 doi: https://doi.org/10.35699/2525-8036.2021.29234

# A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA: REFLEXOS DAS DIFERENTES HIERARQUIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO[*]

*André Luiz Machado Borges* [**] *& Fabrizio Jacobucci* [***]

**Resumo:** O Brasil expressa ante a sociedade internacional seu empenho em dar efetividade às obrigações resultantes de tratados internacionais com matéria de direitos humanos ao alterar seus mecanismos internos e conceder, sob condições procedimentais, status equiparado ao constitucional para acordos internalizados que versem sobre esta matéria. Já aqueles tratados não ratificados através desse mecanismo são considerados pelo Supremo Tribunal Federal como normas supralegais. O Brasil se mostra no cenário internacional como um Estado receptivo a produção normativa do direito internacional. Isto porque adere a centenas de tratados nos planos universal e regional dos mais diversos temas, não obstante acatar dispositivos internacionais de *soft law*, e também alterar sua legislação interna a fim de dar maior enfoque às questões de direitos humanos. Neste sentido, o legislador brasileiro incluiu nos termos da Constituição Federal a possibilidade de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possam ser analisados pelo Congresso e, se aprovados por quórum qualificado e promulgados pelo chefe do Poder Executivo, elencados ao status equivalente ao de emendas constitucionais. Dessa forma, o ordenamento jurídico realçaria a defesa pelos principais valores da República brasileira – o respeito e dignidade à pessoa humana. O artigo tem a intenção de abordar quais as implicações desta classificação no ordenamento jurídico brasileiro e no cumprimento das obrigações internacionais do Brasil advindas de tratados firmados pelo país, especialmente no que diz respeito à aplicação dos tratados pelo Judiciário brasileiro. A metodologia utilizada no trabalho será a pesquisa de jurisprudência, legislação e doutrina de direito interno e internacional.

**Palavras-chave**: Supralegalidade; Direitos Humanos; Tratados Internacionais; Direito Internacional; Constituição Federal.

[*] O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

[**] Doutorando em Direito pela UFPR, Brasil. Bacharel (2016) e Mestre em Direito (2019; bolsista CAPES/PROEX) pela UFPR. Pesquisador vinculado ao CCONS/UFPR (Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia). Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Tem interesse acadêmico nos seguintes temas: Filosofia e Teoria do Direito, Teoria Constitucional e Filosofia Política. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5055-7355. Contato: andrelmborges@hotmail.com

[***] Mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Brasil. Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pelas Centro Universitário de Ourinhos. Coordenador Regional do Refúgio 343, organização humanitária dedicada à reinserção socioeconômica de refugiados e migrantes. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3530-7745. Contato: fcjacobucci@gmail.com

# THE SUPRALEGALITY OF INTERNATIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTSM IN PERSPECTIVE: REFLECTIONS OF DIFFERENT HIERARCHIES IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

**Abstract:** Brazil expresses before the international society its commitment to give effect to the obligations resulting from international treaties regarding human rights by changing its internal mechanisms and granting, under procedural conditions, constitutional equivalent status for internalized treaties on this matter. Those treaties not ratified through this mechanism are considered by the Brazilian Federal Supreme Court as supralegal rules. Brazil appears on the international scene as a receptive State to the normative production of international law. This is because it adheres to many treaties at the universal and regional levels on the most diverse of topics, despite complying with international soft law provisions, and also amending its domestic legislation in order to give greater focus to human rights. In this sense, Brazilian legislator includes the Federal Constitution the possibility that internationals on human rights can be imposed by Congress and, if applicable by a qualified quorum and enacted by the head of the Executive Branch, listed with the status equivalent to that of constitutional amendments. In this way, the legal system would emphasize the defense of the main values of the Brazilian Republic - respect and dignity for the human person. This article intends to approach the implications of this classification for the Brazilian legal system and for the fulfilment of Brazil's international obligations arising from treaties signed by the country, especially regarding the application of treaties by the Brazilian Judiciary. The methodology applied for this article will be jurisprudence, legislation and doctrine of domestic and international law.

**Keywords**: Supralegality; Human Rights; International Treaties; International Law; Federal Constitution.

# LA SUPRALEGALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA: REFLEJO DE LAS DIFERENTES JERARQUÍAS EN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

**Resumen:** Brasil expresa ante la sociedad internacional su compromiso de hacer efectivas las obligaciones resultantes de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, modificando sus mecanismos internos y otorgando, bajo condiciones de procedimiento, un estatus equivalente al de la Constitución a los acuerdos internalizados en esta materia. Los tratados no ratificados mediante este mecanismo son considerados por el Tribunal Supremo como normas supralegales. En la escena internacional, Brasil es un Estado receptivo a la producción normativa del derecho internacional. Esto se debe a que se adhiere a cientos de tratados a nivel universal y regional sobre un amplio abanico de temas, sin perjuicio de que acepte las disposiciones internacionales de *soft law*, y también modifica su legislación interna para dar mayor importancia a las cuestiones de derechos humanos. En este sentido, el legislador brasileño incluyó en los términos de la Constitución Federal la posibilidad de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos pudieran ser analizados por el Congreso y, en caso de ser aprobados por quórum calificado y promulgados por el titular del Poder Ejecutivo, se les diera el estatus equivalente a las enmiendas constitucionales. De

este modo, el sistema jurídico potenciaría la defensa de los principales valores de la República brasileña – el respeto y la dignidad de la persona humana. El artículo pretende abordar las implicaciones de esta clasificación en el ordenamiento jurídico brasileño y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil derivadas de los tratados firmados por el país, especialmente en lo que respecta a la aplicación de los tratados por parte del poder judicial brasileño. La metodología utilizada en el trabajo será la investigación de la jurisprudencia, la legislación y la doctrina del derecho interno e internacional.

**Palabras clave**: Supralegalidad; Derechos Humanos; Tratados Internacionales; Derecho Internacional; Constitución Federal.

---

## 1 Introdução

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a defesa dos direitos humanos tem sido uma bandeira amplamente difundida na sociedade. No cenário internacional, a Organização das Nações Unidas tem a proteção do indivíduo como seu principal objetivo, compelindo as sociedades internas que também assim o façam. Contudo, cumpre inicialmente enfrentar os desafios advindos da pluralidade das ordens jurídicas nacional e internacional em uma sociedade de Estados horizontal e anárquica.

Seja qual for a teoria aplicada à análise da coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos – monista ou dualista – é fato que há necessidade de conversa entre o que é produzido em âmbito internacional e o que é efetivado em âmbito interno dos Estados. Atualmente, constata-se que o direito constitucional de muitos Estados tem guinado em direção ao refinamento de dispositivos e instituições de direito internacional, dando a estes valoração no mais alto nível do ordenamento jurídico interno. Consequentemente, há um aumento no número de constituições nacionais que fazem referência ao direito internacional - exemplos seriam os dispositivos constitucionais que dispõem sobre o poder dos órgãos do Estado no que se refere às suas relações externas, especialmente sobre a competência para assinatura e negociação dos tratados.

Com maior frequência, as constituições dos Estados têm dado especial atenção às organizações internacionais, aos mecanismos de soluções de controvérsias internacionais e à proteção dos direitos humanos. Para o último, o direito constitucional tem ido ainda além: dá prioridade plena para o direito internacional e/ou garante acesso à mecanismos internacionais de controle.

Nota-se que este avanço não resolve todos os problemas da efetivação do respeito aos direitos humanos, mas significa dizer que os ordenamentos jurídicos interno e

internacional estão cada vez mais convergentes, e que as diversas constituições nacionais tenderão a seguir o caminho natural de adicionar mais pontos em comum, especialmente no que tange aos devidos padrões internacionais pela dignidade mínima dos direitos da pessoa humana.

O Brasil se mostra no cenário internacional como um Estado receptivo a produção normativa do direito internacional. Isto porque adere a centenas de tratados nos planos universal e regional dos mais diversos temas, não obstante acatar dispositivos internacionais de *soft law*, e também alterar sua legislação interna a fim de dar maior enfoque às questões de direitos humanos.

Neste sentido, o legislador brasileiro incluiu nos termos da Constituição Federal a possibilidade de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possam ser analisados pelo Congresso e, se aprovados por quórum qualificado e promulgados pelo chefe do Poder Executivo, elencados ao status equivalente ao de emendas constitucionais. Dessa forma, o ordenamento jurídico realçaria a defesa pelos principais valores da República brasileira – o respeito e dignidade à pessoa humana.

Na tentativa de compreender aqueles tratados internacionais anteriores à inclusão desta nova possibilidade e aqueles tratados que, mesmo versando sobre matéria de direitos humanos, não receberem do Congresso Nacional o *iter* previsto, o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria da *supralegalidade* – hipótese em que estes tratados seriam ratificados com status legal inferior à Constituição e superior à legislação infraconstitucional.

Quais seriam as aplicações práticas deste entendimento? O que muda em matéria de responsabilização internacional do Brasil pelo não cumprimento de tratados internacionais ratificados pelo país? Seria a tese da *supralegalidade* a solução para as celeumas na efetivação dos tratados de direitos humanos?

## 2 A internacionalização dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, vale ressaltar que não deve haver qualquer tipo de relação entre Estados de maneira coercitiva ou não voluntária. De acordo com os preceitos do direito internacional, todas as formas de relações entre sujeitos de direito internacional público, sejam elas diplomáticas, políticas ou econômicas, somente devem se dar de forma livre, logo, nenhum sujeito deveria ser obrigado a assinar ou ratificar um tratado internacional. Porém, tal afirmação, baseada no princípio da soberania das nações, encontra desafios indiretos que

se respaldam no princípio da cooperação. Discorre, sobre o assunto, o professor Marcelo D. Varella:

> Claro, nenhum Estado é forçado a adotar uma norma internacional ou a participar de um processo de expansão do direito internacional, cedendo seus espaços de competência interna. Todavia, os Estados estão constantemente submetidos a um conjunto de escolhas, a respeito das quais, para poder obter alguns benefícios jurídicos, políticos, econômicos, ambientais ou outros, precisam ceder, cooperar, participar de uma regulação jurídica e política progressivamente mais internacionalizada[1].

Tal alteração do conceito absoluto de soberania do Estado é aceita e tolerada pelo ordenamento jurídico interno quando se resta demonstrado que a finalidade e o objetivo almejados pelos efeitos do tratado internacional afetam diretamente ou indiretamente o bem-estar da população. Nesse sentido, ainda não é possível afirmar que há uma caminhada uníssona dos Estados em direção à uniformização de importantes bandeiras internacionais em suas constituições, especialmente em razão da constante rejeição da agenda por parte dos sistemas jurídicos.

O tratado internacional é uma das formas de instrumentalização do acordo formal entre as pessoas jurídicas de direito internacional público, destinado a produzir efeitos jurídicos. Após sua elaboração, inicia-se o processo de introdução dessa norma no âmbito interno de seus países membros, que pode adentrar ao ordenamento jurídico com força de norma infraconstitucional, ou até mesmo com status de norma constitucional[2].

Logo, ao ingressar no ordenamento jurídico dos países membros, através da recepção, a norma passa a gerar efeitos legais em âmbito da legislação interna. Após manifestado o interesse de acordar pelas partes pactuantes, seja esse tratado bilateral (com dois sujeitos de direito internacional público) ou multilateral (com três ou mais sujeitos) e tendo o tratado sido elaborado, parte-se para a fase de integração desta norma no âmbito interno[3].

A expressão do consentimento pode ser feita de duas maneiras: através da *assinatura*, que "põe termo a uma negociação fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas acima disso, exteriorizando em definitivo o consentimento das pessoas

---

[1] VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

[2] Sobre este tema, ensina Francisco Rezek: "A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de *ato jurídico* e de *norma.* O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que por produzi-la desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional. (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42)

[3] REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2013, p 42.

jurídicas de direito das gentes"[4] e da *ratificação*, que é o "ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se"[5]. Sobre o processo de elaboração do tratado, disserta Pedro Lenza:

> Em relação ao Brasil, como deflui da análise do art. 84, VIII, da CF/88, é de competência privativa do Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". (...) Assim, primeiro ocorre a celebração do tratado, convenção ou ato internacional pelo Presidente da República para, depois e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e oportunidade. Desta feita, concordando o Congresso Nacional com a celebração do ato internacional, elabora-se o decreto legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo (...)[6].

Após sua elaboração, se dá a incorporação destes tratados no ordenamento jurídico interno por meio da recepção dessa norma. Sobre o assunto, continua o doutrinador constitucional: "a próxima etapa, portanto, com o objetivo de que o tratado se incorpore por definitivo ao ordenamento jurídico interno, é a fase em que o Presidente da República, mediante decreto, promulga o texto, publicando-o**,** em português**,** em órgão da imprensa oficial, dando-se, pois, ciência e publicidade da ratificação da assinatura já lançada, ou, caso esta não se tenha externado, da adesão a determinado tratado ou convenção de direito internacional"[7]. Após os fenômenos da promulgação e publicação, encontra-se tal tratado recepcionado com efeito básico da executoriedade, visto que, a partir deste momento, passa a obrigar no plano de direito positivo interno e as especificidades que se aplicam ao tratamento da questão em se tratando de tratados internacionais sobre direitos humanos.

## 3 Hierarquia das normas internacionais no âmbito interno e os tratados internacionais sobre direitos humanos

Ao adentrarem no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais adquirem força de norma legal interna a partir de sua entrada em vigência, a depender do prazo fixado pelo próprio pacto. Baseando-se na ordem das leis no sistema jurídico, torna-se imprescindível a análise dos aspectos material (assunto que o tratado versa) e formal (maneira de aprovação deste ato internacional no âmbito interno).

---

[4] *Ibidem*, p. 70.
[5] *Ibidem*, p. 74.
[6] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 551.
[7] *Idem*.

O constituinte de 1988 expressou o importante papel dos tratados internacionais em face ao ordenamento jurídico pátrio ao incluir o §2º do artigo 5º da Constituição: "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"[8]. Embora tenha elencado tal disposição como capaz de trazer novas dimensões aos tratados celebrados pelo Brasil, a norma suscitou posições antagônicas e conflitantes, resultando em um entendimento dúbio acerca de qual posição na hierarquia os tratados internalizados assumiriam[9].

Tal silêncio constitucional impulsionou o desenvolvimento de algumas teses acerca do tratamento legal dos tratados em matéria de direitos humanos. A tese da *legalidade* equipara o tratado internacional à legislação federal, com status de lei ordinária, podendo revogar a legislação ordinária geral anterior; a tese da *supralegalidade* confia ao tratado internacional de direitos humanos status superior ao das leis ordinárias, mas inferior ao das normas constitucionais*;* a tese da *constitucionalidade* concede este status ao tratado de direitos humanos com base no teor de cláusula aberta do artigo 5º, §2º da Constituição; e, por fim, a tese da *supraconstitucionalidade*, que confere o mais alto status aos tratados em matéria de direitos humanos[10].

A intenção de consolidar a supralegalidade como teoria predominante vem no sentido de que a flexibilidade constitucional encontra nesta tese a superação da ausência de hierarquia nítida, que veio ressaltada pela Emenda Constitucional nº 45/2004[11]. Esta alteração feita pelo poder constituinte reformador (denominada "reforma do Judiciário") introduziu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal com a previsão de que tratados internacionais com matéria de direitos humanos sejam equiparados às emendas constitucionais, sob condição de quórum qualificado: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

[8] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de out. de 1988.*
[9] BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013.
[10] BASTOS JUNIOR; GONÇALVES. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema *cit.*
[11] OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira. O Estado constitucional solidarista: estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Valdir do (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"[12].

Contudo, ainda havia dúvida sobre a interpretação dos demais tratados. Anos mais tarde, os julgamentos do Recurso Extraordinário nº 466.343 e do Habeas Corpus nº 87.585 pelo Supremo Tribunal Federal se configurariam como a base do entendimento acerca de como os tratados internacionais são internalizados na ordem jurídica brasileira: com *status constitucional*, se aprovados pelo Congresso Nacional respeitando o quórum do artigo 5º, §3º; com *status supralegal*, se, com matéria de direitos humanos, tenham sido ratificados antes da publicação da EC 45/2004 ou a qualquer momento, desde que não respeitado o quórum do artigo constitucional; ou com *status ordinário*, se tratar de qualquer outra matéria que não direitos humanos[13].

O Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter peso de norma *supralegal* (tratado internacional ratificado com quórum simples antes da promulgação da EC 45/2004), atingiu preceitos já consolidados pela Carta Magna, alterando-os. Como exemplo, é possível analisar a prisão civil do depositário infiel, que doravante permitida no Brasil por norma constitucional, tornou-se inaplicável com a recepção do referido pacto internacional[14]. Não obstante a proibição de tal prisão, a Constituição da República de 1988 permite apenas uma hipótese de prisão civil, que pode ser realizada contra o devedor de alimentos.

Aqui cabe ressalva quanto à "*supralegalidade*" dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta tese, defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no voto do RE nº 466.343, se baseia no argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas revestidos de *supralegalidade* devido à sua especialidade em relação às demais normas internacionais. Os tratados sobre direitos humanos, segundo esta tese, pairam, na hierarquia do ordenamento jurídico interno, entre as normas Constitucionais e as normas infraconstitucionais. Por este motivo, diz-se que a norma constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante dos efeitos desses tratados[15]

[12] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de out. de 1988.*
[13] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, vol. XII, n. 15, São Paulo: 2009.
[14] LENZA. *Direito constitucional esquematizado*. *cit.*, p. 551.
[15] *Idem*.

Sobretudo, a elevação de status no ordenamento concedida aos tratados internacionais sobre direitos humanos – quer constitucional ou supralegal – tem o cunho de impedir que as leis ordinárias invadam o campo da matéria trazida por estes tratados, com a defesa de que estes são incumbidos de proteger o bem maior de todas as sociedades: o indivíduo[16].

Em suma, pode-se afirmar que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que reúnem os requisitos material e formal, ou seja, que tenham sido aprovados com o *quórum* de Emenda Constitucional, adentram no ordenamento jurídico com força de norma constitucional, ao passo que os tratados de direitos humanos que reúnem apenas o requisito material, ou seja, que não tenham obtido o *quórum* de maioria qualificada no Congresso Nacional, integram o ordenamento jurídico como normas supralegais, se mantendo entre o bloco de constitucionalidade e as leis infraconstitucionais e tratados internacionais comuns[17].

No que se refere ao tratado internacional que discorre sobre matéria diversa de direitos humanos, o nível hierárquico é outro: o de lei infraconstitucional. O tratado que é incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com caráter de norma infraconstitucional situa-se nos mesmos patamares e planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, estando sujeitas, inclusive, ao controle de constitucionalidade perante os tribunais, seja ele suscitado de forma difusa ou concentrada[18].

## 4 Reflexos dos tratados internalizados com status constitucional

Os tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional "passam a servir de meio de controle concentrado de constitucionalidade da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle difuso"[19]. Ainda que o marco inicial para o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos tenha sido a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que ocorreu em 1984 - período anterior à promulgação da Carta Magna de 1988 – destaca-se que os mais importantes tratados internacionais sobre Direitos Humanos foram ratificados pelo ordenamento brasileiro sob a égide da Constituição

[16] GOMES; MAZZUOLI. Tratados internacionais..., *cit.*
[17] LENZA. *Direito constitucional esquematizado*. *cit.*, p. 551.
[18] *Idem*.
[19] PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Cidadã[20]. Dentre os demais tratados, ratificou-se a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990 e, especialmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992. Neste sentido. destacam-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, é exemplo de norma internalizada com status constitucional, tendo observado o procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, com sua aprovação do Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008) e sua promulgação pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Os reflexos desta norma internacional no ordenamento jurídico pátrio culminaram no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015), que, ao compatibilizar-se com as demais normas infraconstitucionais, expressamente alterou a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, a Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, e a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.

Outro exemplo de internalização com status constitucional é o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraquexe, em 27 de junho de 2013, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 261, de 25 de novembro de 2015, conforme o procedimento de que trata o § 3º do art. 5º da Constituição, e, posteriormente, promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 9.522, de 8 de outubro de 2018.

[20] PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Contudo, diferentemente do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Tratado de Marraquexe ainda não está regulamentado e, atualmente, a minuta de decreto regulamentador foi submetida à consulta pública pela Secretaria Especial da Cultura do Ministério do Turismo para participação da sociedade civil.

Não obstante seus reflexos na produção normativa, os tratados internacionais de direitos humanos com status constitucional acarretam no controle de convencionalidade concentrado, por meio de ações do controle concentrado, como a ADI (para invalidar a norma infraconstitucional por inconvencionalidade), a ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (para exigir o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º da Constituição e em vigor no Estado[21].

## 5 Reflexos dos tratados internacionais com status de supralegalidade

O Ministro Glmar Mendes do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703-1 concebeu os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao § 3o do art. 5o da Constituição Federal como norma supralegal, reconhecendo caráter especial aos diplomas internacionais sobre direitos humanos, alocando-os abaixo da Constituição e acima da legislação interna, tornando inaplicável, desse modo, toda a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela posterior ou anterior ao ato[22].

Desta forma, o status supralegal dos tratados de direito internacional de direitos humanos estariam sujeitos ao "controle de convencionalidade", que "não seria outra coisa que o mecanismo de operação dessa reestruturação das relações internacionais com relação à 'matéria' dos direitos humanos"[23].

---

[21] PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. *cit.*

[22] DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Erivelton Telino Silva da. *O Supremo Tribunal Federal e a norma supralegal: apontamentos frente à estrutura hierárquico-normativa brasileira*. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo.

[23] CARDUCCI, Michele. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 81.

Ressalta-se que o controle de convencionalidade surgiu no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1994, por meio de opiniões consultivas, merecendo destaque a Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994 - Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leys Violatorias de la Convencíon, artículos 1º y 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, 2004) [...] em que a Corte conclui que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constituem uma violação aos direitos e liberdades, gerando a responsabilidade internacional para o Estado[24].

A relevância do controle de convencionalidade adveio com o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos dos casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala (CIDH, 2001) e caso Tibi vs. Equador (CIDH, 2004), sendo este expressamente citado nas sentenças proferidas pelo juiz Sérgio García Ramirez. Não se pode olvidar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) ampliou os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 (e demais leis nacionais) e que podem ser reclamados, por qualquer cidadão, perante o Poder Judiciário pátrio (controle interno de convencionalidade) e ante o sistema interamericano de direitos humanos (controle externo de convencionalidade).

Os tribunais brasileiros vêm aplicando o controle de convencionalidade e consolidando o status de supralegalidade como ocorreu no HC n. 2012 00 2 029280-9, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT):

> Se a impetrante alega a inconstitucionalidade da agravante por reincidência em face do disposto no art. 8, IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que possui status de supralegalidade, porque anterior à EC 45/2004 e não submetido ao procedimento previsto no art. 5, § 3, da Constituição Federal, não há que se falar em controle de constitucionalidade da aludida norma, mas controle de convencionalidade[25].

Diante disso, os tratados internacionais de direitos humanos com status de supralegal, não internalizados pela dita maioria qualificada, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade[26].

---

[24] TEIXEIRA, Marcelo Markus. PEREIRA, Reginaldo. BIEGER, Andrey Luciano. *Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo*. *Sequência*, Florianópolis, v. 80, dez 2018.

[25] *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, HC n. 2012 00 2 029280-9, 2019, p. 2.

[26] PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. *cit.*

## 6 A supralegalidade em perspectiva: aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no judiciário brasileiro

O tema proposto pela presente pesquisa trata de questões inerentes ao direito constitucional e ao direito internacional, na medida em que um tratado internacional assinado e ratificado significa um compromisso internacional adquirido ante a sociedade internacional, ao passo que muitas vezes também exige adequação no ordenamento jurídico interno. Por esta razão, o tema precisa ser analisado através de dois prismas: o das consequências internas, e o das consequências internacionais.

A pluralidade de ordens jurídicas foi impulsionada em nível interno pela nova dinâmica do direito constitucional que configura abertura constitucionalista ao direito internacional e seus aspectos. Isso porque as constituições não puderam ficar imunes ao advento normativo trazido pelo direito internacional.

A pluralidade de ordens jurídicas traz perspectivas harmoniosas e dissonantes. Como exemplos de harmonia, temos a abertura do ordenamento interno pelas fontes internacionais previsto pela Constituição Federal de 1988 que ocorre através do complexo procedimento que reúne manifestação de vontade dos Poderes Executivo e Legislativo para que um tratado internacional venha a ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional. Este caminho é parte do pressuposto constitucional para a validade de um tratado no ordenamento brasileiro.

Além deste caminho, é importante lembrar que há a possibilidade de aplicação de fontes extra convencionais no ordenamento brasileiro: sendo o costume internacional seu o principal exemplo. Embora a Constituição Federal seja omissa nesse respeito, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado cada vez mais do costume no julgamento de suas causas.

No Brasil, a harmonia também é presente no reconhecimento do bloco de constitucionalidade composto por normas internacionais, agora revestido de hierarquia constitucional, fenômeno que ganhou força com a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 2004. Conforme demonstrado neste trabalho, tal reforma introduziu o §3º no artigo 5º, dispondo que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional (3/5 dos votos, em dois turnos de cada casa do Congresso

Nacional) ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com status *equivalente* às emendas constitucionais[27].

Ao se deparar com a análise de tratados internacionais sobre direitos humanos que tenham sido ratificados antes da promulgação da EC 45/2004, ou mesmo sob sua vigência, mas sem a obtenção do quórum qualificado, o Supremo Tribunal Federal conferiu a estes o patamar de *suprelegalidade*, para diferenciá-los do bloco constitucional restrito composto pelos novos tratados ratificados sob este rito[28].

De outro lado, há dissonância entre a pluralidade de ordens jurídicas interna e internacional na hipótese de uso doméstico deturpado de tratados e normas internacionais pelos tribunais nacionais com fulcro em suas próprias conclusões e distante da interpretação original dada ao texto, criando a figura dos *tratados internacionais nacionais*[29].

Há diversos casos em que o Estado brasileiro ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais competentes por interpretá-los, contudo, através de seu Judiciário, interpreta nacionalmente os mesmos textos sem qualquer remissão da jurisprudência dos órgãos internacionais originalmente incumbidos de sua interpretação. Não nos parece ser louvável que os tribunais brasileiros permaneçam intactos à interpretação internacional dos tratados ratificados enquanto a Constituição prega o respeito essencial aos acordos internacionais.

Da mesma maneira, um Estado não pode alegar motivação em direito interno para o descumprimento do direito internacional. Os tratados internacionais de direitos humanos compelem os Estados à alteração ou adaptação de seu ordenamento interno para a plena efetivação do disposto no acordo internacional como condição de ratificação e, portanto, não há firmeza a defesa do raso argumento de que é suficiente ratificar e incorporar tratados de direitos humanos a fim de garantir o compromisso estatal. Também não encontra segurança, em nossa visão, a defesa de que a discussão acerca do posicionamento legal (seja supralegal, ou dotado de status constitucional), embora de grande relevância, seja o único caminho para a solução deste problema. É importante aceitar sem qualquer ressalva a principal

---

[27] CARVALHO RAMOS, André. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**.** *Revista da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, 106(106-107), pp. 497-524, 2011.

[28] MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e diálogo judicial. *In*: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[29] CARVALHO RAMOS. Pluralidade das ordens jurídicas...**,** *cit.*

consequência da internacionalização dos direitos humanos: a aplicação da interpretação *internacional* sobre estes direitos, abstraindo-se a interpretação nacional[30].

Tal constatação nos parece ser o principal caminho para impedir que o Judiciário nacional crie sua própria conceituação sob institutos já definidos e de concreto entendimento internacional, como, por exemplo, o que viria a ser tortura, devido processo legal, ou mesmo direitos humanos. A ausência desta constatação coloca em risco a própria universalidade dos direitos humanos.

Neste sentido, como seria feito o controle de tratado internacional sobre direitos humanos com status *supralegal* no ordenamento jurídico brasileiro? A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, traz alguns exemplos práticos que elucidam esta tratativa.

Em primeiro lugar, há a questão da prisão do depositário infiel, afastada pelo efeito *supralegal* concedido ao Pacto de São José da Costa Rica. De acordo com a decisão paradigmática do Recurso Extraordinário nº 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal, tomada por unanimidade, cria a Súmula Vinculante nº 25 e altera o entendimento até então tomado pela Corte[31]. O tratado *supralegal* altera o entendimento do dispositivo constitucional.

Outro exemplo seria o caso a incongruência trazida pela Lei da Anistia. Em âmbito do STF, a OAB propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/2008 requerendo aplicação do parágrafo único do artigo 1º da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia) de acordo a Constituição de 1988, a fim de declarar que a anistia concedida por este dispositivo não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão. No âmbito internacional, em 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos invocando a jurisdição desta Corte contrária às leis de anistia para crimes comuns e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos. Segundo a Comissão, o Estado brasileiro deveria ser responsabilizado internacionalmente pelo não cumprimento deste entendimento jurisprudencial, uma vez que se submete à jurisdição da Corte[32].

---

[30] *Idem.*
[31] MAUÉS. *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México, cit.*
[32] CARVALHO RAMOS. Pluralidade das ordens jurídicas...**,** *cit.*

O STF julgou improcedente a ADPF e considerou que a Lei de Anistia deve alcançar os agentes da ditatura militar, durante julgamento em abril de 2010. Porém, meses depois, em novembro de 2010, a CIDH condenou o Brasil pela inobservância e descumprimento do Pacto de São José da Costa Rica, exigindo que as autoridades competentes prosseguissem com a completa investigação, persecução e punição penal dos agentes da repressão política durante a ditadura militar, obrigando o Estado brasileiro a desconsiderar a extensão da Lei de Anistia para tais indivíduos[33].

Ocorre que ambos tribunais têm a incumbência de proteger os direitos humanos, declarados fundamentais tanto pelo Pacto de São José da Costa Rica, quanto pela Constituição Federal. Nesse sentido, há o controle de *constitucionalidade* (realizado pelo STF e tribunais nacionais) e do controle de *convencionalidade* (realizado pela CIDH, órgãos de direitos humanos em âmbito internacional, e também pelo STF e tribunais nacionais). O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, declarou que a Lei de Anistia deve ser aplicada se interpretada à luz da Constituição brasileira. Em outro caminho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos, declarou que a Lei da Anistia não deve ser aplicada se interpretada à luz da DADH. Isto demonstra que os dois controles estão sendo exercidos - o de constitucionalidade e convencionalidade[34].

Embora a sentença do Supremo Tribunal Federal tenha sido desfavorável à ADPF interposta, deve o Estado brasileiro fazer cumprir o disposto na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos"[35].

O Brasil demonstra seu empenho em defender os valores de direitos humanos ao elencar a possibilidade jurídica de que um tratado internacional sobre a matéria obtenha o mais alto status legal do ordenamento: o constitucional. Com a lacuna, acerta o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos que não tenham respeitado o caminho legal estipulado o status de *supralegalidade*, acima da legislação interna e abaixo da constituição.

---

[33] *Idem.*
[34] *Idem.*
[35] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de out. de 1988.*

Esta demonstração internacional significa a manifestação de cumprimento dos preceitos firmados pelo Brasil em âmbito internacional. Contudo, este não seria o único mecanismo capaz de afastar a hipótese de responsabilização internacional do Estado brasileiro pelo não cumprimento de normas internacionais na matéria de direitos humanos, pois ainda há incongruências internas que permitem tal violação: é imprescindível que o Estado brasileiro teça um concerto entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em prol desta efetivação.

**Referências Bibliográficas**

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público.* São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 09 jun 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de out. de 1988.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 jun 2020.

CAPARROZ, Roberto. *Direito internacional público***.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDUCCI, Michele. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria tridimensional das integrações supranacionais*: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO RAMOS, André. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**.** *Revista da Faculdade De Direito,* Universidade de São Paulo, 106(106-107), pp. 497-524, 2011.

DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Erivelton Telino Silva da. *O Supremo Tribunal Federal e a norma supralegal: apontamentos frente à estrutura hierárquico-normativa brasileira*. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo. Acesso em: 10 jun. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, vol. XII, n. 15, São Paulo: 2009.

GUSSOLI, FELIPE KLEIN. *Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos*. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, Dec. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392019000300703&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 mai 2021. Epub June 01, 2020. https://doi.org/10.5380/rinc.v6i3.67058.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e diálogo judicial. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 18, págs. 215-235, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito internacional público***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito internacional público***.** São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira. O Estado constitucional solidarista: estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

NASCIMENTO, Valdir do. *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PETERS, Anne. Supremacy lost: international law meets domestic constitutional law. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 3(3), 170-198, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humano*s. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Marcelo Markus. PEREIRA, Reginaldo. BIEGER, Andrey Luciano. *Os Critérios de Recepção das Decisões acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo*. *Sequência*, Florianópolis, v. 80, dez 2018.

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, HC n. 2012 00 2 029280-9, 2019, p. 2.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Como citar este artigo:** BORGES, André Luiz Machado; JACOBUCCI, Fabrizio. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos em perspectiva: reflexos das diferentes hierarquias no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1–20, 2021.

*Recebido em 28.01.2021*

*Publicado em 20.11.2021*

Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional