

# A hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro e o novo entendimento do supremo tribunal federal

**Autore:** Daniela Braga PAIANO

**In:** Diritto civile e commerciale

**RESUMO:** O presente artigo analisa o papel ocupado pelos tratados de direitos humanos no direito constitucional brasileiro, especialmente no que se refere à hierarquia normativa destes instrumentos. Aborda-se a doutrina nacional de maior destaque a respeito da hierarquia normativa, com atenção especial à regra de abertura do sistema estabelecida pelo § 2º do artigo 5º da Constituição e à inclusão do § 3º do mesmo artigo, pela EC n. 45/2004. Por fim, enfatizam-se os julgamentos importantes da Suprema Corte brasileira a respeito do assunto.

**Palavras-chave:** tratados de direitos humanos. Hierarquia legislativa. Julgamentos do STF.

**ABSTRACT:** This article analyses the role human rights have in the international treaties at the constitutional brazilian law, especially comparing the hierarchic position of these treaties together with the other types of laws in the system. It explains the four theories about the hierarchy of the treaties, considering the 2<sup>nd</sup> and the 3<sup>rd</sup> paragraphs of the 5<sup>th</sup> article of the Brazilian Constitution. At the end, it is focused on important trials of the Brazilian Supreme Court about the theme.

**Key-words:** human rights treaties. Law hierarchy. Trials at the Brazilian Supreme Court.

## **Introdução**

O presente trabalho se dispõe a analisar a polêmica sobre a hierarquia das normas dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, em virtude da divergência de interpretações dadas pela doutrina e jurisprudência aos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Pretende-se analisar a controvérsia a respeito da hierarquia das normas de tais tratados em no sistema jurídico brasileiro, em razão do sobredito parágrafo 2º conter o que a doutrina chama de cláusula de abertura do sistema, que provoca o efeito de fazer com que os direitos fundamentais protegidos em âmbito constitucional não se limitem àqueles expressamente previstos no Texto. Depois dessa análise, o foco será o parágrafo 3º, norma que foi incluída para colocar um termo às discussões sobre a mencionada hierarquia, mas que deu origem a diversas novas discussões.

Por fim, será abordado o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 87.585, RREE 466.343 e 349.703<sup>3</sup>, que retomou a discussão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos. O debate, que resultou na mudança da jurisprudência do STF, foi travado no contexto do confronto entre as normas que prevêm a prisão civil do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992.

## **1. Os tratados internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico interno**

Os tratados de direitos humanos passaram a receber atenção especial do direito constitucional de muitos

países, inclusive com o reconhecimento de hierarquia constitucional às suas normas.

Tais tratados possuem uma natureza especial que os distingue dos demais compromissos internacionais e que justifica o tratamento diferenciado que vem sendo conferido pelo direito interno dos países signatários. Os tratados de direitos humanos não são celebrados com o objetivo de regular as relações entre os Estados e demais sujeitos tradicionais de direito internacional; ao revés, seu foco principal está no indivíduo. A relação jurídica regulamentada se passa entre o Estado e a pessoa submetida a sua jurisdição, tanto nacional quanto estrangeira, sendo que os tratados de direitos humanos reconhecem direitos individuais e coletivos que os Estados se comprometem a garantir e respeitar.

Flávia Piovesan registra que os tratados de direitos humanos distinguem-se dos tratados comuns, tendo em vista que vão além de compromissos entre os Estados parte, pois objetivam a salvaguarda dos direitos mais importantes do homem, sem se importar com as prerrogativas dos Estados (PIOVESAN, 2007, p. 65).

Sobre a natureza especial dos tratados de direitos humanos, a Corte Interamericana manifestou-se, na Opinião Consultiva n. 2/1982: “Os tratados modernos sobre direitos humanos em geral, e em particular a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, celebrados em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes.” (CARREÑO, 2005, p. 15/16, tradução livre).

Segundo Cançado Trindade, o direito constitucional e o direito internacional ocidental do pós-guerra trataram de alçar o ser humano a uma posição de destaque, ocupando o centro das atenções dos Estados, pois a finalidade última da existência das instituições - entre elas, os Estados - nada mais é do que assegurar a existência digna de seus jurisdicionados.

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a

uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direitos internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana. (TRINDADE, 2003a, p.515).

O Brasil passou a ratificar importantes tratados de direitos humanos a partir de 1985, época em que se iniciou o processo de democratização do país. Marco e expressão de tal processo é a Constituição de 1988, a qual conferiu tratamento de destaque aos direitos humanos, fato que se observa logo no artigo 1º, o qual traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Pela primeira vez estabeleceram-se princípios em âmbito constitucional pelos quais as relações internacionais do Brasil devem reger-se; entre outros, o artigo 4º, II elegeu a prevalência dos direitos humanos.

No art. 4º, a clara nota identificadora da passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito é o princípio que assevera a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Este princípio afirma uma visão do mundo - que permeia a Constituição de 1988 - na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania. (LAFER, 2005, p. 14)

Em matéria de direitos humanos, o direito internacional e o interno exercem influência mútua, como aponta Flávia Piovesan: o equacionamento dos direitos humanos na ordem jurídica interna reforçou a inclusão do assunto na agenda internacional do País, ao passo que a execução desta agenda propiciou mudanças no plano interno (PIOVESAN, 2007, p. 24/25). Cançado Trindade também registra a permeabilidade entre o direito internacional e o direito doméstico em matéria de direitos humanos, citando como exemplo as constituições do Leste Europeu, de Portugal, da Espanha, da América Lática, para sustentar que o estudo do direito internacional e do direito constitucional não tem mais base para realizar a abordagem estanque de um e de outro (TRINDADE, 2003a, p. 508).

Diante do quadro internacional de surgimento de vários tratados de direitos humanos aos quais numerosos países aderiram, o direito constitucional de cada país teve de se desenvolver para trabalhar com a questão da incorporação dos tratados e do papel que eles teriam dentro da ordem jurídica nacional. Isto porque, uma vez feito o compromisso perante a comunidade internacional, cada país precisa encontrar uma forma de honrar a promessa e porque a hierarquia dos instrumentos internacionais em geral e em particular dos tratados de direitos humanos é assunto determinado pela Constituição de cada país (CORAO, 2005, p.89). De acordo com Norberto Bobbio, a questão mais contundente em matéria de direitos humanos não seria mais declarar ou fundamentar os direitos humanos, mas sim de protegê-los com efetividade, ou seja, implementá-los.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 32).

Considerando que a eficácia das normas de direito convencional encontra as barreiras da soberania dos Estados (ao menos a soberania como é tradicionalmente entendida) e observando a contraposição entre as prerrogativas dos Estados soberanos e o fato de que os tratados de direitos humanos não são celebrados para preservar tais prerrogativas, os ordenamentos internos procuraram enfrentar a questão de hierarquizar normas cujo foco é o indivíduo, o ser humano, o titular dos direitos que são ínsitos à condição humana.

No Brasil, no contexto da democratização do país e da tendência internacional de se conferir tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos, o constituinte brasileiro incluiu a norma do parágrafo 2º do artigo 5º, a chamada cláusula de abertura do sistema.

Esta norma resultou de proposta de Cançado Trindade à Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, com o escopo de atribuir proteção constitucional às normas internacionais de direitos humanos (TRINDADE, 2003b, p. 621); para Celso Lafer, trata-se de uma norma que reflete e estimula a política

jurídica exterior do Brasil (LAFER, 2005, p. 15).

A doutrina chama esta norma de cláusula de abertura do sistema, eis que reconhece que os direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, não consistem somente naqueles enunciados no Texto, mas também em todos os outros decorrentes do regime democrático adotado no País e da adesão a tratados de direitos humanos. Para Ingo Sarlet, “a regra do art. 5º, § 2º (...) traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo” (SARLET, 2007, p. 90).

Neste ponto, buscamos a lição de Canotilho:

Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura para novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais. Preferimos chamá-lo “norma com *fattispecie* aberta” (Baldassare) que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 380/381)

Com base na norma do parágrafo 2º, propôs-se uma classificação para os direitos fundamentais: 1) os direitos explícitos na Constituição, 2) os direitos fundamentais implícitos, decorrentes das regras constitucionais, e 3) os direitos fundamentais previstos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte (SILVA, 1997, p. 191). Para Flávia Piovesan, há uma diferença importante entre os direitos implícitos e os direitos decorrentes dos tratados de direitos humanos, tendo em vista que os primeiros são de difícil caracterização a priori, ao passo que os últimos são “expressos, enumerados e claramente elencados” (PIOVESAN, 2007, p. 57).

A propósito de terminologia, a doutrina unânime concorda que a expressão “direitos humanos” refere-se às proposições jurídicas inseridas nos tratados, em direito internacional, ao passo que “direitos fundamentais” seriam aqueles reconhecidos e positivados na constituição dos países. Registre-se que nossa Constituição utiliza tais expressões com rigor terminológico (SARLET, 2007, p. 35, por todos).

## **2. Correntes interpretativas sobre o § 2º do artigo 5º: a hierarquia dos tratados de direitos humanos**

Conforme leciona Cançado Trindade, a hierarquia dos tratados de direitos humanos varia de país a país conforme o grau de abertura dado ao direito internacional. Quanto mais aberto for o sistema à normatividade do direito internacional, mais elevado será o status dessas normas.

As soluções, de direito constitucional, quanto à hierarquia entre normas de tratado e de direito interno, resultam de critérios valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país a país. Não surpreende, assim, que algumas Constituições se mostrem mais abertas ao direito internacional do que outras. O que deve resultar claro é que isto ocorre não em razão da natureza intrínseca da norma jurídica; se assim fosse, não haveria a diversidade de soluções (constitucionais) à questão. A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central. (TRINDADE, 2003a, p. 514/515)

A partir da promulgação da Constituição, e diante da cláusula de abertura do parágrafo 2º, despontaram quatro correntes interpretativas na doutrina que procuraram explicar qual seria a posição hierárquica das normas dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileira. As quatro ideias podem ser assim sintetizadas: a) hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, porém supralegal; d) paridade hierárquica

entre tratado e lei ordinária.

A primeira teoria defende a supremacia dos tratados de direitos humanos sobre a própria Constituição do país, baseada na natureza especial de tais normas, reflexivas da dignidade da pessoa humana. No Brasil, a teoria é abraçada por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, para quem “as normas internacionais de direitos humanos criam uma restrição à soberania no seu sentido tradicional. Acreditamos que devido a sua natureza especial as normas de DIDH se sobrepõem ao D. Interno, inclusive às normas constitucionais” (MELLO, 2004, p. 839)<sup>4</sup>.

No julgamento do HC 87.585, a ser tratado com maior profundidade no item 5, infra, o Ministro Gilmar Mendes sintetizou os problemas em aceitar a teoria no direito brasileiro: “é de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade dos Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”. O Ministro prosseguiu explicando que a Constituição, assim como não o fez quanto às leis, não precisou declarar-se superior aos tratados, além do que previu o controle destas normas pelo STF. Asseverou também que o governo brasileiro, no exercício do poder de celebrar tratados, submete-se à Constituição e que a aceitação dos tratados como superiores à Carta poderia produzir normas alheias ao controle de constitucionalidade (no mesmo sentido: SARLET, 2007, p. 138).

A segunda corrente, pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, tem como principais expoentes Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Valério de Oliveira Mazzuoli.

A teoria precisa ser compreendida a partir da noção de bloco de constitucionalidade, que consiste no conjunto de normas constitucionais constantes não somente na constituição escrita como em outras fontes de direito, a exemplo dos direitos fundamentais implícitos e das normas de tratados de direitos humanos. Celso Lafer busca na doutrina do argentino German Jose Bidart Campos a noção de bloco de constitucionalidade:



Explico-me observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco da constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores de princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de lacunas. (LAFER, 2005, p. 17)

Canotilho explica que existem duas formas de se determinar os parâmetros para o controle de constitucionalidade: pode-se tomar como paradigma as normas constantes da constituição escrita ou também incluir entre tais paradigmas princípios não escritos integrantes de uma ordem constitucional global. Desta forma, o chamado bloco de constitucionalidade, ou normas de referência, pode ser composto por normas que não estão expressas no texto constitucional escrito, mas ainda assim têm o poder de erigirem-se como parâmetros para o controle de constitucionalidade das demais normas componentes do sistema jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 919/920).

Importante notar também a distinção doutrinária entre os direitos formalmente constitucionais e os direitos materialmente constitucionais. Os direitos formalmente constitucionais seriam aqueles veiculados por instrumentos legislativos cuja confecção se revestiu de todas as formalidades que a própria Constituição prevê como suficientes e indispensáveis para considerar as normas em questão constitucionais. Os direitos materialmente constitucionais ocupam-se de temas próprios da Constituição, de matérias que por sua natureza e importância ocupam um lugar cativo no texto constitucional.

O Ministro do STF Carlos Ayres Britto, no julgamento do RE 466.343 manifestou seu entendimento no sentido de um "caráter bifronte ou ambivalente" de uma lei ordinária que versa sobre a proteção de um direito fundamental: embora ordinária formalmente, seria constitucionalmente material, o que atrairia o princípio da proibição do retrocesso. Segundo Canotilho:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. art. 16º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**. (CANOTILHO, 2003, p. 403)

Flávia Piovesan advoga que todos os tratados de direitos humanos têm status de norma constitucional, seja qual for a época de incorporação à ordem interna, baseada em três premissas: na força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos humanos, no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (Jorge Miranda) e na ótima concretização da norma (Konrad Hesse).

Aliás, para Flávia Piovesan, tais tratados não necessitariam nem mesmo de procedimento especial de incorporação; a partir da conclusão do tratado e regular adesão pelo Brasil, haveria a incorporação automática<sup>5</sup> (PIOVESAN, 2007, p. 80/81). Com esteio em Cançado Trindade:

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. É esta a interpretação correta do artigo 5(2) da Constituição brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. (TRINDADE, 2003, v. III, p. 623/624)

No entanto, esta idéia não possui aceitação em grande parte da doutrina e na praxe vigente no país. Para Ingo Sarlet, todo o processo de celebração e de incorporação dos tratados, que envolve o Poder

Legislativo e o Poder Executivo, tem por finalidade coibir eventuais excessos deste último; o autor reconhece que a recepção automática de tratados está afinada com o princípio da interpretação mais favorável aos direitos humanos, mas não infirma as objeções antes apontadas (SARLET, 2007, p. 138).

A Constituição de 1988 não é expressa sobre todo o processo de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno. O artigo 49, inciso I, confere ao Congresso Nacional a competência de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. A praxe estabelece que o Congresso aprove os tratados por meio de decreto legislativo, que também contém autorização para que o Presidente da República ratifique-o. Em seguida ocorre a promulgação do tratado por decreto do Presidente. Esta é a prática vigente no Brasil, reconhecida pela jurisprudência do STF, conforme o julgamento da carta rogatória n. 8279 (RAMOS, 2004 p. 118-120).

Pode ocorrer que um tratado de direitos humanos contenha normas menos favoráveis à pessoa do que as normas já constantes da Constituição, expressas ou implícitas, o que reclama uma solução conformada com o objetivo que se tem ao incorporar tais tratados ao bloco de constitucionalidade, qual seja, o de aumentar a proteção aos direitos humanos, jamais restringir.

Na doutrina de Cançado Trindade, eventuais conflitos que surjam entre as normas constitucionais domésticas e as provenientes de tratados de direitos humanos seriam resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima. Não existe, portanto, discussão sobre a prevalência do direito interno ou internacional, o que existe é a interação dos dois direitos no sentido de beneficiar a pessoa protegida. O autor consigna que esta solução é prevista em vários tratados de direitos humanos, inclusive na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual proíbe a interpretação de suas normas no sentido de restringir os direitos que “possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qual quer dos Estados Partes e ou acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados” (TRINDADE, 2003a, p. 543).

A respeito do assunto, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 87.585:

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem sobre o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional. (..)

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral - e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política - impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais (...)

A terceira corrente doutrinária sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos defende o caráter supralegal, ou seja, uma categoria intermediária entre a constituição e as leis, com a chamada eficácia paralisante com relação à legislação ordinária. No âmbito do STF, essa tese foi trazida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 79.785:

De logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (...)

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo - como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMC 1.480 - com o entendimento, então majoritário - que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais - preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (...) e pela ilustrada Flávia Piovesan (...), em E. Boucault e N. Araújo (...) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Esta é a tese prevalente hoje no Supremo, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes. Tratava-se de um entendimento divorciado da então posição majoritária do STF pela paridade entre os tratados de toda espécie e as leis ordinárias, mas que foi trazida à tona pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 87.585 e RREE 466.343 e 349.703, julgamento este que retomou a discussão sobre a prisão do depositário infiel em face da adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, e sobre a qual voltaremos a comentar mais adiante.

Por fim, a única corrente que não confere tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos é aquela que sustenta hierarquia de lei ordinária a tais normas, equiparando-as aos demais tratados comuns e a toda a legislação infraconstitucional. Esta era a tese preconizada pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento no RE 80.004, em junho de 1977, que analisava o conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra de 1930, promulgada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1966, e o Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969. Tal entendimento foi reafirmado diversas vezes depois da promulgação da Constituição de 1988, como, por exemplo, no HC 72.131-RJ, em 22.11.1995, RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário,

27.05.1998 e RE 243613, 27.04.1999.

### **3. Emenda Constitucional n. 45/2004: o parágrafo 3º do artigo 5º**

Diante de toda a discussão instalada a respeito da norma de abertura contida no parágrafo 2º do artigo 5º, o constituinte reformador houve por bem acrescentar à Constituição uma norma a respeito da incorporação formal dos tratados de direitos humanos. Trata-se de uma resposta à crítica feita por parte dos juristas ao parágrafo 2º, no sentido de que, se aplicado literalmente, traria modificação constitucional por meio de normas aprovadas por maioria simples no Congresso Nacional, ao arrepio do estatuído no art. 60, § 2º da Constituição (LAFER, 2005, p. 15). Pois bem, o resultado foi o acréscimo do parágrafo 3º, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o qual estabelece:

§ 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.

A promulgação desta norma despertou debate acalorado, eis que colocou em dúvida a posição jurídica da maioria dos tratados de direitos humanos em vigência no Brasil, que foram ratificados antes da edição da EC 45. O dispositivo recebeu críticas pela doutrina que já reconhecia status constitucional aos tratados de direitos humanos; por exemplo, para Flávia Piovesan, seria mais adequado que o constituinte derivado houvesse reconhecido expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, como ocorreu na Argentina (PIOVESAN, 2007, p. 71).

Mazzuoli, um dos críticos mais contundentes, havia apresentado anteriormente uma proposta para pacificar a discussão sobre a hierarquia dos tratados, cujo texto era o seguinte: "Os tratados

internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição" (MAZZUOLI, 2002, p. 348).

Houve questionamento acerca da própria constitucionalidade da EC 45/2004; Ingo Sarlet resumiu nos seguintes termos os argumentos de autores<sup>6</sup> nessa linha de pensamento:

(...) argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45/04 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados. (SARLET, 2006, p. 79)

Entretanto, como demonstra Ingo Sarlet, é possível interpretar o parágrafo 3º de modo a conferir-lhe utilidade dentro da premissa da maximização da eficácia dos direitos humanos: para o autor, os direitos humanos provenientes dos tratados já alcançariam a hierarquia de normas materialmente constitucionais por ocasião de sua incorporação, o parágrafo terceiro seria uma opção para conferir status de normas formalmente constitucionais. Além disso, obtendo o status constitucional, as normas fariam parte do núcleo duro da Constituição (art. 60, § 4º), o que impossibilitaria a denúncia do tratado pelo Brasil (SARLET, 2006, p. 79). A respeito da denúncia, no julgamento do RE 466.343, o Ministro Celso de Mello salientou que o reconhecimento dos tratados de direitos humanos como normas constitucionais inibe o poder de denúncia do tratado quanto aos efeitos em âmbito doméstico: "isso poderá até ter repercussão e eficácia no plano externo, mas, internamente, o ato de denúncia será absolutamente ineficaz, considerada a estatura constitucional que esses tratados de direitos humanos terão incorporados à sua força jurídica".

Já o Ministro Joaquim Barbosa entende que a denúncia de um tratado por ato unilateral do poder executivo não tem validade, conforme ficou patente no julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade n. 1.625, que versa sobre a denúncia por ato unilateral do Poder Executivo da Convenção n. 158 da OIT, sobre término da relação de trabalho por iniciativa do trabalhador. Como reconheceu o Ministro, a Convenção n. 158 versa sobre direitos humanos, mais precisamente sobre direitos sociais dos trabalhadores.

Em seu voto, o Ministro defendeu que o Executivo tem a prerrogativa de decidir qual o momento para a denúncia de um tratado, mas o Legislativo tem o papel de fazer o controle desta decisão, que só pode ser efetivada depois da anuência do parlamento. Entretanto, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que, mesmo em se tratando de tratados de direitos humanos, a denúncia é possível, desde que intermediada por ato do Poder Legislativo.

No entendimento de Celso Lafer, o parágrafo 3º consiste em autêntica norma de interpretação que, de acordo com a doutrina tradicional, nada mais faz do que explicitar o que norma anterior já havia estabelecido (LAFER, 2005, p. 16).

Para este autor, há necessidade de se distinguir a situação dos tratados de direitos humanos incorporados antes da promulgação da Constituição de 1988, os quais teriam sido formalmente recepcionados como normas constitucionais, por força do parágrafo 2º; a situação dos tratados que venham a ser aprovados depois da edição do parágrafo 3º, os quais só possuirão forma constitucional se o iter procedimental ali previsto for seguido; e, finalmente, a situação intermediária, dos tratados incorporados depois de 1988 e antes da EC 45/2004.

Entre estes tratados de situação intermediária, estão os importantíssimos Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Convenção Americana dos Direitos Humanos. Para Celso Lafer, esse conjunto de tratados não deve ser encarado como normas de mera hierarquia ordinária, sendo-lhes conferida a força de norma constitucional material (LAFER, 2005, p. 17). Também Flávia Piovesan defende que os tratados recepcionados no período intermediário têm força constitucional material:



A partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos - que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional.

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. (PIOVESAN, 2007, p. 74 )

O Ministro do STF Celso de Mello sustenta que o procedimento do §3º tem a finalidade de reforçar, no plano formal, o caráter constitucional material dos tratados de direitos humanos, considerando que o § 2º já lhes atribui a hierarquia constitucional<sup>7</sup>.

Também para Valério Mazzuoli, os tratados incorporados antes da EC 45 já têm status constitucional material e podem a qualquer tempo sofrer o procedimento do parágrafo 3º e, deste modo, ganhar status de norma formalmente constitucional. Aliás, para este autor, todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm status de norma constitucional material por força do parágrafo 2º, independentemente do procedimento previsto no parágrafo 3º (MAZZUOLI, 2007, p. 694, 701/702).

Há doutrina que advoga que os tratados de direitos humanos incorporados no interregno entre a promulgação da Constituição e a edição da EC 45 teriam força constitucional material e formalmente, em razão da teoria da recepção, que procura resolver o problema entre Constituição nova e legislação

anterior (cf. REZEK, 2007, p. 103). Segundo esta teoria, a legislação infraconstitucional formalmente incompatível com a nova Constituição não perde a eficácia, mas adquire nova roupagem formal, adequada ao novo Texto. O caso comumente usado como exemplo é o do CTN, que foi editado como lei ordinária, à qual foi atribuído o status de complementar nas constituições que se seguiram.

Entretanto, o entendimento pela recepção formal dos tratados anteriores à EC 45 sofre críticas bastante consistentes, conforme podemos observar em Ingo Sarlet:

(...)dificilmente se revela como sustentável, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar - ainda que pressuponha diferença de rito e quórum de aprovação distinto - não pode ser, salvo melhor juízo, transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das lei (ordinária e complementares), isto sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorrem com as leis. (SARLET, 2006, p. 78).

Depois da promulgação da EC 45/2004, houve a adesão do país a um instrumento normativo internacional de direitos humanos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Em seguida à adesão, a convenção foi incorporada à Constituição pela promulgação de um "Decreto legislativo com força de emenda constitucional", o DLG 189/2008, que passou a fazer parte do texto escrito.

Percebe-se, por tudo quanto foi exposto, que a doutrina logo apontou as perplexidades surgidas em razão da edição do multicitado parágrafo 3º, que foi inserido na Constituição na contramão de todas as discussões que procuravam dar interpretação avançada ao parágrafo 2º. Observaremos a seguir de que forma as normas foram abordadas no julgamento histórico do STF, que iniciou a mudança da mentalidade da Suprema Corte sobre o tema da hierarquia dos tratados de direitos humanos.

#### 4. Julgamento histórico do STF

No Direito pátrio, mostra-se de suma importância a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional que decide o entendimento que prevalece nas situações concretas.

Dentro do contexto da hierarquia dos tratados de direitos humanos, o assunto mais recorrente no STF diz respeito à possibilidade de prisão do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII<sup>8</sup>, em confronto com a norma do artigo 7º(7)<sup>9</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 1969 e ao qual o Brasil aderiu em 1992<sup>10</sup>. Como se pode observar, temos em nossa Constituição originariamente promulgada uma norma permissiva da prisão do depositário infiel; ou seja, a legislação infraconstitucional poderia prever tal medida. Por outro lado, temos a adesão do Brasil à Convenção que proíbe a existência dessa prisão, o que torna necessário indagar qual é a posição hierárquica deste tratado em nosso ordenamento, em face dos multicitados §§ 2º e 3º do artigo 5º.

Não obstante o conteúdo do parágrafo 2º do artigo 5º apontar claramente para o tratamento diferenciado dos tratados de direitos humanos, conforme amplo suporte doutrinário, há até bem pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal relutava em alterar seu entendimento arraigado no sentido de que todo e qualquer tratado, mesmo versando sobre direitos humanos, deveria sofrer o processo tradicional de incorporação ao direito nacional, depois do que receberia natureza jurídica de mera lei ordinária. Conforme Francisco Rezek, “Sobre esta última categoria [a dos tratados de direitos humanos] nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional” (REZEK, 2007, p. 102).

Como já se expôs alhures, a posição do STF, desde o julgamento do HC 80.004 em 1977, era pela hierarquia de lei ordinária, de modo que os conflitos entre normas se resolviam pelo princípio *lex posterior derogati legi priori* - tanto a lei ordinária poderia revogar o tratado quanto o inverso, a questão era primordialmente temporal. O interessante é notar que, antes de 1977, o STF sustentava a primazia do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional<sup>11</sup>.

A partir do julgamento do HC 80.004, estabeleceu-se no STF a firme jurisprudência sobre a paridade entre a legislação federal e os tratados internacionais, fossem eles comuns ou de direitos humanos. Muito embora o julgado tenha versado sobre um tratado comercial<sup>12</sup>, o entendimento pela hierarquia legal dos tratados perdurou até recentemente, sem atentar-se para a diferença fundamental entre tratados comuns e os de direitos humanos.

No julgamento do HC 72.131, iniciado em 1995, que já abordava a subsistência da prisão do depositário infiel, o STF voltou a afirmar a paridade normativa; o Ministro Celso de Mello asseverou o seguinte:

(...) inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) Diversa seria a situação, se a Constituição Federal do Brasil - à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 art. 75, nº 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. (...) não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5, § 2, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil.

Não obstante, o mesmo Ministro, Celso de Mello, por ocasião do julgamento do HC 87.585 e RREE 466.343 e 349.703, entendeu pela necessidade de mudança na jurisprudência do STF, tendo em vista as relações entre direito doméstico e direito internacional, no contexto da crescente internacionalização dos

direitos humanos.

Em seu voto, com espeque na doutrina de Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério Mazzuoli, Celso de Mello entendeu pela qualificação constitucional dos tratados de direitos humanos, porém distinguindo a situação dos tratados incorporados antes de 1988, no interregno entre a Constituição e a EC 45/2004 e depois da Emenda, da seguinte forma:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados no Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o 'iter' procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a 'somatória daquilo que se

adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados').

Entretanto, não foi este o entendimento que prevaleceu, de acordo com a maioria dos Ministros, que acompanhou o voto de Gilmar Ferreira Mendes, que entendeu pelo caráter supralegal dos tratados de direitos humanos.

Conforme já foi mencionado no item 2, supra, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 79.785-RJ, havia sinalizado para a necessidade de mudança da jurisprudência do STF quando trouxe à tona a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, adotada pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 87.585 e RREE 466.343 e 349.703. O Ministro entendeu, de saída, que o parágrafo 3º acrescentado ao artigo 5º pela EC 45/2004 seria uma evidência de que os tratados de direitos humanos que não passaram pelo rito especial de votação no Congresso Nacional não poderiam ser comparados a normas constitucionais.

Apesar disso, as normas de direitos humanos provenientes dos tratados merecem um tratamento diferenciado, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados comuns. No entendimento de Gilmar Mendes, não seria mais possível sustentar a antiga jurisprudência do STF, pela hierarquia infraconstitucional de todos os tratados indistintamente, em razão da "abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos".

Na linha de pensamento de Peter Häberle, o Ministro asseverou em seu voto:

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a

máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Estabelecido que a jurisprudência do STF merecia revisão, o Ministro afirmou que a tese da suprallegalidade, que funciona na Alemanha, França e Grécia, "parece mais consistente" para resolver o problema da hierarquia das normas de tratados de direitos humanos. Deste modo, se tais normas detêm a posição de supralegais no ordenamento jurídico, elas têm também a chamada eficácia paralisante em relação a todas as normas que lhes são inferiores. Ou seja, paralisam a eficácia da disciplina normativa com elas conflitantes e impedem que seja editada nova norma inferior confrontante.

Portanto, no julgamento dos RREE 466.343 e 349.703 e HC 87.585, os Ministros expressaram variadas opiniões sobre o tema da prisão do depositário infiel. Os RREE 466.343 e 349.703 versaram sobre a prisão do depositário infiel no caso de ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia; o HC 87.585 tratou de prisão em caso de inadimplemento de contrato de depósito.

O Recurso Extraordinário n. 466.343, julgado pela composição atual do STF, foi distribuído em 15.12.2005, julgado nas sessões de 22.11.2006, 12.3.2008 e 03.12.2008, todos os ministros negaram provimento ao RE interposto pelo banco fiduciante, destacando que o STF não mais permitirá mais a prisão do depositário infiel, porém nem todos abordaram a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos.

O Ministro Relator Cezar Peluso entendeu que os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia são figuras totalmente diversas, sem conexão teórica que permita equipará-las, para a finalidade de se aplicar a prisão ao depositário infiel. Assegurou que a norma constitucional que proíbe a prisão por dívida e excepciona o caso do depositário infiel precisa ser interpretada restritivamente, eis que seu objetivo precípuo é salvaguardar o direito individual à liberdade e não restringir tal direito. O voto de Cezar Peluso foi seguido por Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Aliás, em data posterior (03/06/2009), no julgamento da ADI 1.625, o Ministro Joaquim Barbosa asseverou que “ainda que não se admita a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 possuem estatura constitucional, creio ser altamente plausível defender, ao menos, (...) que os tratados de direitos humanos possuem estatura supralegal, porém infraconstitucional”.

Entretanto, depois de proferido o voto, o Ministro Peluso asseverou que a única teoria a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos com a qual não concorda é a da paridade com a lei ordinária, e no HC 87.585, entendeu que os tratados de direitos humanos são sempre materialmente constitucionais e que assumem a forma constitucional se submetidos ao rito do § 3º do artigo 5º.

Voltando ao RE 466.343, o Ministro Gilmar Mendes adotou a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, além de anotar que o legislador ordinário precisa necessariamente observar o princípio da proporcionalidade ao operacionalizar normas constitucionais restritivas dos direitos fundamentais. Foi seguido por Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski (os dois últimos também acataram o voto do relator).

O Ministro Carlos Britto acompanhou o relator, mas fez ressalva sobre os tratados de direitos humanos: eles teriam uma característica ambivalente de serem normas constitucionais materiais, porém formalmente ordinárias. Entretanto, depois de proferido seu voto, fez um aparte para reconhecer que a solução pela supralegalidade atende à dogmática constitucional da hierarquia das leis, ou seja, preserva a Constituição como a norma fundamental acima de qualquer outra.

O Ministro Celso de Mello sustentou com veemência a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Depois do voto do Ministro Celso de Mello, Gilmar Mendes pontuou sua ressalva à hierarquia constitucional: para este Ministro, haveria risco de "atomização de normas constitucionais", gerando insegurança jurídica.



No julgamento do HC 87.585, o Ministro Eros Grau invocou a noção de bloco de constitucionalidade e conferiu hierarquia constitucional às normas em comento, fazendo referência ao controle de constitucionalidade tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos. Neste mesmo processo, a Ministra Ellen Gracie acompanhou Celso de Mello para conferir hierarquia constitucional e afastar as objeções no seguinte pronunciamento: "Por outro lado, também, peço vênica para não subscrever os receios com relação à extensão desse reconhecimento de direitos humanos. Direitos humanos são efetivamente bastante conhecidos, bastante definidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência."

Diante desse quadro, verifica-se que os Ministros da composição atual do STF concordam que os tratados de direitos humanos não podem ser encarados como normas meramente ordinárias em nosso sistema jurídico, polarizando os debates entre as duas tendências, a da suprallegalidade e a da constitucionalidade de tais tratados.

A doutrina já iniciou a análise da decisão do STF, começando por Valério de Oliveira Mazzuoli, que anota que a doutrina brasileira mais expressiva desde há muitos anos defende o status constitucional dos tratados de direitos humanos, a tese acolhida recentemente pelo Ministro Celso de Mello.

No ponto de vista de Mazzuoli, o STF deu um passo além ao reconhecer finalmente que as normas em questão não têm a natureza de simples leis ordinárias, mas a tese da suprallegalidade merece algumas críticas:

A tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece 'categorias' de tratados com o mesmo fundamento ético. (...)

Ao criar as 'categorias' dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente, ou seja, desigualou os 'iguais'. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de subverter-se toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação onde um instrumento acessório teria equivalência de emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal reveja sua posição e passe a adotar, como fez o Ministro Celso de Mello, a tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, independente do quorum de aprovação congressional. Será este o momento em que o Brasil ficará lado a lado com os países que mais valor atribuem às normas internacionais de proteção e daqueles que sofrem menos condenações, por violações de direitos humanos, pelos tribunais internacionais (MAZZUOLI, 2009, p. 55).

## **5. Conclusão**

Os tratados de direitos humanos possuem natureza jurídica especial, traduzida na proteção a direitos das pessoas sem se ocupar das prerrogativas inerentes aos Estados que celebram os instrumentos. Esta característica diferenciadora justifica o tratamento privilegiado dado a tais tratados pelo ordenamento jurídico interno de vários países, principalmente nas constituições do pós-guerra. O surgimento dos tratados de direitos humanos neste período obrigou os países a lidarem com o assunto em nível doméstico, em especial considerando a eficácia que se pretende para as normas de direitos humanos.

No Brasil, a Constituição de 1988, que marcou a redemocratização do país depois do período do regime militar, foi um divisor de águas no que diz respeito ao regime jurídico dos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento. A Constituição tratou da dignidade humana logo no artigo primeiro, como

fundamento da República e pela primeira vez erigiu a prevalência dos direitos humanos à categoria de princípio informador das relações internacionais.

O Texto traz o que a doutrina chama de cláusula de abertura do sistema, que significa aceitar que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais não se constituem somente naquelas constantes nas disposições escritas na Constituição, mas também em normas implícitas, decorrentes do regime e princípios constitucionais e normas explícitas nos tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte (artigo 5º, § 2º).

A cláusula de abertura fomentou a discussão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, dando origem a quatro teses: hierarquia supraconstitucional, constitucional, supralegal e ordinária.

A tese da hierarquia supraconstitucional não encontrou guarida no cenário jurídico, a não ser em poucos doutrinadores. A hierarquia constitucional é a doutrina defendida por excelentes autores no direito nacional, porém a tese que foi recentemente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal foi a da hierarquia supralegal (porém infraconstitucional) dos tratados de direitos humanos, finalmente superando o velho entendimento pela paridade com a lei ordinária.

Diante da discussão originada pelo parágrafo 2º do artigo 5º, o poder constituinte reformador fez uma tentativa de elucidar a questão com a inclusão de um parágrafo 3º, com a Emenda Constitucional n. 45/2004; entretanto, o conserto foi objeto de severas críticas pela doutrina nacional, especialmente Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.

O parágrafo incluído previu que serão equivalentes às emendas constitucionais ‘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’. Ou seja, o constituinte incluiu nova

formalidade para a incorporação dos tratados de direitos humanos como normas constitucionais justamente quando a doutrina defendia que essa hierarquia já decorria da própria natureza de tais tratados. Houve, entretanto, autores (Ingo Sarlet e Celso Lafer) que buscaram uma interpretação útil para o parágrafo terceiro, segundo a qual as normas dos tratados de direitos humanos já teriam status materialmente constitucional e que o procedimento seria apenas uma forma de adquirirem status de formalmente constitucionais.

Outra questão que merece destaque é a situação dos tratados de acordo com o período em que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro: antes e depois da emenda 45/2004. Depois da edição da emenda, apenas um tratado foi celebrado pelo Brasil, em 2007: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; este instrumento passou pelo procedimento do parágrafo 3º e foi incorporado à Constituição por um Decreto Legislativo com força de emenda constitucional (DLG 189/2008).

No que se refere aos tratados incorporados antes da Emenda, o STF decidiu, em julgamento concluído em dezembro de 2008, que tais normas têm status supralegal no sistema jurídico, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, possuindo o que se denominou de eficácia paralisante das normas infraconstitucionais. Ou seja, o tratados de direitos humanos invalida a legislação existente que lhe for contrária e impede a edição de novas normas. Alguns ministros, seguindo Celso de Mello, firmaram posição pela hierarquia constitucional das normas, porém a maioria acompanhou o ministro Gilmar Mendes, que capitaneou a mudança do entendimento anterior do Supremo, que era pela paridade entre tratados de direitos humanos e lei ordinária.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3. Rel. originário Min. Maurício Corrêa. Julgamento em andamento.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.004-SE. Rel. p/ ac. Min. Cunha Peixoto. Pleno, maioria, DJ 29.12.1977.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-RJ. Rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, maioria, DJ. 01.08.2003.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 79.785-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJ 29.03.2000.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585-TO. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Pleno, unânime, j. 03.12.2008, DJE 26.06.2009.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno, unânime, j. 03.12.2008. DJE 05.06.2009.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-RS. Rel. Min. Ilmar Galvão. Pleno, unânime, j. 03.12.2008. DJE 05.06.2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARREÑO, Edmundo Vargas. Los tratados de derechos humanos en el derecho internacional y constitucional contemporáneo. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. v. 6. p. 11-25.

CORAO, Carlos M. Ayala. Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. v. 6. p. 85-148.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos - Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. In: Revista Jurídica Consulex. Ano XIII. N. 295. 30 de abril/2009. p. 54-55.

Curso de direito internacional público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. In Revista de Direito do Estado RDE. Ano 1, n. 1, jan-mar 2006. Rio de Janeiro: Renovar.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003a. v. 1.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003b. v. 3.

3 Julgados em 03.12.2008, HC publicado no DJE de 26/06/2009 e RREE em 05/06/2009.

4 Nesse ponto, cabe fazer um aparte sobre a mitigação da soberania clássica perante a proteção internacional aos direitos humanos. Segundo Cançado Trindade, os tratados de direitos humanos impõem deveres que exigem a interação entre direito internacional e doméstico, no sentido de harmonizar a legislação interna com a internacional, de modo que a soberania estatal, como tradicionalmente concebida, não consiste em dado relevante para a interpretação e aplicação das normas convencionais (TRINDADE, 2003a, p. 524).

5 Sob esse aspecto, o assunto é estudado a partir de duas correntes doutrinárias: o monismo e o dualismo. Em apertada síntese, o monismo entende que há unidade jurídica entre o direito internacional e o direito interno, constituindo dois ramos de um mesmo sistema jurídico ao direito interno. Assim, os tratados internacionais incorporam-se automaticamente com a simples ratificação, não sendo necessário mecanismos de inserção no direito pátrio. Para o dualismo o direito internacional e direito interno são sistemas totalmente independentes e distintos, sendo aquele regulador das relações entre Estados e entre estes e os demais sujeitos de direito internacional público, enquanto que este, regulador da relação entre os Estados e seus indivíduos, não havendo qualquer possibilidade de existir conflito entre ambos, em decorrência da sua cisão absoluta. Para essa teoria, os Tratados não se tornam parte do ordenamento jurídico interno - há a necessidade de incorporação ao ordenamento interno transformando-o em lei nacional, que teria o mesmo status normativo que as demais leis, resolvendo-se eventual conflito entre as normas pela regra *lex posterior derogat legi priori*. (com base em REZEK, 2007, p. 4/5)

6 Aldo de Campos Costa, Anselmo Henrique Cordeiro Lopes e Luís Fernando Sgarbossa.



7 RE 466.343.

8 Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

9 Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

10 Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.09.1992, e promulgado pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

11 Cf. apelação cível n. 9587/DF, rel. Min. Carlos Lafayette de Andrade, j. 21.08.1951.

12 Conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e lei ordinária posterior - DL 427/69, que instituiu o registro obrigatório do título em repartição fazendária, o que não existia no texto convencional.

<https://www.diritto.it/a-hierarquia-dos-tratados-de-direitos-humanos-no-direito-brasileiro-e-o-novo-entendimento-do-supremo-tribunal-federal/>