

## **A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Julio Cesar de Aguiar**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – Santa Catarina - Brasil  
PhD in Law pela University of Aberdeen – Escócia  
Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília – Distrito Federal - Brasil

**Leonardo Souza Santos**

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília – Distrito Federal - Brasil  
Graduado em Relações Internacionais  
e-mail: leoss.souza.santos@gmail.com

**Recebido em:** 28/06/2016

**Aprovado em:** 22/08/2016

### **RESUMO**

O presente artigo busca analisar o modo pelo qual o Direito brasileiro – em especial a Constituição da República de 1988 – se relaciona com os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como abordar a problemática da hierarquização “diferenciada” e a contribuição ofertada por estes instrumentos para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico interno, em um contexto histórico do período pós-Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional passou não só a reconhecer, mas também a dar mais importância à proteção aos direitos humanos, os quais são questões de legítimos interesses e preocupação internacional. Por fim, apesar de prevalecer o entendimento - da jurisprudência do STF - de que os acordos que versem sobre direitos humanos, se aprovados no Congresso Nacional com quórum e procedimento de Emenda Constitucional, têm a mesma hierarquia da Constituição, caso contrário, adquirem status superior às leis complementares e ordinária e inferior à Constituição, status de supra legalidade, há ainda, a discussão para saber qual o verdadeiro sentido do parágrafo 3º do Art. 5º Constituição da República de 1988.

**Palavras-chave:** Direito Brasileiro. Direitos Humanos. Tratados.

### **THE CONSTITUTION OF THE 1988 REPUBLIC AND THE HIERARCHY OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

### **ABSTRACT**

This article seeks to analyze the way that Brazilian law - in particular the Constitution of 1988 - relates to the international protection instruments on human rights, as well as addressing the problem of hierarchy "differentiated" and offered contributions by these instruments for the

improvement of the legal order in a historical context of the period after World War II, when the international community has not only recognize, but also gave more importance to the protection of the human rights, which are matters of legitimate interests and international concern. Finally, in spite of prevailing understanding - of the Supreme Court case law - that the agreements that deal with human rights, was approved in Congress with quorum and constitutional amendment procedure, they have the same hierarchy of the Constitution, otherwise acquire higher status the complementary and ordinary laws and below the Constitution, status above legality, there is still the discussion to find out what the true meaning of paragraph 3 of Art. 5 of the 1988 Constitution Republic.

**Keywords:** Brazilian law. Human Rights. Treaties.

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto histórico, pós-ditadura militar no Brasil, foi quando começou o processo de democratização no país, com um nova Constituição e a eleição de um Presidente. A demorada transição para a democracia permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares e a sociedade civil exigiu a preparação de um novo código ao qual pudesse ser refeito a forma de regência da relação do governo com a sociedade. Esse processo se conformou, em termos jurídicos, na promulgação de uma nova Constituição. Assim, nascia a Constituição da República de 1988.

A Constituição da República de 1988 caracteriza-se como um novo marco jurídico em um período de transição para a democracia criando normas que protegem os direitos humanos no pós-ditadura, e buscando institucionalizar o regime político democrático no Brasil, além de avançar nos temas de garantias e direitos fundamentais. Assim sendo, os direitos humanos são abordados e adotados na Carta de forma inédita no país.

Dessa forma, devido às transformações que o país passou em âmbito interno, e por serem tratados na Constituição, os direitos humanos foram postos como fundamentais na agenda internacional brasileira. Por outro lado, com a crescente importância do país, novas mudanças ocorreram no plano do direito interno. Para se entender melhor, vamos analisar alguns pontos da Constituição.

## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS

Já em seu início, a Constituição da República de 1988 procura institucionalizar o Estado Democrático de Direito, ao assegurar os direitos sociais e individuais e a estabelecer a liberdade,

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Dos fundamentos que firmam o Estado Democrático de Direito no Brasil, cabe destacar o Art. 1º, incisos II e III, que tratam da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e o último impõe-se como núcleo básico e informador de qualquer ordenamento jurídico, como parâmetro que orienta a interpretação e compreensão do sistema constitucional em questão. Observa-se que os fundamentos são necessários e básicos para a funcionalidade na prática do Estado de Direito, com a visão de que exercem uma função democratizadora. Assim, a Constituição precisa ser entendida como uma unidade e como um processo que dá privilégio aos valores sociais. A Constituição da República de 1988 elege o fundamento da dignidade humana como valor essencial. E acrescenta Silva:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado Brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivas na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2000, p. 93).

Bonavides (1993) ressalta que nenhum princípio é mais valioso para entender a unidade material da Constituição do que o princípio referente à dignidade da pessoa humana. Valor este que, por muito tempo, não só no Brasil, foi retirado dos seres humanos. Todavia, com o intuito de reconstrução dos direitos humanos, é possível compreender que, no pós-guerra, emergia o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, em resposta ao choque das violências ocorridas no século passado. Nesse sentido, seja em âmbito nacional ou internacional, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que une e centraliza o sistema normativo, sendo prioridade. Para Barcellos (2002), a dignidade da pessoa humana simboliza o verdadeiro superprincípio de uma constituição, ou seja, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, em esferas externas e internas, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

Piovesan (2013) coloca que a Ortografia Constitucional de 1988 – diferentemente das Constituições anteriores que tratavam primeiro do Estado, para depois disciplinarem os direitos - era algo novo e que o texto, em seus primeiros capítulos, apresenta uma avançada Carta de direitos e garantias ao povo brasileiro, elevando assim, os direitos e as garantias ao Status de cláusulas pétreas - o que significa que os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional não podem ser suprimidos; são admitidas apenas mudanças para fortalecê-los (essa situação é também denominada princípio do não retrocesso) - o que, dessa forma, revela

novamente o desejo constitucional de dar prioridade ao tema. As Constituições anteriores a 1988 colocavam como cláusulas pétreas tudo que era de interesse estatal e não direitos dos cidadãos.

Piovesan (2013) ressalta, ainda, que a Constituição Federal passava de um Direito inspirado pelo âmbito Estatal para um Direito inspirado pela ótica cidadã.

A constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se firma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os Direitos. Há, assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos Direitos Humanos. O Texto Constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos Direitos Humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 96).

Silva (2000) acrescenta que o texto de 1988 ainda inovou ao dar maiores dimensões aos direitos e garantias, quando colocou também os direitos sociais, além dos civis e políticos. Dessa forma, em mais um aspecto trata-se da primeira Constituição a inserir na declaração os direitos sociais.

Nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Assim, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. A carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade. (SILVA, 2000, p. 93).

Dessa forma, para Pérez Luño (1991), a Constituição busca concretizar a concepção de que os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas dos constituintes, por meio da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado ou entre si. Assim, com uma Constituição voltada para o cidadão e não mais somente para o Estado, os direitos humanos foram de forma melhor abrangidos no Brasil.

### **3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O BRASIL NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

Na História das Constituições que foram promulgadas no Brasil, a Constituição de 1988 é a primeira na qual se prevalecem os direitos humanos como fundamento na regência das Relações Internacionais. É a primeira, também, a fazer uma lista de princípios regentes a

orientar as relações com outros países. O Art. 4º da Constituição da República de 1988 simboliza a reinserção do Brasil em âmbito internacional.

Ele determina que o Brasil se rege, nas suas Relações Internacionais, pelos seguintes princípios: (inciso I) independência nacional; (inciso II) prevalência dos Direitos Humanos; (inciso III) autodeterminação dos povos; (inciso IV) não intervenção; (inciso V) igualdade entre os Estados; (inciso VI) defesa da paz; (inciso VII) solução pacífica dos conflitos; (inciso VIII) repúdio ao terrorismo e ao racismo; (inciso IX) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e (inciso X) concessão de asilo político.

Para Mello (1988), as Constituições anteriores – 1824, 1881, 1934, 1937, 1946, 1967 - buscavam promover os temas da época, ou seja, eram temas limitados quase sempre aos interesses do Estado e não abrangentes como promulgado pela Constituição de 1988. Nesse sentido, vale destacar aqui dois novos temas que foram acrescentados ao texto, o (inciso II) que versa sobre a prevalência dos Direitos Humanos e o (inciso IX) que diz respeito à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Dessa forma, como lembra Cançado Trindade (1993), ao mudar a sistemática das Constituições anteriormente promulgadas, a Carta de 1988, consagrou o primado aos Direitos Humanos - como um novo paradigma para a ordem internacional. Assim, além desse princípio colocar o Brasil no cenário internacional, ele também invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Do mesmo modo, na visão de Cretella Júnior (1990), a prevalência dos direitos humanos - como um dos princípios a reger o Brasil nas relações internacionais - não sugere apenas o interesse do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também busca a integração de regras na ordem jurídica interna do Brasil. Entretanto, existem limites quando internalizados esses direitos ao ordenamento jurídico interno.

Como lembra Piovesan (2013), a partir do momento em que o Brasil aceita fundamentar suas relações tendo como base a prevalência dos direitos humanos, ele está sincronizadamente reconhecendo a existência de limites à noção de Estado Soberano, ou seja, a soberania do Brasil fica submetida a regras, tendo como obrigação a observância dos direitos humanos. Assim, aquela tradicional visão de soberania estatal absoluta é rompida, dando reforço o processo de flexibilização e relativização, em prol da proteção aos direitos humanos. Esse processo é condizente com o Estado Democrático de Direito que a Constituição pretendia.

Desse modo, o Brasil está admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. É válido ressaltar que com essa maior preocupação com os temas relacionados aos direitos humanos, contribuiu-se

substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. A seguir verificaremos alguns tratados bem como a hierarquia deles no Direito Interno do país.

#### **4 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO**

Os Tratados, não menos importantes que a Constituição Federal em termos de promoção da democracia e proteção dos direitos humanos – se colocam como um incremento constitucional ao ordenamento jurídico interno. Como lembra Virginia Leary (1982), ainda que os tratados sejam elaborados com o objetivo de transformar em obrigações aos Estados que os ratificam, os seus verdadeiros favorecidos são os indivíduos que estão sob a jurisdição do Estado, sendo a incorporação dessas normas internacionais no âmbito interno necessária para se alcançar os propósitos. A comunidade internacional se utiliza e vê os tratados como o maior instrumento em seu aparato legal para obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e a garantir a eles direitos fundamentais.

Para Piovesan (2013), a Carta de 1988 deixa claro que não ficam excluídos outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte. (Art. 5º, § 2º). Esse processo implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Entretanto, ao acontecer a incorporação, os direitos internacionais ganham uma natureza especial e diferenciada, a natureza de norma constitucional. Os direitos dos tratados de Direitos Humanos ao qual o Brasil faz parte integram a lista dos direitos constitucionais consagrados.

Canotilho (1998) fala que essa conclusão vem ainda de interpretação sistemática do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros a orientar a compreensão do fenômeno Constitucional.

É alentador que as conquistas do Direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, Enriquecendo-o, e demonstrando que a busca nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (CANÇADO TRINDADE, 1994, p. 631).

Dessa forma, a Constituição busca assumir o conteúdo constitucional dos direitos constantes nos tratados internacionais ao qual o país faz parte. Entretanto, mesmo que esses direitos não sejam colocados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de

tratados internacionais, a Constituição lhe confere o valor devidamente jurídico de norma constitucional, já que complementam os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional.

Canotilho (1993) acrescenta que o texto constitucional não pode se reduzir a somente ele. Tem que ser complementado por princípios não escritos, mas que ainda versam sobre o programa normativo constitucional. Assim, os direitos internacionais passam a integrar o que ele denomina “BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE”, apoiado no § 2º do Art. 5º, que é caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Konrad Hesse (1991) destaca que, ao se estabelecer diretrizes a linhas básicas, a Constituição tem por finalidade a pretensão de completude, ou seja, a incompletude da Carta a coloca como aberta, o que permite a flexibilidade que é necessária para o contínuo desenvolvimento do Texto. Assim, a Constituição pode ser definida como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade.

Nesse sentido de se completar, segundo Piovesan (2013), o direito brasileiro faz opção por um sistema considerado como misto disciplinador de tratados, ou seja, um sistema caracterizado por combinar diferenciados sistemas jurídicos: um regime aplicável aos tratados de Direitos Humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. O primeiro por força do Art. 5º, § 2º, apresenta hierarquia constitucional, enquanto os demais tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional. Essa superioridade dos tratados internacionais referentes aos Direitos Humanos se justifica em face do caráter especial dos tratados de Direitos Humanos e da forma como é tratado o assunto no plano internacional.

Entretanto, além da concepção de que os tratados de Direitos Humanos têm natureza constitucional (quando aprovados pelo Congresso Nacional com quórum e rito de Emenda Constitucional) – concepção à qual este trabalho adere – e da concepção de que esses tratados são iguais às leis federais – posição do STF -, existem outras duas doutrinas, a primeira defende que esses tratados têm hierarquia supraconstitucional enquanto a outra defende que a hierarquia é infraconstitucional. Todavia, o presente trabalho não tem por objetivo desenvolver-se em torno dessas outras correntes doutrinárias. Contudo, a seguir será mais bem explicitada a questão da hierarquia, decorrente do disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição de 1988.

## **5 ATOS DECORRENTES DO DISPOSTO NO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Com o intuito de explicar melhor a polêmica em volta da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de outubro de 2004, introduziu o § 3º, no Art. 5º, versando: “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”. Piovesan (2013), lembra:

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio Art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Seria mais adequando a redação do aludido § 3º do Art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção dos Direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia Constitucional. (PIOVESAN, 2013, p. 133-134).

Piovesan (2013) argumenta que não é válido o entendimento segundo o qual, em face do § 3º, no Art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos, exigido pelo parágrafo. Entretanto, os tratados de proteção dos Direitos Humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n.45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quórum de três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era previsto na lei.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim, prevalece, segundo a jurisprudência do STF, o entendimento de que os acordos que versem sobre direitos humanos, se aprovados no Congresso Nacional com quórum e procedimento de Emenda Constitucional, têm a mesma hierarquia da Constituição, mas se não forem, adquirem status superior às leis complementares e ordinária e inferior à Constituição, status de supralegalidade. Isso é válido, segundo o entendimento do STF, inclusive para os acordos incorporados antes da Emenda Constitucional n.45/2004. Contudo Celso Lafer afirma que:

O novo parágrafo 3º do Art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do Art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. (LAFER, 2005, p. 16).

Contudo, a discussão se prolonga até os dias de hoje para saber qual o verdadeiro sentido do parágrafo 3º do Art. 5º, entretanto, faz-se saber que, decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º, o Brasil aprovou um acordo:

Atos	Emendas
Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008 Publicado no DOU de 10.7.2008 Decreto nº 6.949, de 25.8.2009 Publicado no DOU de 25.8.2009	Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Fonte: Presidência da República; adaptado por Leonardo Souza Santos.

Dessa forma, com os avanços na legislação brasileira em questões hierárquicas, também foi desenvolvido o mecanismo de aplicabilidade. No Art. 5º, § 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, logo após a adesão, a aplicabilidade em âmbito interno deve ser imediata.

Entretanto, voltando ao subitem no qual a Constituição versa sobre os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais, identifica-se que deles se originaram todo o aparato para os tratados de direitos humanos serem aderidos pelo Brasil.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2014.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: \_\_\_\_\_. **Temas de política externa brasileira I.** São Paulo: Paz e Terra, 1994. v. 1.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 1 e 2.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LAFER, C. Reflexões sobre a inserção do Brasil no contexto internacional. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, n. 11, jan./jun. 1990.

\_\_\_\_\_. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LEARY, V. **International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation treaties in national legal systems**. Boston: Masrtinus Nijhoff, 1982.

MELLO, C. D. de A. O direito constitucional internacional na Constituição de 1988. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, jul./dez. 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIOVESAN, F. C. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.