

# O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

---

*Renato Braz Mehanna Khamis*  
*Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*  
*Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade*  
*Católica de São Paulo*  
*Professor da Universidade Santa Cecília de Santos*  
*Professor da Universidade Católica de Santos*

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é apresentar o problema do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, especialmente depois do advento da Emenda Constitucional n° 45.

**Palavras-chave:** tratados internacionais; direitos humanos.

## I. Tratados Internacionais

### I.a. Conceito

De acordo com a Convenção de Viena de 1969, tratado internacional é o “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>1</sup>

Complementando o conceito de tratado internacional elaborado em 1969, a Convenção de Viena de 1986 trouxe novos elementos, incluindo entre os sujeitos de direito internacional não só Estados, mas também as organizações internacionais.<sup>2</sup>

A partir do conceito em apreço podemos identificar os elementos do tratado internacional: primeiro, trata-se de um ato jurídico e, portanto, gera obrigações entre as partes; segundo, tem por objeto a manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos naquela tratativa; e, terceiro, deve ser celebrado na forma escrita.<sup>3</sup>

### I.b. Classificação

Os tratados internacionais podem ser classificados quanto à sua forma ou quanto à matéria neles tratada.

Pelo critério formal, os tratados podem ser classificados quanto ao número de partes ou quanto ao procedimento de aprovação adotado. No que tange ao número de partes, eles serão bilaterais se celebrados apenas por duas partes, ou multilaterais, se celebrados por três ou mais partes. Note-se que por parte queremos dizer centro de interesse. Assim, um tratado internacional celebrado entre um Estado e uma organização internacional será bilateral, mesmo que a organização em questão seja composta por diversos países. Já no tocante ao procedimento os tratados, dividem-se em solenes e de forma simplificada. Os primeiros são aqueles que passam por todas as fases necessárias para a sua aprovação, incluindo a análise do parlamento, enquanto os segundos dispensam formalidades e entram em vigor pela simples assinatura, dispensando a análise do parlamento.

Pelo critério material, os tratados internacionais são classificados de acordo com a matéria do seu objeto. Nos tratados contratuais, as partes possuem objetivos desiguais que se complementam, como ocorre na ideia clássica de contrato. Os tratados normativos são aqueles que estipulam regras que devem ser obedecidas pelas partes, instituindo, inclusive, direitos e deveres. Há também os tratados institucionais, que são aqueles que criam organizações internacionais. Finalmente, existem os tratados que criam empresas para exploração de determinada atividade conjuntamente pelas partes que a instituíram (p. ex. hidrelétrica binacional

<sup>1</sup> Convenção de Viena de 1969, artigo 2º, item I, “a”.

<sup>2</sup> Convenção de Viena de 1986, artigo 2º, Item I, “a”, subitens “i” e “ii”.

<sup>3</sup> Não obstante a Convenção de Viena determinar como requisito essencial do tratado internacional a forma escrita, a própria convenção, em seu artigo 3º, “a”, prevê que, mesmo quando não respeitada esta formalidade, não estará prejudicada a eficácia jurídica do acordo.

de Itaipu, de propriedade do Brasil e do Paraguai).

No que toca aos efeitos dos tratados internacionais, estes abrangem os signatários ou eventualmente terceiros. Os signatários ficam obrigados pelo tratado internacional celebrado, sujeitando-se aos seus termos. Isto porque estes passam a integrar o sistema jurídico dos países signatários, possuindo a estrutura hierárquica de uma lei nacional - quando não possuírem hierarquia maior. Já os terceiros, para que possam ser envolvidos no tratado, devem manifestar seu consentimento. Se a previsão que envolve terceiro atribuir-lhe um direito, o silêncio será interpretado como aquiescência. Caso a previsão estabeleça uma obrigação, o silêncio será entendido como negativa.

### **I.c. Procedimento externo de aprovação**

O procedimento para a aprovação de um tratado internacional se inicia com a apresentação da carta de plenos poderes pelo plenipotenciário. Esta carta é expedida pelo chefe de Estado, que outorga ao seu portador os poderes necessários para a celebração do tratado pretendido. Estão dispensados de portar a carta de plenos poderes o chefe de Estado, o chefe de Governo e o ministro das Relações Exteriores.

Logo em seguida, tem início a etapa de negociações, na qual os sujeitos internacionais envolvidos buscam estabelecer um denominador comum, que atenda aos interesses das partes envolvidas. É nesta fase que deve ocorrer o acordo entre as partes, sem que haja vício de consentimento. Afinal, a existência de semelhante vício pode ensejar a anulabilidade da cláusula viciada ou a nulidade de todo o tratado.<sup>4</sup>

Encontrando-se um denominador comum, será então definido o objeto do tratado, o qual deverá ser possível, lícito e permitido pelo direito internacional, bem como estar de acordo com a moral.

Feito isso, passa-se a etapa de assinatura do tratado. A assinatura não tem o condão de gerar obrigações entre os signatários. Ela apenas atesta a autenticidade das cláusulas pactuadas, as quais serão ainda sujeitas à apreciação no âmbito interno de cada um deles.

Se o teor do tratado internacional for aprovado nas instâncias internas dos signatários, ele será então ratificado. A ratificação é o ato unilateral e discricionário, proferido no plano internacional, direcionado aos demais signatários do tratado, no qual a parte expressa a sua vontade em definitivo de responsabilizar-se pessoalmente perante a comunidade internacional nos termos pactuados. Este ato marca o início da vigência do tratado celebrado.

### **I.d. Procedimento interno de aprovação**

Entre as etapas de assinatura e ratificação do tratado no plano internacional, ele passa por um processo de análise e aprovação no âmbito interno do próprio signatário.

No Brasil, a competência do Congresso Nacional para a apreciação do tratado restringe-se à aprovação ou rejeição do seu texto. Afinal, não se admite que este órgão altere o teor do

<sup>4</sup> Artigo 52 da Convenção de Viena de 1969: "É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas".

que foi previamente pactuado junto aos demais signatários no plano internacional. Assim, na etapa de análise interna, ou o tratado é aprovado e vai para ratificação, ou o tratado é rejeitado e, portanto, não será ratificado.

Essa análise inicia-se com a recepção pelo Congresso Nacional de mensagem encaminhada pelo presidente da República, acompanhada de exposição de motivos, elaborada pelo ministro das Relações Exteriores. A mensagem e a exposição serão seguidas pelo texto com o inteiro teor do tratado.

Recebida a mensagem, ela será encaminhada primeiramente para a Câmara dos Deputados, onde tramitará para, posteriormente, caso aprovada, ser remetida para a apreciação do Senado Federal.

Na Câmara dos Deputados, é feita uma leitura em plenário para que os deputados tomem conhecimento do teor do tratado que se pretende ratificar. Feito isso, forma-se um processo que receberá numeração própria, e este será remetido à Comissão de Relações Exteriores, aonde será designado um relator, o qual proferirá um parecer e apresentará um projeto de decreto legislativo.

O projeto de decreto legislativo, que traz consigo o inteiro teor do tratado, será então submetido ao crivo da Comissão de Constituição e Justiça.

Uma vez aprovado nas duas comissões supramencionadas, o projeto de decreto legislativo será submetido à votação em plenário, em turno único, ocasião em que precisará de quórum de maioria simples (mais da metade dos votos dos deputados presentes na sessão) para que seja aprovado. Uma vez aprovado, será o projeto de decreto legislativo encaminhado para o Senado Federal.

Chegando ao Senado Federal, ele será lido em plenário para que todos os senadores tomem conhecimento do seu teor. Em seguida, é enviado para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sendo que, se aprovado pela referida comissão, poderá ser incluído na ordem do dia para votação em plenário.

Uma vez aprovado em plenário, sem emendas, em turno único, fica dispensada a elaboração de redação final. Assim, o presidente do Senado faz a promulgação do decreto legislativo em nome do Congresso Nacional, atribuindo-lhe um número.

Após a promulgação do decreto legislativo, o presidente da República expede decreto executivo, dando publicidade ao tratado aprovado. A expedição de decreto executivo é condição de validade do tratado no âmbito interno, o qual, uma vez publicado, passa a ter força normativa e revoga as disposições em contrário.

### **I.e. Status normativo dos tratados internacionais**

Uma vez incorporados ao sistema jurídico brasileiro, os tratados internacionais devem ter atribuído a si um determinado *status* normativo. Afinal, no âmbito interno, a solução de eventual colisão entre tratado e lei deverá passar pela análise do *status* normativo, com o qual o tratado foi incorporado ao sistema jurídico.

Nesse ponto, é importante frisar que, salvo previsão expressa no Código Tributário Nacional estabelecendo que os tratados internacionais revogam as leis tributárias em contrário e vinculam as que lhes forem posteriores<sup>5</sup>, em nenhum outro dispositivo normativo é possível

<sup>5</sup> Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados

encontrar disposição semelhante. Desta forma, a definição do *status* normativo dos tratados internacionais em geral - excetuados os tratados com normas de direito tributário - ficou a cargo do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido da tarefa, estabeleceu precedente no início do século passado ao julgar, em 1914, um pedido de extradição e declarar em vigor um tratado, apesar de haver lei posterior em contrário. Na mesma linha, a Apelação Cível n° 7.872, de 1943, estabeleceu que lei não revoga tratado.

Contudo, em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 80.004, o Supremo Tribunal Federal modificou o precedente, e passou a admitir a derrogação de tratado por lei posterior em sentido contrário. A partir daí, este passou a ser o entendimento reinante naquela corte.

## II. Tratados Internacionais de Direitos Humanos

### II.a. *Status* normativo antes da emenda constitucional n° 45/2004

No que se refere à incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro dos tratados internacionais de direitos humanos, é preciso dizer que sempre existiu discussão a respeito do *status* normativo com qual os mesmos seriam incorporados. Mesmo antes da reforma constitucional, que incluiu o § 3° no artigo 5° da Constituição, muito já se discutia a respeito deste tema.

Isso porque, para alguns estudiosos, os tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a matéria neles tratada, teriam *status* de norma supraconstitucional, isto é, estariam acima da Constituição. Trata-se, obviamente, de vertente de cunho jusnaturalista, na medida em que atribui a estes direitos de natureza uma posição ainda mais privilegiada do que a da própria Constituição.

Por sua vez, outros autores entendiam que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* normativo constitucional. Segundo os defensores dessa corrente, o § 2° do artigo 5° da Constituição brasileira estabeleceria esta regra na medida em que o dispositivo constitucional invocado determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em outras palavras, para os defensores dessa posição, ao determinar a não exclusão dos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, estaria este dispositivo atribuindo-lhes *status* de norma constitucional.

De outro lado, existiam aqueles que defendiam que os tratados internacionais de direitos humanos deveriam receber tratamento idêntico àquele dispensado aos outros tratados internacionais, independentemente da matéria. Dentre eles, era possível encontrar duas correntes: a primeira defendia a suprallegalidade, porém a infraconstitucionalidade dos tratados internacionais; a segunda preceituava a paridade legal dos tratados.

Para os que defendiam a primeira corrente, os tratados internacionais, ainda que de direitos

---

pela que lhes sobrevenha.

humanos, possuem *status* normativo superior ao da lei e fundamentam sua posição no princípio da boa-fé. Afinal, não seria possível o Estado celebrar um tratado assumindo uma obrigação no plano internacional e, posteriormente, eximir-se de cumpri-la, alegando que lei posterior revogou o tratado. Isto, inclusive, está previsto na Convenção de Viena sobre a celebração de tratados de 1969.<sup>6</sup>

Já os defensores da paridade legal entendem que a lei interna e o tratado internacional - mesmo que este último verse sobre direitos humanos - possuem a mesma hierarquia, podendo um revogar o outro, utilizando para isto o critério temporal (*lex posterior derogat legi priori*).

Não obstante a existência de quatro correntes distintas, a maior parte da doutrina brasileira polarizou-se em duas delas: a que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos *status* de norma constitucional e a que entendia que estes, assim como qualquer outro tratado, encontravam-se no mesmo nível das leis, podendo, inclusive, um revogar o outro.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual entendeu que prevalecia o entendimento que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* normativo de lei, podendo, inclusive, ser revogado por lei posterior.

Ilustra esse entendimento o julgamento da ADI nº 1.480-3/DF, que tinha por objeto a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no qual o Supremo Tribunal Federal considerou que, mesmo se tratando de questão envolvendo direitos humanos, os tratados internacionais estão subordinados à Constituição, e estão em situação de paridade normativa com a lei, podendo, inclusive, um revogar o outro.

## **II.b. Status normativo após a Emenda Constitucional nº 45/2004**

No ano de 2004 foi promulgada a emenda à constituição do Brasil de número 45. Esta emenda, dentre outras coisas, incluiu no artigo 5º da Constituição o § 3º (antes inexistente), que versa o seguinte:

§ 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.

É interessante ter em mente que este requisito de votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional por quórum qualificado é idêntico ao estabelecido pelo constituinte originário no artigo 60, § 2º para a aprovação de emenda à constituição, independentemente da matéria:

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Um problema se instaurou! Aqueles que defendiam o *status* constitucional dos direitos

<sup>6</sup> Artigo 27. Direito interno e observância de tratados: uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

humanos começaram a buscar as mais diversas e criativas soluções interpretativas para, mesmo com a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição do Brasil, manter o *status* de norma constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Já os que defendiam a infraconstitucionalidade passaram a afirmar que, após a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição brasileira, a interpretação sistemática do princípio constitucional aponta para a seguinte conclusão: os tratados internacionais de direitos humanos, assim como qualquer outro tratado internacional ou matéria não contrária a Constituição, poderão ser alçados ao patamar de norma constitucional desde que aprovado pelo quórum qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais.

### II.c. Crítica às interpretações divergentes

Não obstante o entendimento no sentido de que a única interpretação que preserva a unidade da constituição ser aquela que pressupõe a constitucionalização formal dos tratados internacionais de direitos humanos, existem outras interpretações dos dispositivos constitucionais mencionados (§§ 2º e 3º do artigo 5º) que buscam preservar o *status* de norma constitucional que já era defendido antes por seus interpretes.

A primeira teoria afirma que a conjugação dos §§ 2º e 3º do referido artigo estabelecem duas espécies de normas constitucionais. Segundo os defensores desta teoria, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45 seriam normas materialmente constitucionais, enquanto os tratados internacionais de direitos humanos aprovados após esta emenda, com quórum qualificado, seriam normas material e formalmente constitucionais. Por conta disso, os primeiros seriam denunciáveis, enquanto os segundos não.<sup>7</sup>

Isso nos parece uma manobra interpretativa arrojada, porém incabível no sistema constitucional brasileiro. Afinal, a noção de materialidade constitucional mencionada pressupõe a atribuição de regime constitucional a normas que não estão formalmente na constituição. O problema é que, de acordo com a teoria da materialidade constitucional, entre as matérias elencadas como constitucionais, estão os direitos humanos e também grande parte das normas de direito eleitoral. Contudo, estas últimas não recebem o mesmo tratamento por não ser esta a opção da Constituição.

Ora, admitir a adoção parcial da teoria apenas no que interesse parece-nos casuísmo, o que é contrário à cientificidade do Direito.

Uma segunda teoria tenta harmonizar a interpretação dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição do Brasil, também ela na linha da atribuição do *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes e depois da Emenda Constitucional nº 45.

De acordo com seus defensores, a emenda constitucional em questão é uma manifestação do Poder Constituinte, e por ser uma manifestação de tal natureza, ao incluir o § 3º no artigo 5º da Constituição brasileira ela teria ensejado a manifestação do fenômeno da recepção. Em outras palavras, ao incluir o § 3º no artigo 5º da Constituição, a Emenda Constitucional nº 45 teria recepcionado como norma constitucional os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente aprovados, ainda que aprovados sem o

<sup>7</sup> Neste sentido: PIOVESAN, *in* TAVARES; LENZA; ALARCÓN, 2005, p. 67-81.

quórum qualificado.<sup>8</sup>

Em que pese o esforço dos defensores dessa corrente, parece-nos que ela sofre de um sério problema estrutural. Isto porque o fenômeno da recepção é inerente ao Poder Constituinte Originário, isto é, àquele que faz nascer uma nova Constituição e, conseqüentemente, inaugura uma nova ordem jurídica. Por isso, diz-se que o Poder Constituinte Originário é ilimitado juridicamente.

Contudo, em que pesem as emendas constitucionais sejam uma manifestação do Poder Constituinte, estas não são manifestações originárias, mas sim fruto do Poder Constituinte Derivado, ou seja, são frutos de um Poder Constituinte Constituído, que tem por finalidade alterar as normas constitucionais dentro dos limites que a própria Constituição estabelece. Isto posto, trata-se de um poder limitado e, por sofrer limitação, não pode manifestar o fenômeno da recepção.

Assim, por ser a Emenda Constitucional n° 45 uma manifestação do Poder Constituinte Derivado, não cabe falar no fenômeno da recepção, uma vez que este é inerente apenas ao Poder Constituinte Originário, pois somente este é juridicamente ilimitado.

### III. Uma solução humanista pela Teoria da Constituição

Segundo parece-nos, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela paridade legal das normas provenientes dos tratados internacionais, baseou-se num conceito de constitucionalismo arcaico, não mais existente, o qual limita este fenômeno ao simples controle do poder político pelo instrumento jurídico da Constituição.

Todavia, já há algum tempo o conceito de constitucionalismo mudou, pois passou-se a enxergar este fenômeno como possuindo natureza jurídica, política e também ética.<sup>9</sup> Nesta perspectiva, não apenas o controle do poder pelo poder está na essência da Constituição, mas também a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Ao enxergarmos a Constituição como objeto do constitucionalismo, e ao reconhecermos o seu caráter ético juntamente com o político e o jurídico, somos levados a interpretar o § 2° do artigo 5° como estabelecendo o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil. Por se tratar de norma proveniente do poder constituinte originário, deve servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade das emendas à constituição que porventura sejam aprovadas.

Dessa forma, parece-nos que a solução mais adequada constitucionalmente também é a mais simples. Tendo por premissa que a Constituição possui um caráter ético, político e jurídico (simultaneamente), e sabendo que as normas constitucionais servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e das emendas à Constituição, é a análise do § 3° do artigo 5° à luz dos dispositivos da própria Constituição que nos dará a resposta para o problema.

Como já dissemos, se a interpretação do § 2° do artigo 5° que está em consonância com

<sup>8</sup> Nesse sentido: FRANCISCO, in TAVARES; KHAMIS, 2006, p. 99-105.

<sup>9</sup> "Conceituamos o constitucionalismo como o processo dialético de natureza ética, política e jurídica, que se desenrola no curso da história a partir de premissas emancipatórias, cuja finalidade é a criação e a manutenção de uma constituição, a qual deverá figurar como instrumento de contenção do exercício do poder pelo próprio poder, e como fonte garantidora da fruição e do exercício dos direitos fundamentais em sua plenitude". (KHAMIS, 2006, p. 77).



o caráter ético da Constituição é justamente a que atribui *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, fica claro que o § 3º deve ser interpretado tendo por base o conteúdo jurídico do § 2º. Assim, está evitado o vício de inconstitucionalidade o § 3º do artigo 5º da Constituição brasileira, incluído pela Emenda Constitucional n° 45 - uma manifestação do poder constituinte derivado.

#### IV. Conclusão

Diante do exposto, parece-nos que uma análise à luz do moderno conceito de constitucionalismo, que reconhece o caráter simultaneamente ético, político e jurídico da Constituição, leva ao reconhecimento da nulidade do § 3º do artigo 5º pelo vício de inconstitucionalidade. O reconhecimento deste vício só é possível porque a emenda constitucional que o criou afrontou o conteúdo jurídico atribuído ao § 2º pelo constituinte originário.

#### Bibliografia

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out. 1988.
- CONVENÇÃO de Viena sobre Direito dos Tratados. 21 mar. 1986.
- CONVENÇÃO de Viena sobre Direito dos Tratados. 23 mai. 1969.
- FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; KHAMIS, Renato Braz Mehanna. Ética, dialética e constitucionalismo: por uma hermenêutica constitucional orientada a valores*. São Paulo: PUC-SP, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário de direitos humanos. *In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.