

A RELAÇÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

THE RELATIONSHIP BETWEEN SUPREME FEDERAL COURT AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Gabriel Leví Borges De SOUZA¹

Ana Paula Bagaiolo MORAES²

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2017.664

RESUMO

Desde a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional tem expressado seu forte interesse na proteção e garantias dos Direitos Humanos por meio da formulação de tratados internacionais. Seguindo preceitos constitucionais o Brasil, nas últimas décadas, ratificou diversos desses tratados. Ainda assim, aparentamos estar bastante longe do ideal desses instrumentos internacionais. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável por ditar como as convenções internacionais se relacionam com o ordenamento jurídico interno, este trabalho busca definir e analisar como se dá tal relação, de modo a verificar se ela é suficiente para suprir os anseios da comunidade internacional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; tratados internacionais; Direitos Humanos.

¹ Discente da Faculdade de Direito de Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Iniciação Científica (PIBIC 2017-2018).

² Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2011), Especialista pela Fundação Armando Álvares Penteado em Direito do Agronegócio (2010) e Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2008).

ABSTRACT

Since World War II, the international community has expressed a strong interest to protect and guarantee the Human Rights by formulating international treaties. Following the constitutional's precepts, in the last decades, Brazil has ratified many of these treaties. Nevertheless, we seem to be way far from these international instruments' ideal. Once the Brazilian Supreme Court of Justice is responsible for dictate how the international conventions relate with the Brazilian legal order, this paper seeks to define and analyze how this relation works in order to verify if it is sufficient to supply the international community's claims.

Keywords: *Brazilian Federal Court of Justice; international treaties; Human Rights.*

1 INTRODUÇÃO

O conjunto de normas internacionais de direitos humanos vem crescendo substancialmente, sendo que a principal forma utilizada para universalizar tais direitos tem sido por meio da edição de tratados internacionais de direitos humanos. De forma a honrar o §4º, inciso II da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro tem ratificado vários tratados de direitos humanos nas últimas décadas, isso sem mencionar as inúmeras resoluções e declarações internacionais sobre a mesma matéria que o Brasil também se sujeitou.

Para ilustrar essa tendência brasileira em ratificar tratados podemos citar, a nível mundial, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); a Convenção Contra a tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); o Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003); entre outros, sendo que somente elencados os tratados aprovados entre o final da 2ª Guerra

Mundial e a promulgação da EC 45/2009, além de que não foram mencionados os tratados relativos a direitos do trabalhadores e os exclusivamente voltados à proteção do meio ambiente.

Levando em conta o mesmo período, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, que teve sua implementação com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Estado brasileiro não só a ratificou, como também a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (1990); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); a Convenção Interamericana sobre Tráfico de Menores (1994); e a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Nas palavras de André Ramos:

O auge dessa disposição brasileira em aceitar tratados de direitos humanos ocorreu em 2009, quando o Brasil incorporou internamente, após aprovação pelo rito especial do artigo 5º, §3º, da Constituição, dois tratados agora com estatuto constitucional indiscutível, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.³

Portanto, resta evidente o compromisso brasileiro com os Direitos Humanos, aliás, ao ver a grande variedade de tratados ratificados, imagina-se que diversas dessas leis já estejam em estágio avançado de implementação e que o Poder Judiciário já esteja repleto de decisões consagrando tais direitos.

Porém, esta não é uma realidade, pois o que se nota no âmbito doméstico é que os Direitos Humanos vem sendo banalizados e pouco aplicados pelos juízes e tribunais nacionais, este cenário faz com que o bem-estar social não evolua de acordo com o entendimento da comunidade internacional, o que pode trazer consequências ao Brasil e aos que este país habitam.

Essa situação de não aplicação das normas de direitos humanos está fortemente relacionada a forma pela qual as convenções internacionais

³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 303.

de direitos humanos se relacionam como o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, a Constituição Federal de 1988 não pormenoriza o momento em que o Estado brasileiro passa a se vincular a um tratado após ratificá-lo e também não especifica qual é a posição hierárquica desses tratados após a integração em nosso leque de normas.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela interpretação e guarda de nossa Constituição, restou incumbido de preencher essas lacunas de nossa Carta Magna, tendo mudado de opinião algumas vezes acerca do tema. Portanto, é indispensável um estudo acerca das decisões proferidas pelo STF ao longo dos anos, para que, então, possamos avaliar a realidade atual dos tratados de direitos humanos no Estado brasileiro e sugerir possíveis mudanças que tragam maior proteção ao ser humano em nosso país.

2 O STF E A ENTRADA EM VIGOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Antes de tratarmos especificamente da hierarquia dos tratados de direitos humanos, necessário se faz fazer algumas análises sobre a entrada em vigor desses tratados. De modo geral, os tratados internacionais acompanham a nossa sociedade há vários séculos, porém, por muito tempo não tiveram suas peculiaridades e formalidades escritas num texto fixo, de modo que durante um longo período não era possível entender e definir diversos aspectos jurídicos desses instrumentos, dentre eles, o momento em que o Estado está de fato vinculado a um tratado internacional.

No entanto, no ano de 1969 a Organização das Nações Unidas, em um esforço conjunto com diversos Estados, criou a Convenção de Viena de 1969, com o fito de estabelecer as regras que norteariam os acordos internacionais, dar maior segurança jurídica aos signatários e evitar, assim como sanar, possíveis incertezas e embaraços que viriam a aparecer durante a celebração dos tratados.

Conforme aponta Thales Dicler, neste momento, então, pode-se dizer que o Direito dos Tratados passa a ter um caráter essencial para a interação entre os Estados, devendo ser visto como elemento indispensável

para o atingimento dos objetivos das Organizações Internacionais, como paz, cooperação e amizade entre os povos.⁴

A Convenção de Viena de 1969 é, sem sombra de dúvidas, o instrumento mais importante e completo no se refere ao Direito dos Tratados, segundo Valério Mazzuoli, regula desde questões pré-negociais, até o processo de formalização dos tratados, sua entrada em vigor, aplicação provisória, observância e interpretação, bem assim, nulidade, extinção e suspensão de sua execução.⁵

Aliás, não obstante ser, inicialmente, vinculante somente aos Estados signatários, a Convenção, posteriormente, passou a ter autoridade jurídica sobre todos os tratados celebrados no mundo, incluindo aqueles pactuados entre Estados que não a ratificaram. Ensina Antônio Medeiros que, por conta desta abrangência, esta Convenção é geralmente aceita como “declaratória de direito internacional geral”, podendo ser caracterizada como direito consuetudinário.⁶

A Convenção de Viena de 1969 entrou em vigor em 1980, após o depósito da 35ª ratificação, conforme dispõe seu artigo 84. No Brasil o texto da Convenção foi encaminhado para apreciação legislativa somente em 1992, sendo que 2009 foi aprovada, de modo que o Brasil depositou o instrumento de ratificação junto às Nações Unidas e, logo após, o presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva promulgou e publicou tal decisão no Diário Oficial da União.

Analizando-se os artigos na Convenção de Viena de 1969 que rege o processo acima mencionado, nota-se que este tem uma metodologia bastante complexa, por contemplar fases internacionais e nacionais. O *iter* procedimental inicia-se pelas negociações preliminares, seguidas pela adoção do texto, que, posteriormente, será autenticado e assinado, para, finalmente, ser ratificado e depositado, passando, então, a ter efeitos para o Estado ratificante.

Porém, no momento, nos interessa tratar dos atos procedimentais que vinculam diretamente os Estados aos tratados. E, segundo a Convenção

⁴ Cf. DICLER, Tales Novaes Francis. **A hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e o controle de convencionalidade das leis**. TC. Faculdade de Direito de Franca, 2015. p. 10.

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 197.

⁶ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Atualização do Direito dos Tratados**. In: _____. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 20.

de Viena⁷, excetuando-se os tratados definidos pelo seu artigo 12, são apenas três os atos que tem tal capacidade, sendo estes a adesão, a ratificação e a troca ou depósito.

A ratificação é o passo seguinte à assinatura (no âmbito internacional) e, mais precisamente, após o referendo (no âmbito doméstico). É abalizada como fase final da formação dos tratados, sendo assim, a mais relevante. Entende-se, portanto, que a partir de tal momento o Estado está devidamente vinculado aos termos do tratado e suas possíveis responsabilizações em caso de descumprimento. Do ponto de vista de Francisco Rezek, a ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.⁸

A ratificação concretiza-se de fato pela troca ou depósito do instrumento de ratificação (carta de ratificação, assinada pelo Chefe de Estado e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores) em lugar propício que tenha assumido a custódia dos depósitos, sendo um Estado ou órgão internacional. Manoel Rocha pontua que a troca é comumente encontrada em tratados bilaterais, em contrapartida o depósito é mais utilizado em tratados multilaterais. Dessa forma, a troca ou o depósito é o ato pelo qual dá-se conhecimento internacional do comprometimento do Estado ratificante para com o tratado ratificado.⁹

Já a adesão, só poderá ser encontrada em tratados internacionais multilaterais e, segundo Valério Mazzuoli, consiste na manifestação unilateral de vontade do Estado, que exprime sua vontade de se tornar parte de determinado tratado que não negociou nem assinou, ou, se assinou, não o ratificou por qualquer circunstância ou o denunciou.¹⁰ Logo, é um ato que foge a lógica da formação dos tratados, já que ocorre após a formulação do tratado em si.

Como demonstrado, com a ratificação, o depósito ou a adesão ao tratado é que o Estado ratificante passa a ser obrigado perante ao tratado

⁷ ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Viena, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 04 de set. 2017.

⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

⁹ Cf. ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **Direito internacional público – resumido**. 2. ed. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2017. p. 58-59.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 266.

internacional e a comunidade internacional, não havendo necessidade de qualquer outro procedimento seja no âmbito internacional ou interno.

Apesar do exposto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é que o depósito ou troca da ratificação só vinculam o Estado ao tratado em questão no âmbito internacional, de modo que para este ter vigência no plano interno deve ser promulgado e publicado um Decreto Executivo por parte do Presidente da República no Diário do Oficial da União.

Referido entendimento encontra demonstrado na decisão que recusou o cumprimento da Carta Rogatória nº 8279, expedida pela Argentina, decidindo de forma unânime que o Protocolo sobre Cumprimento de Medidas Cautelares, firmado no âmbito no Mercosul, não vinculava o Estado brasileiro internamente, pois ainda não havia sido promulgado e publicado, ainda que já estivesse ratificado pelo Brasil. Salienta-se que até então, os tratados eram tratados pelo STF da mesma forma, independente da matéria tratada.

Para melhor elucidar a questão, necessária se faz conferir alguns trechos do referido julgado:

Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. [...] A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional

público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.¹¹

Assim, segundo o STF, há a necessidade da promulgação e publicação de um Decreto Executivo para que o tratado internacional tenha vigor no âmbito interno. Ocorre que tais procedimentos são desnecessários, pois a publicidade da entrada em vigor de um tratado deve somente ser atestada internamente, por meio de um aviso da ratificação sem grande formalidades.¹²

Ademais interpretação de nossa Corte Superior fere gravemente a Convenção de Viena de 1969¹³, para a entrada em vigor de um tratado internacional de forma ordinária, seja lá qual for o âmbito (internacional ou interno), basta o depósito ou a troca da ratificação, de modo que a adição de novos procedimentos que tornem mais dificultosa a entrada em vigor dos tratados podem, até mesmo, trazer futuras responsabilizações perante as Cortes internacionais ou até mesmo retaliações de Estados interessados na implementação de um tratado que esteja nessa situação.

No entendimento de José Carlos de Magalhães, essa promulgação executiva do texto convencional, insista-se, não está prevista na Constituição Federal, e o STF não foi capaz de apontar em qual dispositivo se fundamentou para essa interpretação.¹⁴ Esta incapacidade existiu, pois referida norma não existe, nem nunca existiu em nenhuma das Constituições passadas. Portanto, diferentemente do entendimento da Corte Suprema Nacional, quando há silêncio da Constituição em relação à necessidade de transformação de norma internacional em norma de Direito interno, por lógica, não há necessidade de tal procedimento ser realizado.

Também cabe ressaltar que essa prática imposta pelo STF traz grande insegurança à comunidade internacional, pois, os países teriam ampla liberdade para não cumprir as obrigações que contraíram no plano internacional, bastando simplesmente alegar que ainda não concluíram

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Acórdãos, 10 agosto 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 02 set. de 2017.

¹² Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 310-311.

¹³ ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena, 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 04 de set. 2017.

¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 74.

procedimentos internos que ao ver do ordenamento internacional são desnecessários. Salienta-se que existem casos em que a publicação foi realizada anos após a entrada em vigor do tratado na órbita internacional.

Pior ainda, o Presidente da República de forma discricionária pode não só adiar a publicação do Decreto Executivo, como também sequer editá-lo, impedindo de forma discricionária que as normas presente no tratado internacional em questão tivessem efeito, o que, em matéria de direitos humanos, pode trazer graves consequências a realidade do povo brasileiro.

3 O STF E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O debate em torno da hierarquia das convenções internacionais em relação à legislação nacional, apesar de ter ganhado destaque nos últimos 40 anos, tem sido presente no Supremo Tribunal Federal há mais de um século.

Já no ano de 1914, nossa Corte Suprema decidia sobre o Pedido de Extradicação nº 07 de 1913, na oportunidade havia uma contradição entre a Lei nº 2.416 de 1911 e um acordo internacional vigente entre Brasil e Alemanha, os diplomas regulavam de forma diferente questões acerca da extradicação de nacionais e estrangeiros. *In casu*, decidiu o STF de forma unânime pelo acatamento do pedido de extradicação, dando, portanto, supremacia ao tratado firmado.¹⁵

Flávia Piovesan relembra a Apelação Cível nº 7.872 de 1943, na qual o Ministro Philadelpho Azevedo em seu voto que ao final sairia vencedor, entendeu que a única maneira de um tratado ser revogado era por meio de um instituto específico do Direito Internacional, qual seja a denúncia, não podendo lei interna ter esse efeito.¹⁶

Podemos ainda mencionar a explanação do Ministro Orozimdo Nonato na decisão proferida no âmbito da Apelação Cível nº 8.332 de 1944, reproduzida por Patrícia Henriques Ribeiro:

¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. vol. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 130.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.

Todavia [...] parece-me que o Estado, vinculado por Tratado, não pode citar lei alguma que contrariasse esse tratado. [...] Enquanto não fizer a denúncia não pode ser descumprido o tratado e a obrigatoriedade de sua observância, a não ser que se use desse meio específico, acarreta a consequência de que o Estado continua preso ao tratado.¹⁷

Pelo colacionado acima é notório que no início do século XX que o STF atribuía aos tratados internacionais estatuto especial, ou melhor dizendo, *status* supralegal destes em relação ao ordenamento jurídico interno. Ademais, de forma acertada, entendia a Corte Suprema que a única maneira de um tratado perder a vigência no âmbito interno era por meio da denúncia do mesmo, mas nunca pela simples edição lei doméstica.

Ocorre que, no ano de 1977, tal entendimento foi alterado drasticamente, quando o STF foi instado a julgar o Recurso Extraordinário 80.004/SE¹⁸ que tinha como objeto um conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (em vigor desde o Decreto nº 57.663 de 1966) e o Decreto-lei nº 427/69 (lei interna posterior). A antinomia existente restava na necessidade ou não do aval oposto na nota promissória, vez que tal obrigatoriedade não estava presente na norma internacional.

No caso, sustentou a maioria dos Ministros que a lei interna teria validade no caso concreto, pois é posterior à norma internacional, ou seja, foi aplicado o critério *lex posterior derogat priori*. Sendo assim, a partir de então seja qual fosse a lei editada no âmbito interno, se ela fosse posterior a ratificação do tratado internacional, aquela retiraria vigência deste, fazendo um verdadeiro *treaty override*. Com isso, temos que existe a paridade normativa entre os tratados internacionais e as leis ordinárias nacionais, ou seja, ambas as normas tem o mesmo nível hierárquico e o mesmo grau de eficácia no plano interno. E, então, surge a possibilidade de um compromisso internacional ser revogado internamente com a simples edição de uma lei ordinária posterior.

Ocorre que, quando se trata particularmente de tratados de direitos humanos, a Constituição brasileira parece garantir uma proteção

¹⁷ RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno:** conflito entre o ordenamento brasileiros e normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 150-151.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004/SE**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Julgamento: 03.09.1975 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>> Acesso em: 04 set. 2017

maior aos mesmos no §2º, do seu artigo 5º, da CF/88. Pois, deste dispositivo, extrai-se que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, não só devem ter aplicação imediata, com também detêm estatuto constitucional, sendo vedada a revogação deste tratados por lei ordinária posterior. É dizer, se os Direitos Humanos garantidos pelos tratados internacionais não devem ser excluídos da Constituição, obviamente, devem ser incluídos na redoma protetiva da mesma, ampliando, assim, seu bloco de constitucionalidade e ganhando *status* de norma constitucional.

Neste sentido, Flávia Piovesan diz que:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional.¹⁹

A não aplicação devida do §2º do artigo 5º da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal gerou um grande quadro insatisfatório, de modo que a doutrina mais abalizada a qualificar de lamentável falta de vontade do Poder Judiciário.²⁰

O mero *status* de lei ordinária, por óbvio, fez com que houvesse grande insegurança jurídica, pois qualquer lei editada a internamente colocaria em xeque ou até mesmo extinguiria diversos direitos que estivessem consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas que fossem contrários ao texto da nova lei. Desse modo a sociedade civil organizada fez grande pressão sobre o Poder Legislativo e este, tentando solucionar a questão, promulgou a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Referida emenda acrescentou o §3º ao artigo 5º, com os seguintes dizeres: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

¹⁹ PIOVESAN apud SCHUELTER, Cibele Cristiane. **Tratados internacionais e a lei interna brasileira**: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2003. p. 136.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 174.

tumos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”²¹

A escrita do novo parágrafo adicionado pela EC 45/2004, então, coloca que os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado terão inegavelmente hierarquia constitucional, já que tal patamar é assegurado às Emendas Constitucionais. Porém, quanto aos tratados aprovados antes da EC 45/2004, o que fez com que nossa Corte Maior fosse novamente chamada a decidir sobre o assunto.

Em 2008, o STF julgou o RE 466.343-1/SP, que tratava sobre a possibilidade da prisão civil no caso do depositário infiel, bem como o conflito entre a lei brasileira e o Pacto de São José da Costa Rica. Dessa vez, decidiu a Corte Maior pela extinção da prisão civil para o depositário infiel no Brasil e por uma hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, dos tratados de Direitos Humanos assinados anteriormente à Emenda 45 de 2004. Assim defendeu o Ministro Gilmar Mendes:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, 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), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.²²

Portanto, ainda que nossa Suprema Corte tenha dado um passo importante no sentido da evolução das garantias fundamentais do cidadão ao admitir que as normas internacionais que tratam de Direitos Humanos são superiores à legislação interna comum, não ter garantiu a todos os tratados de direitos humanos o *status* constitucional, conforme se esperava.

Sendo assim, não faltaram críticas ao texto do §3º do art. 5º, bem como a interpretação do STF. Cançado Trindade em voto proferido no

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de set. 2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Relator Cezar Peluso. Tribunal Pleno. 03.12.2008. DJe: 05.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso em: 04 set. 2017

Caso Damião Ximenes Lopez vs. Brasil, criticou com veemência o referido parágrafo, conforme reproduziu Antônio Medeiros:

Esse retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados se obscurantismo. Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/4004, não se são conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de sus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.²³

Dessa forma, se o Estado brasileiro visa uma real proteção aos direitos humanos dos indivíduos e não deseja ser responsabilizado internacionalmente por violações a esses direitos, tem-se que os tratados internacionais de direitos humanos devem ter *status* constitucional no ordenamento jurídico nacional. E isto independe do *iter* procedimental de aprovação (comum ou similar às emendas constitucionais), também não está vinculado ao *quorum* de aprovação (simples ou qualificado) e sequer importa se foram aprovados prévia ou posteriormente a promulgação da EC 45/2004.

E como suporte normativo para tal posicionamento hierárquico reconhece-se à imperatividade do art. 1º, inciso III e o art. 4º, §2º, ambos da CF/88, dispositivos que estatuem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e a prevalência dos direitos humanos, bem como a interpretação dada ao §2º do art. 5º do mesmo diploma.

Ademais, deve ser considerado o §1º também do artigo 5º que diz: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem

²³ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Atualização do Direito dos Tratados**. In: _____. (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 212.

aplicação imediata”.²⁴ Ora, conforme tal disposição qualquer normas que verse sobre direitos e garantias do indivíduo, tem aplicação imediata, dessa forma não há qualquer diferenciação entre a norma interna e internacional, todas são contempladas pelo bloco de constitucionalidade.

No primeiro momento, aparenta que a manutenção de tal entendimento tornaria inócuo o §3º de art. 5º, que sem sombra de dúvidas foi muito mal formulado, porém a inutilidade de tal dispositivo sequer é possível, tendo em vista o princípio da força normativa das normas constitucionais. Portanto, o que se busca é uma interpretação conforme, para que seja garantida a máxima efetividade da norma constitucional, respeitando-se o caráter expansivo dos direitos humanos e a vedação do retrocesso.

Pelo que se extrai de referida regra, os tratados aprovados pelo quórum qualificado se equivalem à normas constitucionais, ou seja, se diferenciam dos outros tratados no que tange a forma pela qual são aprovados, sendo material e formalmente constitucionais. A relação entre tratados de direitos humanos e as emendas constitucionais é de equivalência, não de igualdade. O art. 5º, §3º, não disse que “A é igual a B”, mas que “A equivale a B”, sendo certo que duas coisas só se equivalem se forem diferentes.²⁵

Por conseguinte, o caráter formalmente constitucional trairia uma diferença básica em relação aos demais tratados que seria em relação à denúncia. Assim, tratados aprovados pelo *quorum* qualificado não poderiam ser denunciados sem antes passarem pelo crivo do Congresso Nacional²⁶ que seguirá o mesmo rito imposto pelo parágrafo 3º do art. 5º da CF/88. Aliás, recorda André Ramos:

A denúncia, então, não pode ser baseada no desejo ideológico de diminuir a proteção já alcançada. Pelo contrário, a justificativa constitucionalmente adequada para a denúncia seria a ocorrência

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de set. 2017.

²⁵ BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparada - União Europeia e Mercosul**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313-314.

²⁶ Nesse ponto, discorda-se de Piovesan (2010, p. 97), tendo em vista que esta acredita que os tratados aprovados por maioria qualificada não poderiam ser denunciados, ocorre que muitos tratados trazem em seu próprio corpo normativo as cláusulas de denúncia. Portanto, ao impossibilitar a denúncia de um tratado internacional por força do §3º do art. 5 da CF/88, estaríamos invocando norma interna para afastar norma internacional e, portanto, ferindo o art. 27 da Convenção de Viena de 1969.

de desvios na própria condução dos tratados (p. ex. politização dos órgãos de controle, ausência de interpretação *pro homine* dos tratados etc.), o que conspiraria a contra a defesa dos direitos humanos. O controle, então, do respeito ao efeito *cliquet* pode ser feito pelo Poder Judiciário.²⁷

Ou seja, deve ser levado em conta o artigo 60, §4º da própria CF/88, que veda a abolição de direitos e garantias fundamentais. Ora, tendo em vista que os tratados de direitos humanos assim que a provados integram o bloco de constitucionalidade, para que deixem de integrar, deve ser por motivo relevante. De modo que não pode ser baseada na vontade de diminuir direitos já garantidos à população.

Os motivos que de fato poderiam ser levantados seriam a má aplicação do próprio tratado de modo que esse começasse a ir contra os princípios norteadores dos Direitos Humanos, por exemplo, politização dos órgãos de controle ou até mesmo ausência de interpretação *pro homine*.

Ressalta-se que no nosso entendimento, todas as denúncias devem ser autorizadas pelo Congresso Nacional. É dizer, mesmo os tratados que foram aprovados pelo rito simples, em havendo a necessidade de denunciá-los, a proposta de denúncia deve ser encaminhada ao Legislativo e só deverá prosseguir caso seja aprovada por maioria simples.²⁸

4 CONCLUSÃO

Bem, ainda que a Convenção de Viena de 1969 seja clara em relação aos atos que vinculam um Estado a um tratado internacional, sendo estes atos a ratificação, o depósito (ou a troca) e a adesão, o STF impõe mais duas fases internas posteriores aos mesmos, a promulgação e a publicação no Diário Oficial da União de Decreto Executivo, para que só então o tratado tenha vigência no plano interno. Como vimos, tal prática pode causar a responsabilização do Estado brasileiro, pois, no lapso temporal que separa os atos realmente vinculantes dos “vinculantes

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 320.

²⁸ A ADIn 1.625 foi distribuída em 19.06.1997 busca a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial nº 2.100/96, ato que expressou a denúncia da Convenção 158 da OIT, entendem os autores que ser inconstitucional denúncia realizada por ato unilateral do Poder Executivo. A referida ação ainda aguarda julgamento.

internamente”, pode o Estado desrespeitar normas internacionais, o que, certamente, acarretará responsabilização internacional.

Com o desenrolar dos estudos, pôde-se, também, determinar que apesar de o §2º, do artigo 5º, da CF/88 dispor pela hierarquia constitucional dos tratados sobre Direitos Humanos, como majoritariamente defende a doutrina, o Excelso Tribunal entendia que tais tratados, bem como as convenções que tratam sobre outros assuntos, deveriam compor o ordenamento jurídico pátrio com equivalência às leis ordinárias.

Mais tarde, com a implementação do §3º no artigo 5º da Constituição, entendeu o STF que os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado deveriam ter *status* constitucional, no entanto quanto aos aprovados antes da EC 45/2004 e os aprovados por maioria simples o debate entre membros da Suprema Corte, bem como entre os doutrinadores, segue conturbado.

Sendo assim, ainda que alguns Ministros de STF entendessem como a parte majoritária da doutrina, ou seja, pela hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos, a tese vencedora foi a de que referidos tratados, em não sendo aprovados pelo *quorum* qualificado, detêm estatuto supralegal, estando acima das leis comuns, porém abaixo da Constituição Federal.

Por óbvio tal entendimento desagradou a doutrina e os defensores dos Direitos Humanos, pois fez com que o §3º se tornasse um retrocesso em relação ao que se deveria extrair do §2º. Sendo assim, no desenvolvimento acima, demonstrou-se uma interpretação mais adequada a tais parágrafos, de modo que não se deteriore a proteção aos Direitos Humanos. Tal interpretação, respeita o §2º, do artigo 5º, da CF/88, defendendo que todos os tratados de direitos humanos devem ter *status* constitucional, pertencendo ao bloco de constitucionalidade nacional, porém os aprovados nos termos do §3º devem ter uma proteção ainda maior, precisando, assim como ocorreu em sua aprovação, de *quorum* qualificado no Congresso Nacional para que possam ser denunciados, caso se entenda que tal tratado já não respeita o princípio *pro homine* e nem consagra a dignidade humana universal.

Em suma, vislumbrou-se uma grande evolução na maneira com a qual o Estado brasileiro (principalmente o STF) se relaciona com os tratados internacionais de direitos humanos, que uma vez foram equivalente a leis ordinária e hoje tem estatuto supralegal ou até mesmo constitucional, todavia há a necessidade de alguns avanços para que seja

dada a devida efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como sejam os direitos humanos fundamentais devidamente garantidos aos cidadãos brasileiros e esteja o Estado imune a responsabilizações internacionais pelo não cumprimento de normas internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Acórdãos, 10 agosto 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 02 set. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/SE. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Julgamento: 03.09.1975 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>> Acesso em: 04 set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator Cezar Peluso. Tribunal Pleno. 03.12.2008. DJe: 05.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso em: 04 set. 2017

BORGES, José Souto Maior. Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparada - União Europeia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2009.

DICLER, T. N. F. A hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e o controle de convencionalidade das leis. Trabalho de Conclusão de Curso. 2015 - Faculdade de Direito de Franca, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o direito internaicono: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MEDIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: _____. (Org.). Desafios do direito internacional contemporâneo. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. vol. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ONU. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena, 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso em: 25 de mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiros e normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. Direito internacional público – resumido. 2. ed. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2017.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2003.