento), o tratado só é obrigatório a partir da data de inserção, no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado. Uma vez publicado, com o decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais. Na afirmativa de Rousseau (19--?, p. 403), o tratado é obrigatório, em virtude de ratificação; executório, em face da promulgação;

---

[82] REZEK, Francisco. *op. cit.*, p. 77.

aplicável, em consequência da publicação[83].

A importância da presente etapa é tamanha que o Supremo Tribunal Federal entende ser ela imprescindível para que os tratados tenham força internamente. Foi com base na ausência de promulgação e publicação do decreto do Presidente da República, inclusive, que a Corte negou o cumprimento de carta rogatória expedida pela República Argentina, com base no Protocolo de Medidas Cautelares aprovada pelo MERCOSUL em 1994, veja-se:

> **Nem se alegue**, para justificar a pretendida concessão de **exequatur**, que as diligências rogadas - embora de caráter executório - **encontrariam** fundamento em convenção internacional consubstanciada no **Protocolo de Medidas Cautelares** aprovado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL) (...). É que esse ato de direito internacional público, **muito embora aprovado** pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo (nº 192/95), **não se achava formalmente incorporado** ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, quando da recusa da concessão de **exequatur** pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pois, **a despeito de já ratificado** (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), o **Protocolo** em questão, em **04/5/98** (data da decisão **ora** agravada - fls. 55/63), **ainda não** havia sido **promulgado** mediante decreto, pelo Presidente da República[84].

Imperioso concluir, assim, que, promulgado e publicado o decreto presidencial, o tratado está definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo de observância obrigatória tanto interna, quanto internacionalmente, dotado de, segundo o já visto entendimento do Supremo Tribunal Federal, *status* de lei ordinária.

Existe, contudo, um grupo de tratados internacionais que, por sua importância, possuem certas peculiaridades em seu procedimento de internalização, o que, por consequência, reflete em sua posição hierárquica na pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro: as convenções sobre Direitos Humanos.

---

[83] FRAGA, Mirtô. *op. cit.*

[84] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº. 8279/AT-Argentina**. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Relator: Celso de Mello. Brasília, 17 jun. 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>. Acesso em: 20 ago. 2013 (grifos do autor).

3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO E STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

3.1 A SITUAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004

São basicamente quatro os posicionamentos acerca do *status* normativo sobre os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos: da *supraconstitucionalidade*, da constitucionalidade, da *supralegalidade* e da legalidade ordinária. Somente a corrente da hierarquia constitucional propõe uma forma de incorporação diversa daquela utilizada para os tratados comuns, qual seja, a recepção automática.

A teoria da *supraconstitucionalidade* foi adotada, no Brasil, por Celso de Albuquerque MELLO. Para ele, a globalização intensificou o processo de integração econômica, alterando o conceito tradicional de soberania. Tal fenômeno pode ser bem percebido no continente europeu, em que se observa o estágio mais avançado em termos de direito comunitário. Na Europa, relata o autor, verificou-se uma adaptação das cartas constitucionais, de forma a compatibiliza-las às disposições comunitárias. Nesse cenário de mudança na sociedade global, o doutrinador considera que as normas internacionais de Direitos Humanos funcionam como uma espécie de freio aos malefícios do processo globalizatório, de forma que, mesmo em confronto com normas constitucionais, devem ser aplicadas caso mais benéficas. Assim, o Direito Internacional prevaleceria sobre o Direito Interno, por ser essa uma necessidade imposta pela nova organização da sociedade internacional[85].

Mais forte, porém, era a doutrina que defendia, com base na exegese do art. 5º, §2º, que os tratados acerca de Direitos Humanos não só gozavam de *status* constitucional, como também seriam de incorporação automática ao ordenamento jurídico, prescindindo do trâmite formal comum aos demais tratados.

Nesse sentido, Flávia PIOVESAN argumenta que o art. 5º, §2º da

---

[85] MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009. p. 23-25.

Constituição Federal[86] deve ser interpretado com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, isto é, adotando-se o sentido que lhe dê a maior eficácia e extensão possível. Partindo dessa premissa, analisa que os tratados de Direitos Humanos teriam nível constitucional por serem normas materialmente constitucionais, integrando, por conseguinte, o chamado "bloco de constitucionalidade". Sustenta, por fim, possuírem os direitos decorrentes das convenções aqui estudadas natureza jurídica de *jus cogens*, ou seja, são normas reconhecidas universalmente na comunidade internacional, as quais não admitem nenhuma derrogação[87]. Compartilham da posição Valerio de Oliveira MAZUOLLI[88] e José Afonso da SILVA[89].

A autora entende, ademais, ser o art. 5º, §1º da Constituição Federal uma cláusula geral de recepção automática dos tratados de Direitos Humanos. Assim, não haveria a necessidade de obedeceram ao trâmite de incorporação comum aos atos internacionais, já que, por definirem direitos e garantias, demandam aplicação imediata[90].

Realizando interpretação histórica, Francysco Pablo Feitosa GONÇALVES e José Antônio ALBUQUERQUE FILHO analisaram os anais da constituinte e, das consultas feitas ao então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Antônio Augusto Cançado Trindade, concluíram que a exegese que de fato melhor atende à vontade do legislador constituinte originário era de que os tratados de Direitos Humanos tivessem *status* normativo constitucional, todavia deveriam submeter-se ao procedimento de incorporação típico dessas convenções:

> O Sr. Antônio Augusto Cançado Trindade: 'Continuo pensando que a melhor solução seria aquela que propus ao final de minha exposição, isto é, um dispositivo, na Constituição, que determinasse que dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional está o da promoção e proteção dos direitos humanos – a que o Brasil se vê obrigado, não apenas pelos direitos humanos consagrados na Constituição e pelos princípios democráticos dela decorrentes, como também pelos tratados internacionais que o Brasil é parte. É fundamental a

---

[86] Art. 5º, §2º, CRFB: "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".

[87] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 216-222.

[88] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.,* p. 368.

[89] SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179-180.

[90] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 248.

> adesão do Brasil a esses tratados.
> Interessante que à ocasião os constituintes se mostraram favoráveis à incorporação dos direitos humanos decorrentes de tratados à Constituição, como podemos perceber no aparte feito por Costa Ferreira:
> O Sr. Constituinte Costa Ferreira: Só para completar. Gostaria de sugerir, se de bom alvitre, que colocássemos na Constituição um dispositivo dizendo que o Brasil, com relação a esses tratados internacionais que beneficiam o indivíduo, seria, automaticamente, seu signatário.
> O Sr. Antônico Cançado Trindade: Em alguns países isso seria possível, como, por exemplo, na Holanda, porque o próprio sistema jurídico interno admite essa possibilidade Mas no nosso caso, não. Mesmo em relação a esses tratados é necessária a aprovação parlamentar para posterior ratificação por parte do Governo brasileiro. O importante é estabelecer que uma vez ratificados, esses tratados não possam, por exemplo, ser denunciados. Acho que nenhum governo, hoje, de são consciência, poderia proceder à denúncia de um tratado humanitário.
> Como podemos perceber, havia na Constituinte um contexto favorável à incorporação – que poderia ser automática no entendimento de Costa Ferreira – dos direitos humanos à Constituição. A resposta de Cançado Trindade, por outro lado, foi no sentido de manter o procedimento interno como uma etapa para a incorporação dos tratados[91].

Não obstante isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se sabe, nunca foi partidária dessa concepção, conferindo, até 2006, aos tratados de Direitos Humanos o mesmo tratamento dispensado à lei ordinária[92]. Com o Recurso Extraordinário 466.343/SP, entretanto, como se verá, a Corte Constitucional alterou seu entendimento, conferindo *status* supralegal às normas internacionais definidoras de Direitos Humanos. Em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal considerou que os tratados prescindiriam de processo de incorporação formal.

Conclui-se, assim, que, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, embora existisse forte doutrina defendendo – e fosse essa, em verdade, a intenção do legislador constituinte – o *status* constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, a jurisprudência do STF sempre conferiu a esses tratados hierarquia similar às leis ordinárias. Quanto ao processo de incorporação, conquanto alguns autores sustentem ser ele desnecessário no que concerne a esses tratados em especial, majoritariamente, defendia-se que seguiriam o procedimento comum aos

---

[91] GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio. Ainda o status sobre Direitos Humanos no Direito brasileiro: variação sobre um mesmo tema. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 79, p. 40, abr./jun. 2012.

[92] Importa mencionar, contudo, que anteriormente ao Governo Militar, em meados da década de 1950 - portanto sobre a vigência de outra Constituição -, o Supremo Tribunal Federal considerava que o Direito Internacional deveria sobrepor-se às disposições legais internas.

demais tratados.

3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O ESTABELECIMENTO DE UM RITO PRÓPRIO DE INCORPORAÇÃO

Com o escopo de, uma vez por todas, suplantar a discussão acerca da hierarquia e recepção dos tratados constitucionais, inseriu-se na Constituição Federal o art. 5º, §3º: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

O objetivo do legislador constituinte reformador, contudo, não foi alcançado. Pelo contrário: a inclusão do dispositivo, no lugar de por fim à controvérsia acerca do *status* normativo dos tratados humanos[93], acabou por levantar ainda mais dúvidas, agora acerca da forma de sua aplicação (considerando haver alterado o processo de incorporação das normas internacionais), bem como sobre a extensão dos seus efeitos.

O art. 5º, §3º da Constituição Federal impacta diretamente o processo de internalização dos tratados internacionais, especificamente no momento de aprovação parlamentar. Como visto anteriormente, remetida a mensagem do Presidente da República à Câmara dos Deputados, o texto do tratado seria submetido às comissões temáticas pertinentes e, após, seria votado em Plenário, tendo sua aprovação subordinada ao voto favorável da maioria dos presentes. Seguiria o mesmo procedimento no Senado Federal e, após, o Presidente poderia ratificá-lo e, após, publicá-lo e promulgá-lo.

O problema surge na comparação entre o procedimento de internalização dos tratados e o de aprovação das Emendas Constitucionais:

---

[93] Não é esta, porém, a posição de Gilmar Ferreira MENDES, para quem o art. 5º, §3º da Constituição já não deixa mais dúvidas de que a hierarquia constitucional só é alcançada se os tratados sobre direitos humanos forem incorporados nos moldes deste dispositivo. Do contrário (e para os anteriores à EC nº 45/04), prevalece o caráter *supralegal* (MENDES, Gilmar Ferreira. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: Um Diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 29). A posição do autor, com a devida vênia, não parece a mais acertada, considerando o números de doutrinadores que ainda sustentam o caráter constitucional de recepção dos tratados de Direitos Humanos.

enquanto neste a participação do Presidente da República, quando muito, é na apresentação da Proposta de Emenda Constitucional; no primeiro, ela é imprescindível.

Neste ponto, Valerio de Oliveira MAZZUOLI leciona que são duas as interpretações possíveis à regra contida no art. 5º, §3º da Constituição Federal.

A primeira é que foi mantida a competência do Congresso Nacional para aprovar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando o Presidente da República a ratificá-lo. Em outras palavras, o papel do Legislativo continua o mesmo: aprovar ou não, por meio de decreto legislativo, o conteúdo dos tratados internacionais. A única alteração no procedimento foi a faculdade de fazê-lo em um *quorum* qualificado de três quintos. É que a relação que se dá entre o procedimento de internalização dos tratados e de aprovação das Emendas Constitucionais é de equivalência e não de igualdade:

> Não há que se confundir a *equivalência às emendas,* de que trata o art. 5º, §3º, com as próprias *emendas constitucionais* previstas no art. 60 da Constituição. A relação entre tratado de direitos humanos e as emendas constitucionais é de *equivalência*, não de *igualdade*. (...) Por isso, é inconfundível a norma do tratado *equivalente* a uma emenda constitucional com uma emenda *propriamente dita*, sendo também inconfundível o processo de formação de um (tratado) e de outra (emenda). Como a relação de ambos não é de *igualdade*, mas de *equivalência* (ou *equiparação*), não se aplicam aos tratados os procedimentos estabelecidos pela Constituição para aprovação das *emendas*, tampouco a regra constitucional sobre a iniciativa da proposta de emenda (art. 60, incs. I a III). Enfim, a Constituição não diz que se estará aprovando uma *emenda*, mas um ato (nesse caso, um *decreto legislativo*), que possibilitará tenha o tratado (depois de ratificado) *equivalência* de emenda constitucional. Assim, tudo continua da mesma forma como antes da EC 45/04, devendo o tratado ser aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, mas podendo o Parlamento decidir se com o *quorum* (e somente o *quorum*...) de emenda constitucional ou sem ele.[94]

A segunda interpretação proposta pelo autor é de que o art. 5º, §3º da Constituição Federal excepciona a previsão do art. 49, I da Carta, de forma que o procedimento far-se-ia de forma tradicional, mas autorizaria o Congresso Nacional "a dar, quando lhe convier, a seu alvedrio e a seu talante, a 'equivalência de emenda' aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil"[95]. Em outras palavras, o decreto legislativo seria aprovado por maioria simples e, depois de findo o seu processo de formação, seria novamente

---

[94] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op. cit.*, p. 877.
[95] *Ibidem*, p. 879.

submetido ao Parlamento, o qual poderia ou não lhe conferir a equivalência à Emenda Constitucional.

O procedimento carece de regulamentação no regimento interno das Casas do Congresso Nacional, mas tramita na Câmara dos Deputados Projeto de Resolução que altera seu Regimento Interno (PRC nº 12/2011), de autoria do Deputado Federal Rubens Bueno (PPS/PR), a fim de justamente normatizar o procedimento previstos no art. 5º, §3º da Constituição Federal[96].

Na sessão em que se deu a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo facultativo, únicos documentos até agora aprovados nos moldes do art. 5º, §3º da Constituição Federal, utilizou-se a lógica da primeira interpretação proposta por Valerio de Oliveira MAZZUOLI. Naquela oportunidade, porém, conturbada foi a discussão acerca do procedimento a ser adotado para votação da referida convenção.

Com efeito, a mensagem encaminhada à Mesa do Congresso Nacional para análise da convenção fazia referência expressa à incorporação do instrumento por meio do disposto no art. 5º, §3º da Constituição Federal, o que gerou dúvidas acerca da competência do Executivo em escolher o trâmite a ser seguido pelo tratado[97]. Alguns parlamentares, como Antônio Carlos Magalhães Neto (DEM/BA) e Zenaldo Coutinho (PSDB/PA), asseveraram que a decisão do procedimento a ser adotado caberia ao próprio Congresso Nacional e não ao Poder Executivo, tese que prevaleceu, embora o então presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, considerasse que, havendo requisição do Executivo, a Mesa do Congresso estaria vinculada a ela.

Após, em novo questionamento feito por José Carlos Aleluia (DEM-BA), determinou-se que a votação acerca da aprovação da convenção dar-se-ia normalmente, sendo submetida a segundo turno somente na hipótese de ter alcançado, no primeiro, o *quorum* qualificado de três quintos.

---

[96] Atualmente o projeto está "aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Para mais informações: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491648>. Acesso em 7 out. 2013.

[97] Na lição de André de Carvalho RAMOS, em razão da ausência de procedimento regulatório, a adoção do trâmite especial pode ser sugerida tanto pelo Presidente da República, na mensagem de envio do texto do tratado ao Congresso Nacional, como se deu no caso em análise, ou adotado, *sponte sua*, pelo próprio Poder Legislativo (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 270.

Circunstância que restou unânime é que, como já visto, o art. 5º, §3º da Constituição Federal apenas deu equivalência de emenda constitucional às convenções e tratados de Direitos Humanos aprovados pelo rito previsto no dispositivo[98]. Dessa forma, não há que se cogitar a adoção, para aprovação de normas internacionais, do procedimento previsto pela Constituição Federal para as emendas constitucionais.

Em síntese, conclui-se que a única distinção entre os dois procedimentos possíveis para a incorporação de tratados no Brasil é o *quorum* de aprovação na fase de deliberação parlamentar: no comum, será de maioria simples; no especial, de três quintos, em dois turnos de votação.

3.3 A SUPRALEGALIDADE: ALTERAÇÃO DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF ACERCA DO STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

O fato de o conteúdo das normas dos tratados de Direitos Humanos referir-se ao núcleo de direitos essencial à existência humana as coloca, inegavelmente, em posição de destaque em relação às demais normas internacionais. Tanto é assim que, como visto, a elas é dada natureza de *jus cogens*, isto é, normas reconhecidas por toda a sociedade internacional e das quais não se admite derrogação.

Começou-se a perceber, então, que a tese da legalidade ordinária dos tratados (sem sopesar sua natureza), adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde o RE nº 80.004/SE, não era mais compatível com as conjunturas constitucional e internacional contemporâneas.

A existência de um “Estado Constitucional Cooperativo” é, segundo Gilmar Ferreira MENDES, uma das principais razões para a superação do paradigma anterior. Segundo a teoria, desenvolvida por Peter Häberle, o Estado Constitucional desenvolvido por um país serve de exemplo para os demais membros da sociedade internacional e, nesse cenário, ganham

---

[98] A transcrição da sessão em que se deu a discussão descrita encontra-se neste sítio eletrônico: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAIO2008.pdf#page=306>. Acesso em 8 out. 2013.

especial relevância os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais:

> Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos um "Estado Constitucional Cooperativo", identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais, membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.
> (...) no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre interno e externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. (...) não se pode deixar de considerar a proteção dos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sociopolítica do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana[99].

Aliado a isso está a inclusão do parágrafo terceiro ao art. 5º da Constituição Federal, que apontou nitidamente para a importância das normas internacionais de Direitos Humanos ao possibilitar que fossem equiparadas às Emendas Constitucionais mediante aprovação por *quorum* específico.

Na seara prática, porém, a deficiência da legalidade ordinária somente foi constatada pelo Supremo Tribunal Federal quando a Corte foi instada a se manifestar acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Como é sabido, a maioria dos diplomas mais desenvolvidos acerca de Direitos Humanos proíbe qualquer espécie de custódia civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionado o caso do devedor voluntário de alimentos. No Brasil, porém, o texto expresso da Constituição brasileira admite a prisão do depositário infiel (CRFB, art. 5º, LXVII), sendo a medida coercitiva regulada no ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, pelo art. 652 do Código Civil e pelo art. 904, p. único, do Código de Processo Civil. A disposição, todavia, contraria o *Pacto de San José da Costa Rica*, que, em seu art. 7º, número 7, somente excetua a prisão civil no caso do inadimplemento da obrigação alimentar. Não é difícil notar que a disposição da norma internacional traz mais garantias do que o próprio texto constitucional.

Nessa linha, um tratamento diferenciado inegavelmente era exigido

---

[99] MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 35.

para questão de conflito entre normas internas e internacionais.

Conforme exposto, a doutrina divide-se em quatro posições essenciais acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos: a *supraconstitucionalidade*, a constitucionalidade, a *supralegalidade* e a legalidade ordinária.

A adoção da primeira posição, segundo Gilmar Ferreira MENDES, encontraria óbice no fato de que grande parte dos Estados adota, como princípio constitucional basilar, a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. A adoção da *supraconstitucionalidade* impediria a possibilidade de controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais e abriria um perigoso caminho a uma eventual produção normativa nociva às ordens constitucionais internas, em razão da abrangência semântica da expressão "Direitos Humanos"[100].

O autor também sustenta que as bases teóricas da segunda corrente teriam sido esvaziadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, já que a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 5º seria uma declaração eloquente de que as convenções sobre Direitos Humanos já ratificadas pelo Brasil não mais poderiam ter equivalência às normas constitucionais[101-102].

Tendo em vista essa questão e com a nítida insuficiência da tese da legalidade ordinária, no julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal passou a aderir à corrente da *supralegalidade* dos tratados sobre Direitos Humanos. Em elucidativo excerto do aresto, extrai-se as razões preponderantes para adoção da tese em detrimento das demais:

> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão

---

[100] *Ibidem*, p. 28-29.

[101] *Ibidem*, p. 32.

[102] Em sentido contrário, Flávia Piovesan leciona que o art. 5º, §3º, da Constituição Federal não esvaziou a hierarquia constitucional das normas. Do contrário, pois "o *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. (...) há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana (...) a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela" (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 128).

> constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
> (...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana[103].

Em suma, ao acolher a tese da *supralegalidade*, o Supremo Tribunal Federal tentou, ao mesmo tempo, dar alento ao princípio da supremacia formal e material da Constituição Federal sobre as demais normas do ordenamento jurídico e conferir tratamento especial aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Verifica-se, assim, que, a partir do acórdão, o STF consagrou a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, conferindo hierarquia diversa às normas de acordo com a forma com que foram aprovadas no Congresso Nacional: teriam *status* constitucional aquelas que foram aprovadas pelo rito especial do art. 5º, §3º e *supralegal* aquelas que não o foram[104].

3.4 CONSEQUÊNCIAS E CRÍTICAS À CONJUNTURA ATUAL

3.4.1. O Efeito Paralisante dos Tratados Internacionais *Supralegais*

Em termos práticos, a adoção da corrente da *supralegalidade* dos tratados internacionais de Direitos Humanos implica na superação do critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal até então para resolução de conflitos

---

[103] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 09 dez. 2013.

[104] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 269-270.

entre normas internacionais e internas, qual seja, o da *lex posterior derrogat priori*.

Curioso, porém, é que a solução encontrada não mais se refere à revogação de normas, mas sim à eficácia paralisante da legislação que se encontra em contrariedade às disposições do tratado. Em outras palavras, as convenções internacionais não revogam as leis internas, mas, em razão de sua posição hierarquicamente superior (entre a Constituição e o restante do ordenamento), paralisam a aptidão da legislação de produzir seus efeitos.

No caso específico da prisão civil do depositário infiel, o art. 7º, nº 7, do *Pacto de San José da Costa Rica*, ao congelar a eficácia da legislação infraconstitucional que regulamentava o art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, retira a base legal que viabilizava a decretação da custódia civil, tornando-a inviável, sem, contudo, revogar as disposições constitucionais ou infraconstitucionais:

> Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.
> Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.
> Tendo em vista o caráter supra legal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (...).
> Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel[105].

Cumpre destacar, também, que foi com base nesse critério para

---

[105] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 09 dez. 2013.

solução de antinomias que o Supremo Tribunal Federal editou, em 16/12/2009, a Súmula Vinculante nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

A posição da Corte, porém, não passou indene de críticas da doutrina nacional.

Ingo Wolfgang SARLET, por exemplo, além de ser partidário da tese da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, critica a posição da *supralegalidade* adotada pelo Supremo Tribunal Federal, julgando-a contraditória. Para o doutrinador, com a adoção do enunciado da Súmula Vinculante nº 25 e da corrente da *supralegalidade* simultaneamente, a Corte acabou por dar maior valor ao *Pacto de San José da Costa Rica* do que à própria literalidade do texto constitucional, indo de encontro ao objetivo antes pretendido de impedir suposta violação ao princípio da supremacia da Constituição:

> Embora alguns ministros tenham votado em favor da hierarquia constitucional, esta foi afastada, em parte em virtude do argumento de que tal hierarquia levaria a um indesejável e incontrolável processo de ampliação do bloco de constitucionalidade, além do problema da adequada definição de quais são realmente os tratados de direitos humanos e do que terá hierarquia constitucional - todo tratado ou apenas as disposições que consagram direitos -, o que deflui basicamente do voto do Min. Gilmar Mendes, onde também restou mantida a tese de que tratados, no ordenamento interno, poderão ser declarados inconstitucionais, de modo que para tanto não podem ter hierarquia igual à da Constituição.
> Todavia, embora a consagração, pelo STF, da hierarquia supralegal, a posição adota pelo mesmo Tribunal no caso da prisão civil do depositário infiel revela que a questão é bem mais complexa e polêmica. Com efeito, ao editar a Súmula Vinculante 25/2009, proibindo a prisão do depositário infiel a qualquer título, o STF acabou, notadamente ao vedar qualquer hipótese de prisão de depositário infiel, dando, neste caso pelo menos e no que diz com os efeitos da decisão, maior valor ao tratado que à Constituição, já que a previsão, no art. 5º, LXVII, da CF, da hipótese de prisão do depositário infiel, resultou letra morte, vedada, pelo STF, até mesmo a criação, por lei, de nova modalidade de prisão civil, pelo menos a prevalecer o entendimento atual[106].

André de Carvalho RAMOS, por sua vez, dirige sua crítica à existência da teoria dos dois estatutos (ou duplo estatuto), apontando a necessidade de reforma da Constituição para alçar ao *status* constitucional todos os tratados de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil:

---

[106] SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 302.

> (...) cabe ressaltar que a adoção pelo STF da teoria dos dois estatutos (*supralegal* e *constitucional*) dos tratados de direitos humanos merece revisão. Como os votos da minoria demonstram, a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos (e não somente os aprovados pelo rito especial) atende melhor a interpretação em conjunto dos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 1º, inciso III e o art. 5º, §2º, além de ser mais um passo na consolidação do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e da afirmação dos direitos de todos, superadas as desigualdades sociais e regionais que ainda assolam o país. Ocorre que a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao invés de auxiliar na reorientação do STF a favor do estatuto constitucional dos tratados de direitos humanos, permitiu, ao usar a expressão "que forem", o fortalecimento da tese que há duas espécies de tratados de direitos humanos.
> Caso essa minoria não consiga se afirmar no STF, a solução mais adequada é revisar o texto da Constituição e deixar claro o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, eliminando a expressão "que forem", que enfraquece, inclusive, a adoção de uma teoria de recepção formal dos tratados anteriores[107].

Também crítica da teoria dos dois estatutos, Flávia PIOVESAN ensina que a lógica adotada no Brasil permitiria que um pacto adjeto (denominado internacionalmente de Protocolo) passasse a ter hierarquia superior ao tratado base que lhe deu origem, o que "importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro"[108].

3.4.2. O Controle de Convencionalidade e o Controle de Supralegalidade

Outra consequência de extrema relevância da adoção da tese da *supralegalidade* é o surgimento, no Brasil, de dois controles complementares e coadjuvantes ao controle de constitucionalidade: o controle de convencionalidade e o controle de *supralegalidade*.

Como visto, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais acerca de Direitos Humanos passaram a ingressar na ordem jurídica brasileira de duas formas: com equivalência às emendas constitucionais, caso aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros; ou com *status supralegal*, na hipótese de serem aprovados com *quorum* diferenciado.

Relembrada essa premissa, é imperioso concluir que, atualmente, a

---

[107] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 271-272.
[108] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 128-129.

legislação interna infraconstitucional não deve mais obediência tão somente à Constituição Federal, devendo encontrar-se em conformidade também com os tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pela República Federativa do Brasil.

Diferenciando os controles de compatibilização da legislação interna com o conteúdo dos tratados internacionais, ensina Valerio de Oliveira MAZZUOLI:

> A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante (jamais *subsidiário*) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no País) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Já o *controle de supralegalidade* (...) é a compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns, que se situam acima delas, por deterem *status* supralegal[109].

Observa-se, assim, que o controle de supralegalidade é mecanismo mais específico do que o controle de convencionalidade. O primeiro tem como objeto específico os tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal e, por isso, têm hierarquia *supralegal*. Para os demais tratados, incluindo os equivalentes às emendas constitucionais, aplica-se o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade pode ser exercido pela via difusa ou concentrada (pelo STF), desde que, nesta última hipótese, a violação diga respeito à tratado aprovado de acordo com o art. 5º, §3º, da Constituição Federal. O controle de supralegalidade, porém, somente pode ser exercido de forma difusa[110].

Nessa trilha, ponto peculiar seria a possibilidade ou não de o Supremo Tribunal Federal exercer, por meio de Recurso Extraordinário, o controle difuso de supralegalidade, frente ao texto do art. 102, III, da Constituição Federal[111].

---

[109] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208 (grifos do autor).

[110] MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 1265.

[111] CRFB, art. 102, III: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida

Sobre o tema, leciona Luiz Guilherme MARINONI:

> Questão interessante se relaciona com a oportunidade de o STF realizar controle difuso, em face de direito supralegal, mediante recurso extraordinário. É que se poderia argumentar, em primeiro lugar, que tratado não constitui norma constitucional e, depois, que violação de direito supralegal não abre oportunidade à interposição de recurso extraordinário (art. 102 da CF). É óbvio que tratado não se confunde com norma constitucional, podendo assumir este *status* quando aprovado mediante *quorum* qualificado do §3º do art. 5º da CF. Sucede que também certamente não se equipara, na qualidade de direito supralegal, com direito federal, cuja alegação de violação abre ensejo ao recurso especial (art. 105 da CF). Lembre-se que o STF admitiu e julgou recurso extraordinário em que se alegou violação de direito reconhecido como supralegal exatamente quando enfrentou a questão da legitimidade da prisão do depositário infiel[112].

Vê-se, dessa forma, que a criação, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma categoria de norma situada entre a Constituição e a legislação infraconstitucional gerou uma zona de penumbra que pode inviabilizar o próprio controle difuso de *supralegalidade*, pois não há, na Constituição Federal, previsão expressa do Tribunal Superior responsável por sua realização. Porém, como a questão foi conhecida quando do julgamento do RE 466.343/SP, acredita-se que o controle difuso de *supralegalidade* é de incumbência do Supremo Tribunal Federal. Não seria estranho, todavia, que, em face do art. 105, III, a, da Constituição Federal[113], a função fosse exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, pela via do Recurso Especial.

Por fim, convém reforçar que a existência dos controles de convencionalidade e de *supralegalidade* não exclui a incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aprovados segundo o procedimento do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, do bloco de constitucionalidade, servindo estas normas como parâmetro para o controle de constitucionalidade[114].

---

lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[112] MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 1265-1266.

[113] CRFB, art. 105, III, a: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".

[114] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria**..., p. 278.

CONCLUSÃO

Embora conte com outros precedentes históricos, a preocupação com os Direitos Humanos decorre de uma maior valorização do indivíduo, característica do período posterior à Segunda Guerra Mundial. A consciência da necessidade de ampliação da tutela dos direitos básicos do ser humano, em decorrência das violações observadas durante o conflito, deu origem a diversas organizações, convenções e tratados internacionais.

Essas normas internacionais, em que pese exista divergência doutrinária, necessitam de incorporação ao direito interno para serem aplicáveis, pois, segundo a atual jurisprudência do STF, o Brasil adota a teoria dualista moderada. Tal processo de internalização constitui procedimento solene, composto de diversas etapas, com a participação do Poder Executivo e Legislativo.

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, o procedimento para aprovação de tratados internacionais, independentemente de sua natureza, era o mesmo. A referida norma constitucional derivada, porém, veio a criar um mecanismo específico de incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, possibilitando sua equivalência às Emendas Constitucionais, caso fossem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por voto de três quintos dos respectivos membros.

Com a medida, aparentemente, objetivava o legislador por fim à discussão a respeito do *status* normativo com o qual as normas de Direitos Humanos ingressavam no direito interno, já que existem basicamente quatro correntes acerca do tema: a da *supraconstitucionalidade*, a da constitucionalidade, a da *supralegalidade* e a da legalidade ordinária.

O legislador, contudo, notoriamente falhou em sua tentativa, pois a doutrina continuou aglutinada na defesa da constitucionalidade das normas internacionais de Direitos Humanos, independentemente do *quorum* de aprovação pelo Parlamento, em decorrência do caráter materialmente constitucional de seu conteúdo.

Na seara jurisprudencial, a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 5º

da Constituição Federal contribuiu para mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Historicamente, desde o julgamento do RE 80.004/SE, o STF foi partidário da corrente da legalidade ordinária, alterando seu entendimento somente em 2008, com o julgamento do RE 466.343/SP, em que adotou a tese da *supralegalidade*. Da análise da fundamentação do último aresto, constata-se que o medo do alargamento excessivo do bloco de constitucionalidade, por parte da maioria dos Ministros que compunha a Corte, impediu a adoção da corrente da constitucionalidade, desposada pela maioria da doutrina nacional.

Atualmente, portanto, no que toca às normas internacionais de Direitos Humanos no Brasil, adota-se a teoria do duplo estatuto, a qual reconhece a existência de tratados internacionais em dois patamares distintos: o *supralegal* e o constitucional.

A doutrina, contudo, não vê com bons olhos a existência de convenções internacionais em hierarquia distinta, pois cria uma série de incongruências dentro do ordenamento jurídico brasileiro como, por exemplo, a possibilidade de um Protocolo ter hierarquia superior ao tratado que lhe deu origem.

A despeito disso, a elevação das normas internacionais de Direitos Humanos ao patamar *supralegal* e constitucional confere maior importância aos controles de convencionalidade (entre direito interno e tratados internacionais de forma geral) e de *supralegalidade* (entre leis ordinárias e convenções internacionais *supralegais*).

Nessa senda, na atual conjuntura, uma norma deve não só se encontrar em conformidade com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais de Direitos Humanos *supralegais*. Do contrário, estando em conflito com a convenção internacional, a lei terá seus efeitos paralisados, deixando de ter eficácia, tal qual aconteceu com os dispositivos que regulamentavam o procedimento de decretação da prisão civil do depositário infiel.

Ante todo o exposto, conclui-se que, conquanto tenha se verificado um progresso em relação ao tratamento das convenções internacionais de Direitos Humanos no Brasil, o receio de que uma maior abertura a esse tipo de norma seja nocivo à soberania nacional, sobretudo por parte do Poder Judiciário e

Legislativo, ainda é circunstância presente no trato da questão. Perde, com isso, todos aqueles que seriam beneficiados pela ampliação não só do rol de direitos previstos constitucionalmente, como também da eficácia da tutela da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado**: Teoria e Prática Brasileira. 5. ed. atual e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. A Teoria dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80004/SE**. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Xavier de Albuquerque. Brasília, 1º jun. 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/AT - ARGENTINA**. Relator: Celso de Melo. Brasília, 17 jun. 1998. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº. 8279/AT-Argentina**. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Relator: Celso de Mello. Brasília, 17 jun. 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 09 dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como Mutação da Constituição.** São Paulo, 2011. 360 f. Dissertação (Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FRAGA, Mirtô. **A Obrigatoriedade do Tratado da Ordem Interna**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/966/R16 2-23.pdf?sequence=8> Acesso em 30 jul. 2013.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio. Ainda o status sobre Direitos Humanos no Direito brasileiro: variação sobre um mesmo tema. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**,

São Paulo, v. 79, p. 40/52, abr./jun. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: Um Diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. rev., amp. e atual. Bahia: JusPodivm, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 13. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Silvia Pradines Coelho. **A Participação do Legislativo no Processo de Celebração dos Tratados**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/79/Ribeiro%20Silvia.pdf?sequence=1> Acesso em: 30 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria dos Direitos Fundamentais. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual e amp. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, José Afonso. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem. _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed, rev. e atual. São Paulo:

Malheiros, 2009.

_____. **Comentários Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.