

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

*Ana Luísa Souza Sabbagh**

Sumário: 1 Introdução; 2 A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos; 3 A Emenda Constitucional 45/2004 e o §3º do artigo 5º da CF/88; 4 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Jurisprudência do STF; 5 Conclusão.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no ordenamento jurídico interno após a Emenda Constitucional número 45 de 08/12/2004 que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Em especial é analisado o atual posicionamento da Suprema Corte sobre a matéria, sobretudo os recentes julgamentos acerca da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, vedada expressamente pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Assim, defende-se a índole constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil como medida de segurança jurídica e de proteção às garantias fundamentais do ser humano, consagradas pela Constituição de 1988. Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial de caráter crítico e dedutivo, analisa-se a hierarquia dos tratados internacionais de proteção do ser humano face ao sistema normativo brasileiro, sob uma perspectiva constitucional pós Emenda n. 45/04 e jurisprudencial interna.

Palavras-chave: Tratados internacionais de Direitos Humanos. Emenda Constitucional 45. Hierarquia constitucional.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduada em Direito Público-Unar, Araras. Advogada.

1 Introdução

Os direitos humanos consubstanciam um núcleo de garantias individuais que visam proteger os direitos mais essenciais do ser humano. Enquanto uma construção humana, estes direitos refletem uma busca pela salvaguarda dos direitos fundamentais e da dignidade do homem, inerente à própria condição humana, com o escopo de promover a plena realização da vida, face ao Estado e ao próprio homem.

No Brasil, a promulgação da Carta Constitucional de outubro de 1988 e a consequente institucionalização de um regime político democrático voltado à consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e à realização da cidadania, trouxeram profundas mudanças na política brasileira quanto ao reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado na defesa dos direitos humanos. A adoção de um sistema normativo aberto a princípios de elevada carga axiológica e a elevação do valor da dignidade humana, enquanto princípio constitucional basilar, resultaram em um novo paradigma no constitucionalismo ocidental pautado nas relações entre Estados e indivíduos, e não mais nas relações horizontais entre Estados.

A Carta de 1988 constituiu um marco jurídico fundamental no processo de democratização do Brasil. “Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos” (PIOVESAN, 2006, p.14), assim, a consolidação das instituições democráticas no país e o fortalecimento das liberdades e garantias fundamentais representaram uma mudança substancial na política externa brasileira com relação aos direitos humanos.

A partir de então, importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a ser ratificados inserindo o Brasil no contexto internacional. De fato, a proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um instrumento de política pública que fortalece a imagem do Estado no seio da comunidade internacional por meio da construção de uma confiança internacional que estimule a segurança jurídica, a democracia e o respeito aos direitos individuais.

Deste modo, a questão da proteção dos direitos do homem incorpora-se definitivamente à agenda internacional do país, como tema de legítimo interesse supranacional a orientar as relações internacionais do Brasil, consolidando nossa tradicional política externa pacifista e humanista.

2 A Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A globalização que “aproximou” o mundo conferiu também ao Direito Internacional dos Direitos Humanos uma interface com o direito interno, principalmente com o direito constitucional. De fato, em sintonia com o processo de humanização do direito internacional, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma ampliação significativa no elenco dos direitos e garantias fundamentais, afirmando desde o seu preâmbulo sua vocação de assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 (...)”.

O princípio da dignidade da pessoa humana erigido logo no art. 1º, III da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito impõe-se, como ensina Flávia Piovesan (2008, 27), “como núcleo básico informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetros de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. A dignidade da pessoa humana consagra-se como o princípio mais valioso a orientar o constitucionalismo interno e internacional, conferindo-lhes suporte axiológico, unicidade e sentido.

No artigo 3º da Constituição são enumerados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que incluem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I), a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (III), e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV). Já no artigo 4º, I elencou-se, pela primeira vez, a prevalência dos direitos humanos como princípio regente nas relações internacionais do Brasil. Com efeito, o art. 4º da Constituição Federal Brasil reflete uma opção constitucional humanista como caminho para a convivência pacífica entre os Estados.

Ademais, os artigos 5º e 7º da Constituição prevêm uma verdadeira carta de direitos fundamentais e sociais, sob forte influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A valorização do ser humano, suas liberdades e garantias fundamentais, alcançam com a Carta de 1988 uma expressão jurídica com força normativa a aplicabilidade imediata, por força do §1º do artigo 5º. Ademais, a Constituição traz uma orientação internacionalista como nunca antes vista na história constitucional brasileira, como se extrai do mencionado art. 4º e pela previsão da cláusula aberta do art. 5º, §2º sobre a integração entre a ordem jurídica internacional e o ordenamento interno.

Dispõe o §2º que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa Brasil seja parte”. Esta previsão do §2º inovou ao incluir entre os direitos constitucionalmente tutelados aqueles decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Assim, além da proteção aos direitos e garantias expressos na Constituição, o §2º do art. 5º, traz uma norma de proteção dos direitos não enumerados, e, ao final, uma cláusula aberta de integração entre normas internas e internacionais de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais não podem se restringir somente àqueles positivados constitucionalmente; deste modo, o chamado bloco de constitucionalidade compreende além dos direitos e garantias enumerados, aqueles princípios e normas não escritos, porém materialmente constitucionais, expressos sob a forma de tratados internacionais.

Consoante orientação constitucional, às normas constitucionais deve ser atribuída a interpretação que maior eficácia confira aos direitos humanos. A respeito do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, aduz Jorge Miranda (2007, p.260) que:

(...) a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.

Assim, as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, incorporadas ao texto constitucional, assumem no direito pátrio rigidez absoluta pela combinação do artigo 5º, § 2º, com o artigo 60, §4º, IV, da CF/88, pelo qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais”.

É a esta corrente que devem se filiar a doutrina e jurisprudência pátrias, como o fazem os ilustres professores Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. A hierarquia constitucional atribuída aos tratados de direitos humanos deve-se ao caráter universal e de valorização do ser humano presente nas normas de proteção neles instituídas, e, portanto, não se amplia aos tratados internacionais comuns, que terão natureza infraconstitucional decorrente da previsão do artigo 102, III, b, da Carta Constitucional.

Todavia, a partir do §2º do artigo 5º da Constituição Federal formaram-se outras três concepções interpretativas a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos na esfera do ordenamento jurídico interno.

Para uma primeira corrente, os tratados de direitos humanos ingressariam no direito interno com *status* supraconstitucional. Nesta esteira, o §2º do artigo 5º, ao prever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros expressos em tratados internacionais, estaria conferindo a estes direitos convencionados, grau superior à norma constitucional, devido ao caráter peremptório e indisponível das normas de proteção dos direitos humanos caracterizadas como *jus cogens* internacional.

Uma segunda corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos. Este foi o entendimento adotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC 79.785 no Supremo Tribunal Federal em maio de 2000, que se dissocia, todavia, da tese até então predominante no Supremo Tribunal Federal.

Até recentemente, o STF posicionava-se majoritariamente em favor de uma terceira corrente, defendendo a paridade entre tratados internacionais e leis federais, em decorrência da equivalência do processo legislativo para a aprovação de lei ordinária e do ingresso destes tratados no ordenamento interno. Ressalvados entendimentos dissonantes de alguns Ministros advogando a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos.

Sobre a mesma questão o STF recentemente adotou posição diversa, que será objeto de estudo do próximo item, quando se aborda o impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 A Emenda Constitucional 45/2004 e o §3º do artigo 5º da CF/88

Em 08 de dezembro de 2004, após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 que trouxe várias alterações ao texto constitucional de 1988, principalmente no que diz respeito à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário, sendo, deste modo, intitulada Reforma do Judiciário. Intencionando solucionar a discussão a respeito da hierarquia normativa conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos quando incorporados ao sistema positivo interno, a EC 45/04 incluiu um § 3º ao artigo 5º com a seguinte previsão:

Art. 5º

(...)

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Se por um lado é elogiável a iniciativa do poder constituinte derivado na tentativa de responder ao tumultuoso debate acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, por outro, há que se observar que o §2º do art. 5º, já sustentava a mesma hierarquia constitucional estabelecida no § 3º sem, contudo, condicionar esta hierarquia a um procedimento legislativo diferenciado como faz o aludido parágrafo.

Em consonância com o art. 5º, §2º, os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, independentemente do *quorum* de sua aprovação no Congresso Nacional. Neste sentido, a aprovação de um tratado de direitos humanos mediante *quorum* qualificado, confere a este tratado, ao lado do caráter material, também o caráter formalmente constitucional. Para Flávia Piovesan (2008, p. 41), “há que imperar uma lógica material, e não formal, orientada por valores a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto.” Com efeito, não é razoável que o *quorum* de aprovação dos tratados de direitos humanos determine sua hierarquia no ordenamento interno, haja vista serem indistintamente constitucionais do ponto de vista material, por conterem normas de proteção internacional dos direitos humanos.

Nesta esteira, pondera Mazzuoli (2005, p.93) que antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004, os tratados de direitos humanos deveriam ser aprovados por maioria simples do Congresso Nacional antes de serem ratificados pelo Presidente da República, nos termos do art. 49, I da CF/88, gerando inúmeras controvérsias jurisprudenciais sobre a aparente hierarquia *infraconstitucional* desses instrumentos internacionais no direito interno.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, passou-se a adotar o *quorum* exigido para a aprovação de emenda constitucional conforme art. 60, §2º da CF/88, integrando formalmente os tratados internacionais de direitos humanos ao texto constitucional.

Assim, com o art. 5º, §3º surgem duas categorias de direitos humanos, a saber, os materialmente constitucionais, por força do art. 5º, § 2º; e os material e formalmente constitucionais, equiparados à emenda constitucional, quando aprovados pelo procedimento legislativo especial estabelecido no § 3º. Os direitos humanos materialmente constitucionais, todavia, não se incorporam ao texto constitucional, mantendo aparente hierarquia de norma infraconstitucional, do que decorre a dificuldade de sua aplicação - que poderá ser preterida, por exemplo, em favor de lei ordinária mais recente.

Outra dificuldade que surge com o §3º se refere aos tratados de direitos humanos pretéritos à Emenda 45/2004, como por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, e vários outros, que “perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do §2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo quorum do §3º do mesmo art. 5º.” (MAZZUOLI, 2005, p.98).

Na realidade, não há que se falar em conferir *status* de lei federal aos compromissos internacionais referentes a tratados de direitos humanos assumidos anteriormente à aprovação da EC 45/2004, por não terem sido estes aprovados pelo *quorum* exigido pelo §3º do art. 5º. De acordo com Flávia Piovesan (2008, p.72), os acordos internacionais de direitos humanos ratificados antes de dezembro de 2004 contaram com ampla maioria dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo o *quorum* de três quintos dos membros em cada Casa.

De fato, não seria viável que estes tratados de direitos humanos ratificados antes da aprovação da EC 45/2004 se submetessem ao *iter* previsto no art. 5º, §3º para serem recepcionados formalmente como norma constitucional.

Neste contexto, mais razoável seria que o incluso §3º do art. 5º determinasse a hierarquia constitucional das normas de proteção dos direitos e garantias individuais inseridas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a fim de que tivessem no ordenamento jurídico brasileiro aplicabilidade imediata na forma do art. 5º §1º, CF, e prevalência sobre as normas constitucionais quando suas disposições forem mais benéficas ao ser humano.

Há que se observar ainda uma consequência prática que decorre da recepção em grau constitucional de todos os tratados de direitos humanos, distinguindo os tratados materialmente constitucionais daqueles também formalmente constitucionais. Enquanto os tratados materialmente

constitucionais, que não integram formalmente o texto constitucional são suscetíveis de extinção pelo ato da denúncia, aqueles outros que integram o corpo constitucional, aprovados como emenda constitucional, têm o condão de reformar a Constituição e não podem ser denunciados.

Assim os tratados materialmente constitucionais por força do art. 5º §2º dialogam com o texto constitucional, aplicando-se ao caso concreto a norma mais favorável ao ser humano, seja ela formalmente constitucional ou internacional materialmente constitucional. Aqui não se admite a reforma da Constituição por norma materialmente constitucional, todavia, ultrapassados os requisitos do §3º, a norma internacional é absorvida pelo ordenamento interno como Emenda Constitucional, com poder reformador, o que poderia ocasionar a aplicação da norma internacional em detrimento da norma constitucional mais benéfica. Neste sentido, seria mais adequado se o §3º tivesse preferido a aplicação da primazia da norma mais favorável no eventual conflito entre o disposto em tratado e no texto constitucional.

A consagração pelo §3º do art. 5º das normas de proteção dos direitos humanos emanadas de tratados e convenções internacionais enquanto emenda constitucional põe fim a uma antiga discussão pertinente à hierarquia normativa destes tratados em relação aos tratados comuns, e encontra perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º, III da CF/88, e da prevalência dos direitos humanos, elencado em seu art. 4º, II.

Todavia, a estipulação de *quorum* mínimo para aprovação do tratado como emenda constitucional e a omissão do §3º quanto aos tratados internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil deixa margem para interpretações relativas à hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, muitas vezes dissonantes com os preceitos e fundamentos regentes da Constituição.

Vale dizer, o constituinte derivado, podendo, não determinou a natureza constitucional dos tratados internacionais de proteção do ser humano, trazendo ao texto constitucional um dispositivo vago e impreciso quanto ao tema, que privilegia o processo Legislativo interno em detrimento do convencionado internacionalmente. Cabe, portanto, à doutrina e à Jurisprudência a defesa da força normativa constitucional destes tratados, sob a vigilância do princípio da norma mais favorável ao ser humano e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Jurisprudência do STF

Considerando sua hierarquia constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos ao ingressarem no ordenamento brasileiro podem relacionar-se com o Direito interno de três maneiras distintas. Em primeiro lugar, podem ter mesmo conteúdo que a norma Constitucional, no caso em que esta reproduz disposições de tratados internacionais de direitos humanos. Em segundo lugar, os tratados podem vir a complementar direitos constitucionalmente garantidos, que passam a se incorporar ao Direito brasileiro, reforçando o rol de direitos previstos na Constituição ou preenchendo eventuais lacunas. Por fim, podem os tratados internacionais de direitos humanos contrariar dispositivo expresso de Direito interno. É nesta última hipótese que se encerra a questão de maior controvérsia, tanto doutrinária quanto jurisdicional, a respeito do eventual conflito entre o tratado internacional de direitos humanos e a Constituição Federal.

Cumpra então analisar a evolução do posicionamento da Suprema Corte quanto ao tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente no que tange à prisão civil do depositário infiel, em que se discute a aparente incompatibilidade entre a norma constitucional e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e, portanto, incorporada ao direito pátrio com hierarquia constitucional, consoante art. 5º, § 2º, da CF/88.

Até o paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 ocorrido entre 1975 e 1977, entendia a Suprema Corte pela prevalência do direito internacional sobre o direito interno, com orientação monista internacionalista. Neste julgamento, contudo, entendeu o STF pela paridade normativa entre o tratado internacional e a lei ordinária. Deste modo, para solucionar conflitos entre normas constitucionais e tratados internacionais concluiu-se pela aplicação do critério *lex posterior derogat legi priori*, pelo qual as disposições de uma convenção internacional poderiam ser revogadas pela aprovação de lei ordinária incompatível com o tratado.

Claro o retrocesso no entendimento da Suprema Corte, que se posicionava anteriormente pela supralegalidade das normas originárias de tratados internacionais, que assumiriam no direito interno hierarquia infraconstitucional, porém superior às leis ordinárias. Com a mudança de posicionamento, o STF passou a entender que os tratados internacionais, sejam eles de proteção dos direitos humanos ou não, têm mesma hierarquia que leis ordinárias federais.

Com efeito, a posição adotada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 autoriza o Estado a violar preceitos internacionais por ele assumidos de boa-fé, isso porque ao se comprometer na esfera internacional a um determinado tratado, o Estado compromete também o seu sistema jurídico interno. Vale dizer, com a evolução do Direito na ordem internacional, o antigo conceito de soberania absoluta do Estado se enfraquece ante a unicidade de jurisdição interna e internacional, de modo que os compromissos por ele assumidos externamente vinculam a comunidade interna que aquele Estado representa. (MAGALHÃES, 2000, p.61).

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o entendimento do STF foi novamente posto em discussão. A inclusão da cláusula aberta prevista no §2º do art. 5º mudou o panorama do debate ao prever que os direitos e garantias constitucionalmente previstos não excluiriam outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte, conferindo aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia materialmente constitucional.

Assim, em 1992, após um longo processo de tramitação no Congresso Nacional, o Brasil aderiu, finalmente, aos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 24 de janeiro, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro, sem reservas quanto ao disposto nestas convenções a respeito da prisão civil por dívidas.

Pela Constituição Federal recém-promulgada, os tratados internacionais seriam incorporados ao ordenamento interno, em tese, com hierarquia de norma constitucional de aplicabilidade imediata em decorrência do §1º e da parte final do §2º do art. 5º. Ocorre que o Pacto de San Jose da Costa Rica, a respeito do direito à liberdade pessoal, trouxe no artigo 7º, item 7, a seguinte previsão:

Art. 7º

(...)

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

No mesmo sentido, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas dispõe que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

Contudo, a Constituição Federal consagrou no artigo 5º, LXVII que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo

inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” Vislumbra-se que, enquanto o Pacto de San Jose da Costa Rica permite apenas a prisão civil do devedor de alimentos, a norma constitucional traz também a hipótese de prisão do depositário infiel. Assim, com a assinatura dos referidos tratados, tornou-se questionável no Brasil a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, prevista na Constituição de 1988, inclusive a prisão decorrente do depósito clássico, previsto no art. 627 e seguintes do Código Civil de 2002.

Considerando que a Constituição Federal e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm mesma hierarquia normativa no direito interno, a solução para o aparente conflito normativo repousaria sobre o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano*. Deste modo, sendo mais benéfica a disposição do Pacto de San José da Costa Rica a respeito da prisão civil, deveria esta prevalecer sobre o texto constitucional, que, embora vigente, perderia sua eficácia ante a aplicação do tratado internacional.

Todavia, não foi este o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do HC 72.131/RJ, que reproduz a tese majoritária, até então vigente no STF, quanto à infraconstitucionalidade das normas contidas no Pacto de San Jose da Costa Rica, que não poderiam limitar norma constitucional que permite ao legislador ordinário disciplinar a exceção prevista no art. 5º, LXVII referente à prisão civil do depositário infiel. Apesar da ulterioridade do referido tratado internacional em relação às normas que dispõem sobre a matéria no plano infraconstitucional, o tratado, por ser geral, não poderia derrogar a legislação anterior, porém especial, sobre a prisão civil do depositário infiel.

Com a EC 45/2004 e a inclusão do §3º ao artigo 5º, expressou-se a vontade do legislador em conferir aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de emenda constitucional, ainda que para isso fosse necessária a aprovação por procedimento legislativo diferenciado. Em sentido contrário ao entendimento até então defendido pelo STF, o reconhecimento da primazia da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre a legislação ordinária brasileira resolveria uma questão que há muito vinha incomodando os membros da Suprema Corte: os devedores fiduciantes inadimplentes que, não podendo restituir os bens a eles alienados, eram considerados depositários infieis e, portanto, sujeitos à prisão civil. Neste contexto, a fim de reverter o reiterado quadro de prisões destes devedores, tornou-se imperativa a elevação dos tratados internacionais à hierarquia superior em face da legislação ordinária, que

“continuava implementando o instituto a prisão civil do depositário infiel, em desdobramento ao permissivo do inc. LXVII, do art. 5º, da CF/88”. (RAMOS, 2009, p.185).

A respeito da hierarquia normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, o julgamento do RHC 18799 pelo Superior Tribunal de Justiça em maio de 2006, de relatoria do Ministro José Delgado, representa verdadeiro avanço na jurisprudência brasileira, relevante tanto no sentido de se reconhecer a eficácia retroativa do §3º do art. 5º, quanto a hierarquia constitucional e a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, resultando, em última instância, na declaração da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Em novembro do mesmo ano teve o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de decidir acerca da questão da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos quando do julgamento do RE 466.343. Nesta ocasião, ao revés de reconhecer a paridade entre o tratado internacional de direitos humanos e a norma constitucional, propôs o Ministro Gilmar Mendes um retorno ao entendimento jurisprudencial manifestado nas décadas de 40 e 50, que conferia aos tratados internacionais o status infraconstitucional, porém supralegal.

Julgando desprovido o recurso, entendeu o Ministro Gilmar Mendes ser necessária uma mudança de posicionamento daquela Corte quanto ao papel dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, que passariam a ter hierarquia supralegal em relação à legislação ordinária, mas ainda inferior à Constituição. Embora tenha sido o voto do Ministro Gilmar Mendes acompanhado da maioria dos demais colegas, o julgamento do RE 466.343 foi suspenso devido ao pedido de vista do Ministro Celso de Mello.

O voto-vista remanescente foi proferido em 12 de março do ano passado, também no sentido do desprovimento do recurso, todavia, sob novo fundamento. O Ministro Celso de Mello mudou a posição que defendia anteriormente e entendeu que a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação ordinária decorre do caráter constitucional destes tratados internacionais incorporados pelo direito brasileiro, adotando, enfim, a tese de ilustres defensores dos direitos humanos como Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, pela qual os tratados internacionais de direitos humanos se inserem no ordenamento interno compondo o chamado *bloco de constitucionalidade*. A respeito da expressão utilizada pelo Ministro, leciona Celso Lafer (2005, p.15) tratar-se de:

(...) 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 e 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.

Um novo pedido de vista, dessa vez do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, adiou novamente a análise do Recurso Extraordinário 466.343-SP bem como do *Habeas Corpus* 87.585-TO, a respeito da prisão civil do depositário infiel.

O histórico julgamento da questão pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 03 de dezembro de 2008, quando por votação unânime, foi negado provimento ao Recurso Extraordinário (RE 466.343) que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição da prisão civil por dívida, prevista no art. 5º, LCVII, da Constituição Federal, ao depositário infiel e, por analogia, também ao alienante fiduciário infiel. Por votação unânime, também foi concedida a ordem de *habeas corpus* (HC 87.585), revogando a Súmula 619, do STF, que previa que “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” Neste sentido, a Suprema Corte entendeu que a prisão civil por dívida só se aplica na hipótese do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Assim, a partir de 2008 surge no Supremo Tribunal opiniões divergentes a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na estrutura legislativa brasileira. Se de um lado existem os defensores da tese da supralegalidade das convenções de direitos humanos, há outros que defendem que estas convenções encerram o chamado *bloco de constitucionalidade*. De qualquer modo, resta afastada a hipótese da prisão civil do depositário infiel, o que, por si, representa um grande avanço na concepção dos direitos humanos no Brasil.

Deste modo, consoante posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que não sejam incorporados ao direito interno pelo procedimento legislativo expresso no §3º do art. 5º da Constituição, contam com hierarquia supralegal, ou seja, afastam a eficácia de eventual legislação infraconstitucional conflitante, sendo, porém, inferiores à Constituição Federal.

Por outro lado, será hierarquicamente equiparado à Emenda Constitucional o tratado internacional de direitos humanos que vier a ser aprovado pelo rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição, como é o caso do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em 30 de março de 2007 em Nova York.

Concluindo, o julgamento deste *leading case* – consubstanciado no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 – consagrou-se como jurisprudência de repercussão geral do STF, uniformizando a interpretação do Supremo a respeito da matéria.

De fato, prevaleceu neste histórico julgamento o entendimento de que o direito do ser humano à liberdade configura direito fundamental consagrado constitucionalmente, que somente poderá ser violado em caso excepcionalíssimo, excluída a hipótese da prisão civil por dívida.

Embora configurado o avanço jurisprudencial, a Suprema Corte ainda não se posicionou no sentido de assegurar proteção mais completa aos direitos humanos, concebendo as normas internacionais de proteção destes direitos como materialmente constitucionais.

5 Conclusão

Conclui-se que a abertura constitucional à normação internacional ampliou o rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, incluindo aqueles expressos nos tratados internacionais. Neste contexto, no eventual conflito entre a norma constitucional e a de direito internacional, parece mais condizente a prevalência daquela mais eficaz à proteção dos direitos humanos. Com efeito, a incorporação do direito internacional ao direito interno deve fortalecer esse sistema de proteção, jamais restringi-lo.

Neste sentido, nota-se que a EC 45/2004 ao inserir a previsão quanto à incorporação do tratado de direitos humanos na qualidade de emenda constitucional, se aprovado por procedimento legislativo especial, (art. 5º, §3º), reforçou a natureza constitucional destes tratados.

Por outro lado, ao vincular a hierarquia constitucional do tratado internacional de direitos humanos a um procedimento legislativo especial, o §3º do artigo 5º criou uma distinção hierárquica entre normas materialmente equivalentes, deixando de reconhecer hierarquia formalmente constitucional aos tratados internacionais que não fossem aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional, ou que tivessem sido aprovados antes da

referida Emenda. Melhor seria se o dispositivo tivesse reconhecido a constitucionalidade de todos os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil fosse parte.

Assim, ao examinar a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, percebe-se que a mudança constitucional trazida pela EC 45/2004 acenou para uma alteração também quanto posicionamento até então preconizado pela Excelsa Corte, que não mais poderia reconhecer paridade normativa entre os tratados de direitos humanos e a lei ordinária.

Defende-se assim, a necessidade de se conferir máxima eficácia às normas de proteção dos direitos humanos, sejam elas internas ou internacionais, através do reconhecimento da essência materialmente constitucional dos direitos nelas elencados. A adoção desta postura significa a concretização de um processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, considerada a inafastabilidade e indisponibilidade dos direitos mais fundamentais à vida e à dignidade humana.

Human rights international treaties and the brazilian juridical order

Abstract: The purpose of this article is to analyze the hierarchy of international human rights treaties ratified by Brazil in the domestic legal system after the Constitutional Amendment number 45 of 08/12/2004 which added § 3 of Article 5 of the Constitution of 1988. In particular, the current positioning of the Supreme Court is analyzed, especially the recent judgments about the unconstitutionality of the civil prison of the unfaithful trustee (*depositário infiel*), expressly forbidden by the Pact of San Jose, Costa Rica, ratified by Brazil on September 25, 1992. Thus, the article defends the constitutional nature of international human rights treaties, ratified by Brazil as a measure of legal protection and guarantees of basic human enshrined in the Constitution of 1988. Also analyzes the hierarchy of international treaties that protect human rights in relation to the Brazilian legal system, from a constitutional perspective, after the Amendment 45/04 and domestic jurisprudence.

Keywords: International Human Rights treaties. Constitutional Amendment number 45. Constitutional hierarchy.

REFERÊNCIAS

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia**. In: *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/04**. In: Alberto do Amaral Junior; Liliana Lyra Jubilut. (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

www.stf.jus.br/arquivo. Acesso em 16 mar. 2010.

☒ Recebido: abril/2010. Aprovado: novembro/2011.