

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

Gabriela Pagnan<sup>1</sup>

Márcia Andrea Bühring<sup>2</sup>

**Resumo:** Com relação aos casos de recepção dos tratados internacionais, a admissão daqueles que versam sobre direitos humanos se apresentam de maneira peculiar. No ano de 1977, entendeu-se que estes eram hierarquicamente infraconstitucionais, tendo paridade hierárquica entre tratados e leis federais. No entanto, após a Constituição de 1988 as discussões acerca desta hierarquia ganharam maior importância em âmbito doutrinário, em função do §2º do artigo 5º, todavia o pensamento de infraconstitucionalidade se manteve na jurisprudência. Com a introdução do §3º ao mesmo artigo, através da EC 45/2005, cresceu a discussão do tema tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial, fazendo emergir novas opiniões acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Hierarquia constitucional.

**Abstract:** Regarding the cases of international treaties' reception, the admission of those who deal with human rights present themselves peculiarly. In 1977, it was understood that they were hierarchically infra-constitutional, holding hierarchical parity between treaties and federal laws. However, after the 1988 Constitution, the debate about this hierarchy became more important in the doctrine's context, according to paragraph 2 of Article 5, nevertheless the infra-constitutional thought remained on jurisprudence. With the introduction of Paragraph 3 to the same article by EC 45/2005, then grew the discussion about the theme both in the doctrine and on jurisprudence, permitting the rise of new views about the hierarchical position of international human rights treaties.

**Keywords:** International Treaties. Human Rights. Constitutional Hierarchy.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos motivos que torna o Direito Internacional com a atual autoridade e configuração mundial se deve aos Tratados Internacionais, pois funcionam como base normativa do Sistema Internacional e como fontes do Direito Internacional e Interno, além de causarem diversos impactos aos Estados e sujeitos de Direito

---

<sup>1</sup> Acadêmica da Faculdade de Direito da PUCRS. E-mail: gabriela.pagnan@gmail.com

<sup>2</sup> Professora Assistente da Faculdade de Direito da PUCRS. E-mail: marcia.buhring@pucrs.br

Internacional signatários, tornando-os instrumentos normativos de alta complexidade.

Com o início do movimento de internacionalização dos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana foi se desenvolvendo tanto na ordem internacional como na nacional dos países, fazendo surgir o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Sistemas estes que buscam, prioritariamente, a proteção eficaz e completa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Devido à ascensão dos movimentos de Direitos Humanos, os indivíduos passaram a ser reconhecidos como sujeitos com importância em âmbito mundial. Desta forma, inúmeras nações passaram a aderir aos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive o Brasil.

Neste viés, pretendeu-se, neste trabalho, fazer uma análise das posições adotadas, com base no Direito Constitucional Brasileiro, a hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, de acordo com o art. 5º, §2º da CF e, posteriormente, com a adesão do §3º ao art. 5º da CF, por meio da Emenda Constitucional nº45/2004.

Por ser um tema de muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, analisaremos julgados que tiveram relevância ao delinear, ao longo dos anos, o entendimento da Corte em relação à hierarquia dos tratados e conseqüentemente, às correntes suscitadas, quais sejam: hierarquia de status constitucional, hierarquia de equivalência entre os tratados com as leis federais, hierarquia supraconstitucional e, por fim, a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, que é a adotada atualmente, após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 pelo Superior Tribunal Federal.

## **2 NASCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO**

A Liga das Nações surgiu com o intuito de relativizar a soberania dos Estados. Conforme explica Flávia Piovesan, ela foi criada após a Primeira Guerra Mundial, e tinha como finalidade promover a cooperação, a paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros. Continha, também, previsões relativas aos direitos humanos, ao sistema de minorias e aos parâmetros internacionais do

direito ao trabalho, no qual os Estados se comprometiam a assegurar condições dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Neste aspecto, explica Flávia Piovesan:

Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos.<sup>3</sup>

Além do Direito Humanitário e da Liga das Nações, integra também para o processo de internacionalização dos direitos humanos a Organização Internacional do Trabalho (*International Labour Organization*). Esta Organização tinha como objetivo promover condições justas de trabalho e bem-estar para os indivíduos. Na visão de Louis Henkin:

A Organização Internacional do Trabalho foi um dos antecedentes que mais contribuiu à formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A OIT foi criada após a Primeira Guerra Mundial para promover parâmetros básicos de trabalho e de bem-estar social. Após a guerra, a preocupação com o indivíduo foi refletida em vários dos programas da Liga das Nações.<sup>4</sup>

Conforme notável progresso no que diz respeito aos Direitos Humanos, a OIT, após sessenta anos de sua criação, já contava com mais de uma centena de Convenções internacionais promulgadas às quais “Estados-partes passavam a aderir, comprometendo-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho”.<sup>5</sup>

Em relação ao processo de internacionalização dos direitos humanos, a OIT contribuiu para assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho; a Liga das Nações com o objetivo internacional de fixar a manutenção da paz e a segurança nacional e, ainda, o Direito Humanitário, no intuito de proteger os direitos fundamentais em situações de conflitos armados.

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.190.

<sup>4</sup> Apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.191.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.191.

Acrescenta Flávia Piovesan, que o advento destes três institutos “registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era [...] confinado a regular relações entre Estados no âmbito estritamente governamental”.<sup>6</sup> Ou seja, essas obrigações internacionais almejavam a proteção dos direitos do ser humano e não as prerrogativas dos Estados.

Foi a partir desse momento, que a capacidade processual internacional dos indivíduos começou a ganhar forma, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se definiam apenas à jurisdição doméstica, mas também como matéria de interesse internacional.

Considerável salientar as palavras de Flávia Piovesan: “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”.<sup>7</sup>

Flávia Piovesan<sup>8</sup> afirma que os direitos humanos nasceram no ano de 1945, finda a Segunda Guerra Mundial, com o propósito de proteger os direitos de qualquer indivíduo, independentemente de sua cor, sexo, língua, religião e outros, visto que ocorreram inúmeras violações de direitos humanos.

A partir desse período pós-guerra o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver e a se efetivar como ramo autônomo do direito internacional público. Conforme explica Valério de Oliveira Mazzuoli:

Antes dessa data também existiam normas que podiam ser consideradas, em parte, como de proteção dos direitos humanos; faltava, entretanto, um sistema específico de normas que protegesse os indivíduos na sua condição de seres humanos.<sup>9</sup>

Com o degradante quadro, cujo saldo de mortes foram mais de 11 milhões<sup>10</sup> de pessoas (sendo 6 milhões de judeus) no decorrer dos anos 1939 a 1945, a sociedade internacional se viu obrigada a criar uma normatividade internacional que fosse eficaz, com o objetivo de proteger os direitos humanos, até então inexistentes.

---

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.193.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.196.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.196.

<sup>9</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.74.

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.196.

Sendo assim, os direitos humanos têm como marco teórico o pós 2ª. Guerra Mundial, na qual ocorreram as grandes violações dos mesmos. A partir desse momento, os direitos humanos passaram a ser uma grande questão de interesse da comunidade internacional e não mais somente do Estado.

O período nazista foi uma máquina de despersonalização de seres humanos. O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial de que a falta de uma arquitetura internacional de proteção de direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente, fazia com que os cidadãos de todo o planeta ficassem desprotegidos contra novas e potenciais violações de direitos de monta. Nas palavras de Flávia Piovesan:

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.<sup>11</sup>

O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da sociedade internacional.

Nas palavras de Paul Sieghart:

As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stálin não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade; elas foram uma real ameaça à paz e à estabilidade internacional: em uma única geração, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser 'inerentes' ou 'inalienáveis', e portanto não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo.<sup>12</sup>

Segundo Norberto Bobbio,

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.196.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 73.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda,1992. p.30.

Acrescenta ainda que o maior problema dos direitos humanos hoje “não é mais de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.<sup>14</sup>

Para que tais direitos alcançassem um parâmetro mundial, foi necessária a criação de um discurso internacional dos direitos humanos com o objetivo de assegurar a todos o direito de ter direitos. Nesta senda, a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 são hoje consideradas referências neste aspecto.

### 3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais são hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos e a possibilidade de interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional dependem do surgimento de instrumentos internacionais, como os tratados.<sup>15</sup>

O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional. Todavia, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais, como por exemplo: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio e Acordo Internacional.<sup>16</sup>

Torna-se importante ressaltar, segundo Flávia Piovesan<sup>17</sup>, que não necessariamente os tratados internacionais consagram novas regras de Direito Internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modificá-las. Os tratados e os costumes internacionais, segundo Henkin<sup>18</sup>, estão absolutamente relacionados, ou seja, em determinada medida um tratado pode ser interpretado à luz de um costume

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda, 1992. p.25.

<sup>15</sup> O Direito Internacional dos Direitos Humanos é efetivado por meio dos tratados internacionais de direitos humanos e este, junto com a ordem constitucional dos Estados, é base para a configuração do Direito Constitucional Internacional. (QUIXADÁ, Letícia Antonio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. 2009. 74 f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. p.18).

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p.110.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p.110.

<sup>18</sup> apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p.110.

preexistente, ou se o tratado objetiva ser um ato declaratório de um direito costumeiro preexistente, ou ainda um ato que busque alterar o mesmo.

Nesse sentido, compreende-se como o sistema normativo brasileiro interage com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, com o sistema global de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

Torna-se importante esclarecer como ocorre a incorporação desses instrumentos (tratados) pelo direito interno e quais os impactos gerados pela sua adoção. A eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos depende da incorporação deles pelo ordenamento interno. Ao ser fixado o grau de recepção, a importância e a decorrente concretização das disposições internacionais no Estado é estabelecida.

A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais no cenário mundial resultou na elaboração da Convenção de Viena de 1969, também conhecida como a Lei dos Tratados.<sup>19</sup> Entretanto, este código de regras limitou-se aos tratados que são celebrados pelos Estados, afastando as outras pessoas de direito internacional.

A Convenção esclarece que:

Tratado 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.<sup>20</sup>

Segundo este conceito, podemos afirmar que estes instrumentos internacionais somente serão vinculantes aos Estados que os assinam e os ratificam, resultando numa importante consequência para o sistema de proteção dos direitos humanos. Caso haja violação de norma do tratado ratificado, o Estado pode ser responsabilizado, já que aceitou essas obrigações legais no livre exercício de sua soberania. Conforme aduz o artigo 27 da Convenção de Viena, “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado” que faça parte.

---

<sup>19</sup> O Brasil assinou a Convenção de Viena em 23 de maio de 1969, ratificando-a apenas em 25 de setembro de 2009.

<sup>20</sup> Artigo 2º da Convenção de Viena. (BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 12 out. 2015).

Sobre o assunto, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade:

Como em outros campos do Direito Internacional, no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento destas obrigações.<sup>21</sup>

Os tratados internacionais só se aplicam aos Estados- partes, isto é, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção. Como dispõe a Convenção de Viena: “todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” (*pacta sunt servanda*). Marotta Rangel,<sup>22</sup> afirma que a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano.

A respeito, afirma Artur Cortez Bonifácio:

A forma convencional de instrumentalização jurídica das relações entre os sujeitos de direito internacional público se dá por meio dos tratados [...] São modos de expressão de acertos e ajustes, de manifestações de vontade, entre pessoas de direito internacional, os quais geram direitos e obrigações para as partes signatárias, com força de lei e obrigatoriedade de cumprimento, segundo a máxima principiológica internacional do *pacta sunt servanda*.<sup>23</sup>

#### 4 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A dificuldade se inicia na própria Constituição Federal que não explicita se os tratados possuem ou não hierarquia superior às demais leis no ordenamento brasileiro. O que podemos afirmar é que os tratados internacionais que versam sobre matérias diversas de direitos humanos não podem ser aplicados diretamente no direito interno, visto que antes devem ser incorporados à ordem jurídica por meio de um decreto legislativo, ao contrário do que ocorre aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

<sup>21</sup> Apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p.111.

<sup>22</sup> RANGEL, Vicente Marotta, apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p.136.

<sup>23</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008. p.182.



Conforme previsto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>24</sup> e, segundo Flávia Piovesan, por sua vez, “os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata”.<sup>25</sup>

Sendo assim, tornou-se automática a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não há mais a necessidade de um ato jurídico complementar para que o tratado seja implantado.

Destaca Flávia Piovesan que, conseqüentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.<sup>26</sup>

O novo parágrafo adicionado ao artigo quinto da Constituição (§3º) não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo Brasil no futuro. Valerio de Oliveira Mazzuoli afirma que:

a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais insculpidas no §1º do art. 5º da Constituição sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*) depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo quorum estabelecido no §3º do art. 5º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dispor que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, não dizendo quais são ou quais devem ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos) mencionando apenas que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria qualificada.<sup>27</sup>

Significa dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário brasileiro, com status de norma constitucional, independentemente, assim, de promulgação e publicação no Diário Oficial da União e de serem aprovados de acordo com a regra disposta no

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.155.

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.156.

<sup>27</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.199.

§3º do art. 5º da CF. Sendo assim, para os tratados de direitos humanos não há exigência de sua promulgação e divulgação.

Isto posto, completa Flávia Piovesan:

Diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.<sup>28</sup>

Conclui-se, portanto, que diferentemente dos tratados sobre matérias que precisam ser “transformados” em direito interno por meio de um decreto, as normas internacionais sobre direitos humanos prescindem de formalidade para produzir seus efeitos, tendo assim aplicação imediata. A partir da ratificação do tratado pelo Presidente da República, passam automaticamente a produzir seus efeitos. Insta salientar que essa prioridade conferida à proteção dos direitos humanos é compartilhada por diversas Constituições de países ocidentais, como a portuguesa (1976), a espanhola (1978) e a argentina (1853).<sup>29</sup>

## **5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – ADESÃO DO §3º AO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

No sentido de responder a polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, acrescentou-se, como anteriormente visto, um novo parágrafo subsequente ao artigo 5º §2º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, podendo ser encarada como a reforma do judiciário, com a seguinte redação:

---

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.162.

<sup>29</sup> NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

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.<sup>30</sup>

Seu escopo era primordialmente o de pacificar a matéria e resolver as celeumas existentes entre a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que não logrou êxito nenhum nesse aspecto, posto que além de não conseguir tornar o assunto incontroverso, levantou mais algumas dúvidas em relação à posição hierárquica dos tratados internacionais sobre proteção de direitos humanos dentro do direito doméstico e, outrossim, no que atina à sua aplicação.<sup>31</sup>

Com o acréscimo deste artigo<sup>32</sup> à Constituição Federal, surgem duas classificações dos tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais (incorporados antes da Emenda) e os formal e materialmente constitucionais (instrumentos que observaram o procedimento equivalente ao de aprovação de emenda constitucional). Como consequência, os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, ato unilateral praticado pelo Estado com o objetivo de retirar-se do acordo internacional.

Explica Valério de Oliveira Mazzuoli que:

[...] a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o §3º do art. 5º permite atribuir o status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem aos procedimentos nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60,

---

<sup>30</sup> NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>31</sup> NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>32</sup> De acordo com este dispositivo, entende-se que, primeiramente, a Câmara dos Deputados analisa a proposta do tratado e, logo após, envia o mesmo ao Senado Federal. Em cada uma das casas ocorre a análise de, no mínimo, duas comissões parlamentares (a de relações exteriores e a de constituição e justiça). Precede-se, então, ao exame dos aspectos materiais e formais do tratado, como o seu mérito e eventuais vícios de consentimento ou incongruências com legislação nacional. (NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>>. Acesso em: 14 out. 2015).

§2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional.<sup>33</sup>

Mesmo após a EC 45/2004, a vertente da hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais deve prevalecer, em decorrência dos seguintes argumentos: a interpretação sistemática dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, já que o último não revogou o primeiro; a lógica e racionalidade material que devem interpretar a hermenêutica dos direitos humanos; a necessidade de se evitar interpretações que apontem a anacronismos; a teoria geral da recepção do Direito brasileiro; a petrificação dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 60, §4º, IV, da Carta Constitucional.<sup>34</sup>

Alguns doutrinários apresentaram críticas a respeito da criação desse novo parágrafo incorporado ao artigo quinto da Constituição, através da Emenda Constitucional nº45/2004, pois teria sido mais adequado que a redação do mesmo tratasse da hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando –tal como fez o texto argentino- que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional. No entanto, segundo alguns doutrinadores, esta constatação está apenas implícita e não expressa (como seria mais adequado) no Texto Constitucional.

Desta forma, afirma Valério de Oliveira Mazzuoli de maneira brilhante que:

entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posteriormente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo §3º do art. 5º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à EC 45) o tratado terá *status* de norma constitucional por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade* [...] O tratado ratificado após a EC 45 não perde o status de norma materialmente constitucional que ele já tem em virtude do art. 5º, §2º, da Constituição. Apenas o que poderá ocorrer é ser ele aprovado com o quorum qualificado do art. 5º, §3º, e, a partir dessa aprovação, integrar formalmente o texto constitucional brasileiro (caso em que será, para além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional).<sup>35</sup>

<sup>33</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.74.

<sup>34</sup> QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima de. **Tratados internacionais de direitos humanos: noções gerais e a problemática em redor da hierarquia legal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11604](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11604)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>35</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.198.

Flávia Piovesan<sup>36</sup> também afirma que não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal (por não terem obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado art. 5º §3º da CF) enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação.

Conclui-se, portanto, que os direitos humanos possuem hierarquia constitucional, seja materialmente constitucional, com fulcro no art. 5º, §2º, para aqueles anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004; seja formalmente constitucional, consoante o art. 5º, §3º, para os tratados celebrados posteriormente à inclusão deste na Constituição e aprovados conforme o procedimento lá prescrito.

Até o presente momento, apenas um tratado internacional de direitos humanos foi ratificado de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, §3º da CF: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007.<sup>37</sup>

## **6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343 E O POSICIONAMENTO FINAL DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL**

A decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343 rompeu com a jurisprudência anterior do Superior Tribunal Federal que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias, desconsiderando, dessa forma, a força normativa dos tratados internacionais. Em todo este período, a jurisprudência do STF foi bastante oscilante a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Existem quatro importantes precedentes jurisprudenciais e suas consequentes definições da hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos detêm no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam<sup>38</sup>:

- a) Entendimento jurisprudencial que até 1977, consagrava o primado do Direito Internacional;

---

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.68.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 24 out. 2015.

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.72.

- b) À decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal e à decisão do habeas corpus nº 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e
- c) À decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada.

## 6.1 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL E AS QUATRO CORRENTES ACERCA DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### 6.1.1 Hierarquia supraconstitucional

Ao analisar-se a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, pretende-se alcançar um melhor entendimento entre as nações a respeito dos direitos humanos e que, assim, progridam e alcancem a paz mundial.

Immanuel Kant, um dos maiores filósofos da civilização ocidental, escreveu, no ano de 1795 o livro denominado *À paz perpétua*. Neste livro, o autor demonstra a necessidade de entendimento entre os homens para que houvesse a pacificação entre as nações. Já naquela época, Kant<sup>39</sup> afirmava que os Estados detinham uma constituição jurídica interna e, portanto, não havia coerção de um Estado sob o outro. Dizia também que a paz não seria alcançada sem um contrato dos povos entre si: teria de haver uma liga entre os povos, com a objetivação de entendimento mútuo.

Immanuel Kant acreditava que a paz perpétua só seria alcançada se os povos se unissem em uma só unidade de poder, ou seja,

Os homens individuais desistam de sua liberdade selvagem (sem lei), consintam a leis públicas de coerção e assim formem um (certamente sempre crescente) Estado dos povos (*civitas gentium*), que por fim viria a compreender todos os povos da Terra.<sup>40</sup>

Esta ideia de república mundial, apesar de difícil aplicabilidade, pode ser considerada uma utopia realizável. Criada em 1920, após a primeira guerra mundial,

---

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

<sup>40</sup> KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008. p.36.

a Liga das Nações “tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros”.<sup>41</sup> Sendo assim, compreende-se, portanto, que mesmo há 220 anos Kant<sup>42</sup> já idealizava uma instituição como a ONU como um mecanismo para facilitar o alcance da paz perpetua entre as nações.

Por derradeiro, a ideia de normas que sejam superiores às Constituições nacionais ainda é um pensamento que está se formando no mundo jurídico, conforme supracitado por Immanuel Kant. Nesta direção, aduz brilhantemente Antônio Augusto Cançado Trindade:

É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.<sup>43</sup>

Desta forma, vislumbra o referido autor que, para que se alcance a proteção do indivíduo, o direito internacional e o direito interno devem seguir numa direção conjunta, com o objetivo de obter a proteção maior dos direitos humanos.

Inúmeros doutrinadores defenderam o nível *supraconstitucional* dos tratados de proteção dos direitos humanos, marcado pela força expansiva dos direitos humanos. Porém, em sede jurisprudencial, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo tido o Superior Tribunal federal a oportunidade de inúmeras vezes harmonizar a matéria, mas sem sucesso.

Esta corrente afirma que o ordenamento internacional ocupa posição superior em relação aos demais ordenamentos nacionais. Esta percepção de hierarquia se coaduna com a redação do art. 5º, §2º da CF que “não permite ao constituinte originário excluir direitos humanos que já tenham sido consagrados em âmbito internacional.”<sup>44</sup> Assim, o referido dispositivo demonstraria a submissão da Constituição ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>41</sup> MONTEIRO, Adriana Carneiro. **A Primeira Guerra Mundial e a Criação da Liga das Nações**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/1/1guerra.html>>. Acesso em: 15 maio 2015.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

<sup>43</sup> TRINDADE, Antônio Augusto C. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.184.

<sup>44</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.84.

Com esta dificuldade de soberania *versus* supraconstitucionalidade, tem-se a posição de Del'omo que fala que “soberania e supranacionalidade não são incompatíveis. A abdicação da soberania é, na verdade, um exercício próprio da mesma”.<sup>45</sup>

Desta forma, esta interpretação supraconstitucional está distante de ser alcançada.

### **6.1.2 Paridade hierárquica entre tratado e lei federal (posicionamento do STF antes da EC nº 45/2004)**

A paridade hierárquica entre tratado e lei federal foi assentada no Recurso Extraordinário n. 80.004, decidida no ano de 1977. Neste julgamento, o STF acolheu o sistema que equiparava juridicamente todos os tratados internacionais à legislação federal, admitindo a hierarquia infraconstitucional e concluindo pela aplicabilidade do princípio *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível).<sup>46</sup>

Esta decisão violou o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que consagra o princípio da boa-fé no direito internacional (cabe ao Estado promover o cumprimento dos tratados firmados, não podendo a eles opor disposições de seu direito interno).<sup>47</sup>

Flávia Piovesan, pactuando com o entendimento contrário a essa decisão, afirma que:

[...] o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe

<sup>45</sup> Apud RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alves; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **Recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio e o novo entendimento do STF**. Disponível em: <revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/509/289>. Acesso em: 21 out. 2015.

<sup>46</sup> QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima de. **Tratados internacionais de direitos humanos: noções gerais e a problemática em redor da hierarquia legal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11604>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>47</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.82.



ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu.<sup>48</sup>

Desta maneira, nos resta criticar a posição do STF no referido Recurso Extraordinário, visto que se o Estado, no seu livre e pleno exercício de soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente negar seu cumprimento. Além disso, o único ato que o Estado pode realizar para deixar de cumprir um tratado é o da denúncia. Assim, “na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional”.<sup>49</sup>

Esta tese de paridade entre tratado e lei federal foi reiterada pelo STF em 1995 no julgamento de *habeas corpus* 72.131-RJ<sup>50</sup>, de caso relativo à prisão civil por dívida (vedada pelo Pacto de São José da Costa Rica) do depositário infiel, a menos que se tratasse de alimentos.

Nesta oportunidade, restou vencedora a tese de que:

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República (trecho do voto do Ministro Celso de Mello).<sup>51</sup>

Cumprido destacar que, anos depois o referido Ministro alterou seu posicionamento a respeito da matéria, como veremos adiante.

Abaixo segue ementa da referida decisão:

EMENTA: ‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.  
 - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.  
 - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.128.

<sup>49</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.129.

<sup>50</sup> Foi o primeiro caso levado ao Plenário para discussão após a entrada em vigor da Constituição Federal.

<sup>51</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.83.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1 RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 17 out. 2015.

Em suma, naquela época, para o STF, independentemente de qual fosse a matéria de tratado internacional, seu *status* seria sempre o de lei federal, de modo que nada impediria que ele fosse posteriormente revogado por lei que a ele sucedesse e que com ele fosse incompatível.

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 este posicionamento passou a ser repensado (criando divergência entre os ministros) e alterado, em função do artigo 5º, §2º da CF, que trata dos direitos fundamentais e principalmente, dos tratados internacionais de direitos humanos, assegurando a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional.

### 6.1.3 Hierarquia constitucional

A hierarquia constitucional já se extrai da própria interpretação advinda do art. 5º, §2º da CF. Decorre do entendimento de que:

Os tratados comerciais sempre terão paridade com as normas ordinárias, enquanto os tratados que tratam sobre os direitos humanos terão *status* de norma constitucional ou supralegal, mas, sempre serão materialmente constitucionais.<sup>53</sup>

Havia grande esforço por parte de alguns doutrinadores que sustentavam o *status* constitucional das normas provenientes de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, mantendo o argumento de que as normas ingressavam em nosso ordenamento jurídico interno, por força do art. 5º, § 2º da Constituição, já que, sendo cláusula aberta, permitiria a incorporação de tais normas em nosso ordenamento jurídico constitucional, possuindo caráter material.

Conforme explica Roberta Tannuri:

Com o decorrer dos anos e da evolução do conceito de soberania flexível, juízes e Tribunais brasileiros começaram a reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente dos Tribunais Superiores que continuavam a negar aos tratados internacionais de direitos humanos seu *status* constitucional,

---

<sup>53</sup> TANNURI, Roberta Vieira. **Breve abordagem sobre a hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10124](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10124)>. Acesso em: 21 out. 2015.

exagerando no formalismo jurídico ao analisar o § 2º do art. 5º de maneira extremamente restrita.<sup>54</sup>

Valério de Oliveira Mazzuoli completa este raciocínio, afirmando que se pode perceber, sem muito esforço, que:

O §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 tem um caráter eminentemente *aberto* (norma *de fatispecie aberta*), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio de não identificação ou da cláusula aberta).<sup>55</sup>

Desta forma, conclui-se através do referido §2º do art. 5º da Carta da República que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, classificação esta que foi considerada por muito tempo pelo Superior Tribunal Federal.

#### 6.1.4 Hierarquia de status infraconstitucional, mas supralegal

Tendo em vista a complexa situação sobre o valor jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, era cada vez mais necessário, ao longo dos anos, que o Superior Tribunal Federal se posicionasse a respeito.

Foi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343<sup>56</sup> que, finalmente, o STF se posicionou a respeito do status constitucional (hierarquia) que os tratados internacionais de direitos humanos detêm. Neste referido julgamento discutiu-se a importante questão que definiu a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, polêmica de muitos anos ainda em desarmonia no Superior Tribunal Federal.

---

<sup>54</sup> TANNURI, Roberta Vieira. **Breve abordagem sobre a hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10124](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10124)>. Acesso em: 21 out. 2015.

<sup>55</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.239.

<sup>56</sup> SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Relator: min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

A imensa contradição estava na hipótese da prisão do depositário infiel, prevista no art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, e a vedação implícita (porque só admite a detenção por dívidas em face do inadimplemento de obrigação alimentar) na *Convenção Americana de Direitos Humanos*, tratado internacional mais conhecido como *Pacto de San José da Costa Rica* (1969).

No artigo 7º do referido *Pacto* está disposto que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”<sup>57</sup>. Outrossim, no *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966* está aludido que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.<sup>58</sup>

Ambos os *Pactos* supracitados foram ratificados pelo Brasil no ano de 1992, porém, sem elaborar qualquer reserva em função de que, no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, está prevista (e ainda, porém com súmula contrária) a prisão do depositário infiel.

Logo após, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do referido inciso especificamente, da expressão “depositário infiel” e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.<sup>59</sup>

Isso porque, já que o Brasil ratificou esses instrumentos sem qualquer reserva referente à matéria, há que se questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Sendo assim, o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel foi então pacificado pelo STF, tendo como precedentes os REX 349.703 e 466.343, com a publicação da Súmula Vinculante nº 25<sup>60</sup>, que considera ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Ementa do Recurso Extraordinário 349.703, que decidiu pelo não provimento do recurso:

---

<sup>57</sup> PGE. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**: pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>58</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>59</sup> SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Relator: min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

<sup>60</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências: Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 maio 2015.

Ementa: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis 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 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 interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de \* O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que dele conheciam e lhe davam provimento (DJ de 5-6-2009). forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.<sup>61</sup> **(grifo nosso)**

O entendimento definido pelo STF foi no sentido de conferir predomínio ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos.

Consoante ressalta Flávia Piovesan:

O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-1 RS. Relator: Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 15 out. 2015.

diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.<sup>62</sup>

A tese do Ministro Gilmar Mendes, que foi a que saiu vitoriosa, é a da supralegalidade dos tratados de direitos humanos: status infraconstitucional, mas acima das leis ordinárias.

O posicionamento do STF representou grande evolução no pensamento da Corte, que até então entendia que as normas dos tratados internacionais de direitos humanos possuíam status de lei ordinária.

Conforme explica Ricardo Castilho:

[...] 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 dos Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º) mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...].<sup>63</sup>

O Ministro Celso de Mello (que anteriormente era a favor da paridade hierárquica entre tratado e lei federal) alterou seu posicionamento sobre a prisão do depositário infiel e conseqüente posição a favor da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos no Recurso Extraordinário nº 466.343, ao afirmar:

[...] após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores, evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalização das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, qualificação constitucional.<sup>64</sup>

Abaixo, verifica-se como se encontra a pirâmide com a atual posição sobre a hierarquia dos tratados:

<sup>62</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.143.

<sup>63</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.88.

<sup>64</sup> SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Relator: min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

**Figura 1 – Atual posição dos tratados internacionais**



Fonte: Oliveira, 2011<sup>65</sup>

Por fim, após muitos anos de controvérsias, destaca-se a evolução jurisprudencial ocorrida no Superior Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343 e a consequente hierarquização dos tratados internacionais comuns e de direitos humanos. Desta forma, adaptou-se o pensamento jurisprudencial do país conforme o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos os quais faz parte.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido às monstruosas violações de direitos humanos, a Segunda Guerra Mundial foi o principal evento histórico que chamou a atenção internacional para a questão dos direitos humanos. A partir deste momento, lentamente, começaram a surgir inúmeros tratados a fim de sistematizar os direitos humanos que deveriam ser respeitados pelos Estados-partes.

Além do plano interno, os indivíduos possuem, também, proteção em nível internacional. Desta forma, demonstrou-se que os direitos humanos e os direitos

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Evelin Flores de. **Direito Constitucional I: Direitos Fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://slideplayer.com.br/slide/45771/>>. Acesso em: 24 out. 2015.

fundamentais atuam cada um em sua “ordem” (interna ou internacional), mas buscando objetivos em comum.

A Constituição Federal acaba por apresentar cláusulas constitucionais abertas, conferindo aos tratados de direitos humanos hierarquia privilegiada na ordem jurídica, pregando a incorporação automática de tais tratados. Isto permitiu a integração entre a ordem constitucional e a internacional, especialmente na área dos direitos humanos, ampliando, assim, o bloco de constitucionalidade.

Com o advento da Emenda Constitucional nº45/2004 e a consequente adesão do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ser analisados pelo trâmite de emenda, adentrando, assim, com sua aprovação, na Lei Maior.

Contudo, por força do §2º, do artigo 5º da CF todos os tratados de direitos humanos, não importando seu *quorum* de aprovação, já são materialmente constitucionais, razão pela qual resta evidente que a inovação do §3º do mesmo artigo da CF veio reforçar tal natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (já previsto pelo §2º) e levantar mais questões em relação à hierarquia dos tratados.

Como visto, diversas foram as interpretações adotadas pelo Superior Tribunal Federal no que tange à recepção e aplicação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. São elas: hierarquia supraconstitucional, hierarquia constitucional, hierarquia com status infraconstitucional, mas supralegal e, por fim, a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

A paridade hierárquica entre tratado e lei federal foi o posicionamento acolhido pelo sistema constitucional desde o ano de 1977, no julgamento no Recurso Extraordinário 80.004, que definia que uma lei revoga o tratado anterior. Todavia, esta vertente violava o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados o qual, justamente, o Brasil fazia parte. O referido artigo afirma que o Estado não pode invocar posteriormente disposição de direito interno como justificativa para não cumprimento de tratado.

A referida tese de paridade hierárquica, como visto, foi reiterada pelo Superior Tribunal Federal, no ano de 1995, no julgamento do *habeas corpus* 72.131, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel, que era vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica.



Estas situações geraram enorme embaraço para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o Brasil estava deixando de cumprir Tratados Internacionais os quais havia ratificado.

Desta forma, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº466.343, o Superior Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, dando um novo entendimento à respeito da internacionalização dos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque, ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º), ambos no ano de 1992, não houve mais base legal para que o Brasil mantivesse a prisão civil do depositário infiel, já que havia ratificado um tratado internacional que detinha entendimento totalmente diverso.

A partir desse momento, reconheceu-se o caráter especial destes diplomas internacionais acerca dos direitos humanos, estando eles classificados com hierarquia supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna (leis ordinárias).

Logo, diante de tantas décadas em que o Superior Tribunal Federal demonstrou divergência no pensamento da hierarquia dos tratados, finalmente, após o Recurso Extraordinário 466.343 é que os ministros entraram num consenso positivo, servindo de base para a contínua valorização dos direitos humanos.

Diante de todo o exposto, é notório que tanto as Organizações mundiais como boa parte dos países têm se esforçado para que cada vez mais os indivíduos alcancem seus direitos, não importando a localidade onde estejam. Afinal, é encorajador que o direito internacional e o direito interno se direcionam juntos para o mesmo objetivo, harmonizados no propósito básico e último que é a proteção do ser humano.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda,1992.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 24 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 12 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1 RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 17 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-1 RS. Relator: Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 15 out. 2015.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTEIRO, Adriana Carneiro. **A Primeira Guerra Mundial e a Criação da Liga das Nações**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/1/1guerra.html>>. Acesso em: 15 maio 2015.

NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Publicado em: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

OLIVEIRA, Evelin Flores de. **Direito Constitucional I: Direitos Fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://slideplayer.com.br/slide/45771/>>. Acesso em: 24 out. 2015.

PGE. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima de. **Tratados internacionais de direitos humanos: noções gerais e a problemática em redor da hierarquia legal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11604](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11604)>. Acesso em: 20 out. 2015.

QUIXADÁ, Letícia Antonio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. 2009. 74 f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

RANGEL, Vicente Marotta, apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alves; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **Recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio e o novo entedimento do STF**. Disponível em: <[revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/509/289](http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/509/289)>. Acesso em: 21 out. 2015.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Relator: min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências: Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 maio 2015.

TANNURI, Roberta Vieira. **Breve abordagem sobre a hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10124](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10124)>. Acesso em: 21 out. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto C. **A proteção internacional dos direitos humanos.** São Paulo: Método, 2014.