

HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: UM ESTUDO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Juiz Federal - 2ª Vara / PE

Sumário: 1. Intróito; 2. Disposições da Carta Magna sobre a matéria; 3. A problemática do conflito entre normas internas e tratados ou convenções internacionais; 4. Posicionamento do STF quanto à questão; 4.1. Entendimento do STF até 1977; 4.2. Entendimento firmado pelo STF após o RE 80.004-SE, em 1977; 5. Críticas ao entendimento do STF; 6. Reflexões sobre o §3º do art. 5º da Constituição Federal; 7. O Pacto de San José da Costa Rica; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO

O presente artigo tem por objeto a realização de um estudo sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, acerca do nível hierárquico em que os tratados e convenções internacionais são recepcionados no ordenamento jurídico interno brasileiro.

A questão tem extrema relevância, na medida em que o nível hierárquico dos tratados é o que vai determinar qual norma deve prevalecer na hipótese de conflito entre tratado e lei ordinária ou entre tratado e a Constituição Federal. A necessidade de uma pesquisa desse jaez torna-se premente quando se percebe o elevado nível de integração entre Estados e entre blocos de Estados atingido no presente momento histórico, o que é demonstrado pelo número crescente de tratados internacionais firmados.

Procederemos a uma análise das diversas teorias referentes à matéria e, então, selecionaremos alguns casos que espelhem a evolução do pensamento

do Excelso Pretório sobre o tema. Observaremos, no ponto, as mudanças trazidas pela Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), com a inclusão do §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, faremos as nossas críticas à visão atual do STF relativamente à problemática em estudo e remataremos com as nossas conclusões.

Após essa breve introdução, passemos ao estudo do tema.

2. DISPOSIÇÕES DA CARTA MAGNA SOBRE A MATÉRIA

A Reforma do Poder Judiciário, veiculada através da EC nº 45/2004, incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o seguinte texto:

“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.”

Daí deflui que a Carta Magna trouxe disposições especiais referentes apenas aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, criando discrimen entre estes e os demais tipos de tratados e convenções internacionais.

Antes de tudo, cabe registrar que uma parte da doutrina defendia – entendimento este com o qual manifestamos integral concordância –, desde antes do advento da EC nº 45, que a CF/88, em seu art. 5, §2º, já conferia aos tratados de proteção dos direitos humanos o *status* de norma constitucional. Nesse sentido, peço vênia para transcrever *ad litteram* os ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade, lançados no belo prefácio escrito para a obra de George Galindo¹:

“A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os di-

¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade, p. XX-XXIII.

reitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

(...).

O referido artigo 5º, §2º, de nossa Constituição Federal, resultou de proposta que apresentei, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública no dia 29 de abril de 1987, tal como consta das *Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte*.

(...).

O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

(...).

A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira.

(...).

O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).”

Corroborando o referido entendimento, trago à colação a lição de Flávia Piovesan, *in verbis*²:

“O valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e

² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44- 48.

parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional inaugurado em 1988.

(...).

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5, §2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos.

(...).

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.”

Essa posição foi defendida na seara jurisprudencial pela Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, no julgamento proferido por unanimidade pela Primeira Turma do TRF-5ª Região, na AC 238.842-RN (2000.05.00.057989-2), julgado em 30/08/2001, quando a eminente relatora afirmou que³:

“não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (San Jose, 1969), ambos em vigor entre nós, desde 1992. **Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao §2º do seu art. 5º.**” (grifos nossos)

Outro não é o posicionamento de Fernando Luiz Ximenes Rocha⁴, que defende a:

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 238.842-RN (2000.05.00.057989-2)**. Primeira Turma. Decisão unânime. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Origem: 5ª Vara Federal-RN. Recife, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2002/03/200005000579892_20020313.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2006.

⁴ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF: Senado Federal, a. 33, n. 130, p. 81, 1996.

“posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§º1 e 2º do art. 5º da Constituição Federal”.

Interessante referir, ainda, a posição manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785/RJ (DJ 10.04.2000), do qual foi relator, no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam nível supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, estariam acima das leis federais mas abaixo da Constituição Federal⁵.

Por outro lado, nota-se que a Constituição Federal de 1988 não foi expressa com relação à posição hierárquica dos tratados internacionais não referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro⁶. Tal questão restou, desse modo, delegada à jurisprudência e à doutrina pátrias, o que causou imensa polêmica, cujo relato será procedido adiante.

3. A PROBLEMÁTICA DO CONFLITO ENTRE NORMAS INTERNAS E TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Há quatro possíveis níveis hierárquicos que se pode atribuir aos tratados e convenções internacionais⁷: 1) hierarquia supraconstitucional⁸; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Destarte, o problema do conflito entre tratados internacionais e leis internas infraconstitucionais será resolvido de forma diversa em cada Estado, de acordo com o nível hierárquico que cada ordenamento atribua aos tratados.

⁵ A título de registro, essa mesma qualificação é expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega, conforme indicam André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros *apud* MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. **Revista Direito Público**, a. II, n. 8, abr./mai./jun. 2005, p. 80.

⁶ No sentido do texto, vide Celso de Albuquerque Mello *apud* MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 68.

⁷ Consoante classificação criada por Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 48, nota 25.

⁸ Exemplo dessa hipótese é a Constituição holandesa posterior à revisão de 1956, o qual permite, na presença de certas circunstâncias, que tratados internacionais derroguem seu próprio texto.

Imprimindo prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, temos os exemplos das constituições francesa de 1958 (art. 55), grega de 1975 (art. 28, §1º) e peruana de 1979 (art. 101). Neste caso, o tratado vai prevalecer sobre leis infraconstitucionais posteriores. Noutras Constituições, adota-se o tratamento paritário com as leis infraconstitucionais. Utiliza-se nessa hipótese o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) para definir se prevalecerá no caso concreto o tratado ou a lei.

O Brasil, segundo vem entendendo o STF desde 1977, enquadra-se na corrente que atribui paridade hierárquica entre tratados/convenções internacionais e a lei federal, corrente esta conhecida como monismo nacionalista moderado⁹.

4. POSICIONAMENTO DO STF QUANTO À QUESTÃO

Enfrentaremos, neste ponto, o tema central do trabalho, isto é, qual a posição hierárquica que o STF atribui aos tratados e convenções internacionais frente à Constituição Federal e às leis ordinárias.

4.1. ENTENDIMENTO DO STF ATÉ 1977

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional¹⁰. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.

4.2. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF APÓS O RE 80.004-SE, EM 1977

O hodiernamente clássico RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista

⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 113.

¹⁰ Nesse sentido, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 131.

anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual, tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária. Faz-se mister proceder-se à transcrição da doutrina de Francisco Rezek sobre o tema¹¹:

“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

(...).

Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.”

Tratava-se de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, ao final do julgamento, o Decreto-lei nº 427/69, valendo-se o STF da regra *lex posterior derogat priori*¹². A partir de então, passou a predominar na Suprema Corte a paridade entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico – i.e., da regra *lex posterior derogat priori* – para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais.

¹¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106-107.

¹² Para examinar o extenso inteiro teor do acórdão referido, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/finmap?SEQ=17365&PROCESSO=8004&CLASSE=RE&cod_cas=47&ORIGEM=IT&RECURSO=0&IP_JULGAMENTO=M&EMENTA=103>. Acesso em: 08 dez. 2006.

O STF continua com esse mesmo entendimento até o momento atual. Na ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. em 04/09/1997), que tinha por objeto a Convenção nº 158 da OIT, o Pleno do STF decidiu que todos os tratados internacionais estão subordinados à CF, que tem irrestrita precedência hierárquica sobre eles. Há, portanto, uma relação de paridade normativa entre a lei ordinária e os tratados. Em eventual conflito entre leis e tratados, deve ser utilizado o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Outros precedentes interessantes em que o Pleno do STF corroborou a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais são a Ext. 662-2/Peru, julgada em 28/11/1996, e a ADIn 1.347-DF, julgada em 05/09/1995, ambas relacionadas pelo Min. Celso de Mello.

Portanto, para o STF, após 1977 e antes da EC nº 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária¹³, posição seguida pelo STJ¹⁴.

Por essa razão, entendeu o STF, no HC nº 72.131-RJ e no HC nº 75.306-RJ, que a prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária é constitucional. Nesses julgados, o Pleno do Excelso Pretório entendeu pela constitucionalidade da prisão referida, uma vez que o Pacto de San José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel. A propósito, foi a partir desses julgamentos que o STF passou a aceitar a adoção do critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais, uma vez que, antes desses julgados, adotava-se apenas o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*). Em suma, a partir do HC nº 72.131-RJ, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que nem todo tratado novo revoga lei anterior que com ele conflite. Exige-se que além de novo, esteja o tratado apto a revogar a lei anterior, e isso apenas acontece quando ambas as

¹³ O entendimento do STF, de que os tratados, uma vez recepcionados, têm *status* de lei ordinária, é bem demonstrado na lição de Carlos Mário da Silva Velloso. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-RJ: Renovar, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.

¹⁴ Conforme nos informa Carlos Henrique Gasparoto, que indica como fundamento de sua afirmação os julgados proferidos pela Terceira Turma do STJ, no REsp 74.376-RJ e no REsp 58.736-MG. Ver GASPAROTO, Carlos Henrique. Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca-SP, a. 8, n. 14, 1º semestre 2005.

espécies normativas sejam gerais ou ambas sejam especiais. É o primado da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral.

Necessário esclarecer que o entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Nesse sentido, observe-se o afirmado por Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, cujas lições transcrevo a seguir:

“Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, “b” do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional.”¹⁵

“Assim é que, quando a Carta de 1988 diz competir ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, *quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*, estaria ela igualando em mesmo grau de hierarquia os dois diplomas legalmente vigentes.”¹⁶ (grifos no original)

Assim, a interpretação destes doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado internacional de caráter geral encontram-se num mesmo patamar hierárquico. Destaco, no entanto, que, enquanto Flávia Piovesan adota tal posicionamento, Valério Mazzuoli apenas refere ser essa a opinião do STF e de outros doutrinadores, com a qual manifesta sua discordância, uma vez que entende que os tratados internacionais têm caráter infraconstitucional, mas supralegal, situando-se em um nível hierárquico intermediário, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, como veremos adiante.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 114.

5. CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO DO STF

A crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE funda-se nas conseqüências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados-contratantes. Nesse diapasão, transcrevo a abalizada lição de Flávia Piovesan¹⁷:

“Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às conseqüências 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. Esta 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 ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.”

Ademais, se o Congresso Nacional confere sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. É a teoria do *venire contra factum proprium non valet*, plenamente aplicável

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83-84.

nessa seara, segundo a qual não se pode ir contra um fato praticado por si próprio, sob pena de prática de má-fé internacional.

Até porque, como afirma Valério Mazzuoli¹⁸:

“Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se por meio de lei interna se pudesse deixar de aplicá-lo?

(...).

Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo.”

Por fim, cabe acrescentar ao tema a lição de Mirtô Fraga, *in verbis*¹⁹:

“Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do Poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII. (...). A manifestação obrigatória do Poder Legislativo sobre os tratados assinados pelo Chefe de Estado surgiu, justamente, como resultado da democratização do poder. Na época atual, admitir-se possa o Legislativo, por lei, contrariar o tratado, que aprovou, é, em suma, reconhecer o predomínio das Assembléias, em franca oposição a dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado, se não há, para tanto, expressa autorização da Lei Maior.”

Assim, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e a sua ratificação pelo Presidente da República, devem os três Poderes cumprir a parte que lhes cabe no processo, nomeadamente: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias à concretização do tratado, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentar os

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 115.

¹⁹ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 83-84.

tratados e cumpri-los no que lhe competir; ao Judiciário, por sua vez, incumbe o papel de aplicar os tratados internamente, bem como as leis e os regulamentos que lhe dão concretude, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrários.

Por essas razões, Mazzuoli criou a seguinte posição crítica – com a qual concordamos – em face do entendimento do STF²⁰:

“os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais”.

6. REFLEXÕES SOBRE O §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como afirmado adrede, a Reforma do Poder Judiciário incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, *ad litteram*:

“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.” (grifos nossos)

Observa-se logo na primeira leitura do dispositivo constitucional referido, que o processo legislativo nele previsto é idêntico ao processo legislativo das emendas constitucionais²¹.

O dispositivo dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados”, referindo-se a um tempo futuro. E como fica a situação dos tratados antigos? Outra questão: é possível aprovar um tratado sobre direitos humanos por um quorum menor do que 3/5 (três quintos) e ter hierarquia de lei ordinária ou é imprescindível a aprovação pelo quorum de

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 118.

²¹ Hudson Luís Viana Bezerra chama atenção para esse fato. BEZERRA, Hudson Luís Viana. Classificação dos Tratados e Convenções no Ordenamento Jurídico Brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo-SP, n. 9, v. I, p. 349, 1ª quinzena de mai. 2006.

3/5? Esses questionamentos estão gerando uma grande polêmica doutrinária, que em breve chegará ao STF. Vejamos.

Alexandre de Moraes²² entende que a Emenda Constitucional nº 45 concede ao Congresso, somente na hipótese de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (com base no art. 49, inciso I, da CF) ou com *status* constitucional (com espeque no §3º do art. 5º da CF/88), caso se adote, respectivamente, o quorum normal ou o quorum de emenda constitucional.

Então, para o referido autor, a regra é que os tratados de direitos humanos sejam recebidos como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese de aprovação com o quorum qualificado do art. 5º, §3º, o que, faz-se mister dizer, será uma opção discricionária do Congresso Nacional. É o que se depreende de sua lição, a seguir transcrita²³:

“As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando prevêm normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*, salvo na hipótese do §3º, do artigo 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que 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.

(...).

A opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I, ou do §3º do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”.

Esse também é o entendimento de José Levi Mello do Amaral Júnior²⁴. Inclusive, esse último autor acrescenta que, em função do caráter disjuntivo do

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 460.

²³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 461-462.

²⁴ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 39, mar. 2005.

novo dispositivo constitucional, não há que se cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes. Segundo ele, nada impede que um tratado já recepcionado antes da EC nº 45 seja novamente deliberado na forma do §3º do art. 5º, passando a ter *status* constitucional. Transcrevo o entendimento supra-referido²⁵:

“O §3º do artigo 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do §3º do artigo 5º combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter *status* constitucional. Em função do caráter *alternativo* do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes.”

7. O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Faz-se mister frisar-se que, para o STF, após 1977 e antes da EC nº 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) são recebidos como lei ordinária.

Por esse motivo, o STF entendeu, nos HC's 72131-RJ, 73.044-SP e 75306-RJ, dentre outros, que a prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária é constitucional. Nesses julgados, o Pleno do STF entendeu pela constitucionalidade da prisão referida, uma vez que o Pacto de San José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel.

Relevante observar-se que o Ministro aposentado Carlos Mário da Silva Velloso já sustentava que²⁶:

²⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. cit.*, p. 39.

²⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Seminário “O Direito na era da globalização: tratados internacionais na ordem jurídica”. Palestra proferida em 12.05.2003, em São Paulo-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, na Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Harvard Law School Association do Brasil.

“No caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado §2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese.”

Na verdade, quanto ao Pacto de San José de Costa Rica, há duas correntes no momento atual: 1) a convenção possui natureza de lei ordinária, uma vez que não houve os requisitos de aprovação de emenda constitucional, previstos no art. 5º, §3º, da CF, e o pacto é anterior à vigência da EC nº 45; 2) a convenção possui natureza jurídica de emenda constitucional, pois trata de direitos humanos, e a questão do preenchimento do quorum qualificado não é relevante, uma vez que tal processo legislativo inexistia à época da aprovação do pacto. O raciocínio, para essa corrente, deve ser o mesmo que se aplicou ao CTN e à CLT, que foram alçados à condição de leis complementares, mesmo sem votação com quorum de lei complementar²⁷. O autor que indica as duas correntes existentes é Hudson Luís Viana Bezerra, que, no entanto, não se vincula a nenhuma das duas²⁸.

O antigo entendimento do STF sobre o Pacto de San José da Costa Rica está sendo superado agora na votação do RE 466.343/SP (Rel. Min. Cezar Peluso). No recente informativo nº 449 do STF consta que sete Ministros já votaram pela inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária. O Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando que “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel”²⁹. Votaram com o relator os

²⁷ Como será adiante explicado, o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP foi nesse sentido.

²⁸ BEZERRA, Hudson Luís Viana. *Op. cit.*, p. 348.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Informativo do STF nº 449**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, sendo que o processo encontra-se atualmente com vista ao Min. Celso de Mello.

A propósito, acresça-se que, caso a corte brasileira determine pela inobservância do conteúdo de tratado internacional, há a possibilidade de a parte interessada corrigir o imbróglio e reaver seu direito via decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do art. 105, I, alínea “i”, da CF, não demandam homologação por parte do STF ou STJ para a execução das ordens manifestadas.

8. CONCLUSÃO

Por fim, enumeremos as conclusões atingidas no presente trabalho:

- 1) o RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual tratados e convenções internacionais possuem *status* de lei ordinária, devendo os conflitos entre ambos serem resolvidos através do critério cronológico combinado com o da especialidade (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*), ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral;
- 2) a crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE funda-se nas conseqüências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados-contratantes. Ademais, se o Congresso Nacional confere sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. É a teoria do *venire contra factum proprium non valet*, plenamente aplicável nessa seara, segundo a qual não se pode ir contra um fato praticado por si próprio, sob pena de prática de má-fé internacional;
- 3) o §3º do art. 5º da CF/88 dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados”. Discu-

te-se se é possível aprovar um tratado sobre direitos humanos por um quorum menor do que 3/5 (três quintos) e ter hierarquia de lei ordinária ou é imprescindível a aprovação pelo quorum de 3/5. Essa questão está gerando uma grande polêmica doutrinária e já há voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP (Relator o Min. Cezar Peluso), entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, sejam eles posteriores ou anteriores à EC nº 45/04, como o Pacto de San José da Costa Rica, apreciado no indigitado julgado;

- 4) os tratados internacionais possuem forma própria de revogação, qual seja, a denúncia, não se podendo defender que a legislação interna, pelo critério cronológico ou da especialidade, tem poder para revogar ou derogar tratado internacional.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 38-39, mar. 2005.
- ARAÚJO, Nádia de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e a Ausência de Regulamentação Constitucional. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro-RJ, v. XV, p. 1-15, 2005.
- ARIOSI, Mariângela F. Conflito entre tratados internacionais e leis internas: a opção do Judiciário brasileiro e as possíveis tendências frente aos movimentos de cooperação regional e globalização das relações internacionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro-RJ, v. 344, p. 497-505, out./nov./dez. 1998.
- BARBOSA, Salomão Almeida. O Poder de celebrar Tratados no Direito Positivo Brasileiro – a experiência prática do Brasil. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo-SP, n. 20, v. I, p. 746-752, 2ª quinzena de out. 2004.
- BEZERRA, Hudson Luís Viana. Classificação dos Tratados e Convenções no Ordenamento Jurídico Brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo-SP, n. 9, v. I, p. 348-350, 1ª quinzena de mai. 2006.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 238.842-RN (2000.05.00.057989-2). Primeira Turma. Decisão unânime. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Origem: 5ª Vara Federal-RN. Recife, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2002/03/200005000579892_20020313.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=175365&PROCESSO=80004&CLASSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1083>. Acesso em: 08 dez. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Informativo do STF nº 449**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.
- DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 41, p. 69- 96.
- FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo-SP, v. 4, n. 4, p. 619-641, jul./dez. 2004.
- FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GASPAROTO, Carlos Henrique. Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca-SP, a. 8, n. 14, 1º semestre 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001.

- _____. **Direito Internacional**: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- _____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, a. 2. n. 13, p. 32-50, jan. 2001.
- MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. **Revista Direito Público**, n. 8, p. 54-91, abr./mai./jun. 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF: Senado Federal, a. 33, n. 130, 1996.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 43, p. 7-30.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-RJ: Renovar, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.
- _____. **Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Seminário “O Direito na era da globalização: tratados internacionais na ordem jurídica”. Palestra proferida em 12.05.2003, em São Paulo-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, na Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Harvard Law School Association do Brasil.