

## TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: STATUS NORMATIVO, IMPLICAÇÕES E CONTROVÉRSIAS

### *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: STATUS, IMPLICATIONS AND CONTROVERSIES*

Vinícius Gonzaga Ferreira

Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

**Submissão em 13.04.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.748>

**Resumo:** O presente trabalho busca compreender o *status* jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos, celebrados e ratificados pela República Federativa do Brasil, frente ao ordenamento jurídico pátrio. A incorporação destes tratados suscita enorme dissidência junto aos operadores do direito, levando-os a posicionamentos contrastantes que colocam estes acordos em diferentes categorias hierárquicas, implicando em supressão ou ampliação de direitos, de acordo com posicionamento adotado. O trabalho busca, neste sentido, compreender o papel desempenhado pelos tratados internacionais de direitos humanos, no ordenamento brasileiro, observando a legislação de regência, em cotejo com a teoria da hierarquia de normas. O estudo analisa, igualmente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema, com especial ênfase às mudanças paradigmáticas operadas ao longo dos anos e exame de alguns de seus votos dissidentes. O trabalho apresenta, por fim, os reflexos das principais teorias acerca da hierarquia destes tratados, em cotejo com os ditames constitucionais.

**Palavras-Chave:** Tratados Internacionais; Direitos Humanos; Recepção; *Status* Normativo.

**Abstract:** *This article intends to comprehend the juridical status of the international human rights treaties, celebrated and ratified by the Federative Republic of Brazil, according to the Brazilian legal system. The incorporation of these treaties produces a great discussion among the juridical community, leading their members to different points of view. As a consequence of these dissimilar conceptions, international human rights treaties are placed in different positions in the legal system, increasing or reducing rights, according to their set position. In this way, this essay intends to comprehend the role played by the international human rights treaties in the Brazilian legal system, observing the pertinent laws and also the Kelsen's theory of legal order. This article equally analyses the decisions of the Brazilian Supreme Court, emphasizing the paradigm changes across the years and, also, some of their*

*divergent votes. Finally, this essay presents the consequences of the different hierarchical theories, relating to the Constitution's rules.*

**Keywords:** *International Treaties; Human Rights; Reception; Nature.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Ordenamento Jurídico; 3. A natureza dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF; 3.1 Breves comentários; 3.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4. Uma breve incursão nos direitos fundamentais; 4.1 Terminologia; 4.2 Conceito; 5. Os direitos fundamentais e a Constituição Federal; 5.1 Reconhecimento e identificação: o papel desempenhado pelo art. 5º, § 2º; 5.2 Aplicabilidade imediata e seus reflexos: o papel desempenhado pelo art. 5º, § 1º; 5.3 Contexto, inovações e reflexos: o art. 5º, § 3º; 6. O *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e seus respectivos reflexos; 6.1 O *status* infraconstitucional; 6.2 O *status* supralegal; 6.3 O *status* constitucional; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar o *status* normativo atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Estes tratados, que têm se tornado cada vez mais frequentes, possuem lógica de funcionamento própria e conteúdo especial: eles trazem dispositivos voltados para proteção do ser humano e não do Estado, diferenciando-se, assim, dos tratados internacionais ordinários. Representam, portanto, documentos normativos de conteúdo privilegiado, que atuam na construção gradativa de prerrogativas, impulsionando e promovendo novos paradigmas de dignidade aos indivíduos.

A introdução deste novo conteúdo ao ordenamento pode resultar em eventuais antinomias. Por vezes, normas internas e externas contrastam, ensejando intervenção estatal para a resolução de ocasionais conflitos normativos, por meio do Poder Judiciário. Sob este prisma, serão analisados alguns julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, que versam sobre o conflito estabelecido entre normas internas e tratados internacionais de direitos humanos. Serão realçadas, notadamente, as mudanças que marcam a evolução do posicionamento firmado pela Suprema Corte destacando-se, igualmente, alguns dos votos dissidentes.

Da mesma maneira, lançar-se-á um olhar sobre o ordenamento jurídico e sua estrutura, à luz da teoria piramidal kelseniana. A edificação deste panorama propiciará a visualização das possíveis nuances de inserção das normas

advindas destes acordos, fornecendo, assim, ferramentas para a compreensão e problematização das principais correntes apontadas pela doutrina e jurisprudência.

Finalmente, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos atuam na proteção daquilo que há de mais precioso ao ser humano, a identidade dos direitos fundamentais elencados pelo poder constituinte, observar-se-á o tratamento disposto pela Constituição Brasileira sobre o tema, buscando-se, nesta perspectiva, traçar similitudes entre estes dois conjuntos normativos e investigar a dinâmica existente entre eles. Serão destacadas, em especial, as particularidades instituídas pela Constituição Federal de 1988 acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos, sua entrada em vigor e produção de efeitos.

Em apertada síntese, busca-se, com este trabalho, compreender o procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos e em que condições esta sua inserção se dá. Mais que mero tecnicismo, a imputação de determinado *status* normativo às normas recepcionadas implica em perda ou ganha de direitos por parte do indivíduo, face à existente hierarquia normativa. O estudo destas categorias permite, portanto, compreender conceitos diretamente ligados à dignidade humana e aos elementos materiais da Constituição, possibilitando-se, assim, uma intervenção jurídica positiva frente a eventuais ameaças a estas garantias.

## 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO

Inicialmente, faz-se mister adentrar, brevemente, na teoria kelseniana do escalonamento de normas jurídicas. Objetiva-se, neste passo, situar a posição dos tratados internacionais de direitos humanos, objeto deste estudo, no ordenamento jurídico brasileiro. Esta breve incursão permitirá a delimitação de espaços, tornando possível a visualização dos referidos tratados em meio às demais normas do sistema jurídico brasileiro.

Segundo a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas jurídicas sistematizadas. Este agrupamento possui configuração específica, de maneira que, a reunião de normas, bem como a lógica que as une, formam um verdadeiro sistema. É o que aduz o notável jurista austríaco: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 247).

As normas, que compõem este conjunto escalonado, fundamentam umas às outras, seguindo uma lógica em que a norma inferior busca sua validade na norma imediatamente superior. Este movimento, conforme expõe o autor em sua obra, levaria a um “perder-se no interminável”, uma busca ao infinito, de maneira que fragilizaria e invalidaria o sistema.

Kelsen propõe, então, a norma fundamental (*Grundnorm*) como fundamento último do sistema a fim de superar a descontinuidade descrita. Compete à referida norma fundamental conferir validade a todo o sistema. Esta não é posta, e sim, pressuposta, ou seja, não emana de nenhuma autoridade, não busca validade em nenhuma outra norma, de maneira que a sua existência constitui pressuposto lógico-teórico que fundamenta o sistema. Nas palavras do autor: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 2006, p. 217).

Dentro dessa lógica do escalonamento, Constituição, leis complementares, leis ordinárias, e diversos outros atos normativos, organizam-se numa estrutura que se assemelha a uma pirâmide, conferindo validade uns aos outros, e possuindo como fundamento último a norma fundamental pressuposta.

Ressalte-se que a Constituição, lei fundamental de um Estado, não se confunde com a norma fundamental e ocupa posição de destaque no topo da figura geométrica, logo abaixo da supracitada *Grundnorm*. Neste passo, elucidativa a lição de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2008, p. 371):

Onde há hierarquia, há interdependência entre normas, onde há interdependência, a validade da norma inferior é extraída da norma superior, e assim até uma última norma, a norma fundamental. Essa não é a norma constitucional de um Estado (Constituição da Argentina, Constituição da França, Constituição do Brasil...), mas um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente.

Aplicando-se a teoria piramidal, ora analisada, leis complementares e ordinárias, seguidas pelos decretos, compõem, respectivamente, os níveis hierarquicamente inferiores da pirâmide, tendo por base as portarias, ato normativo de posição hierárquica mais baixa.

Servindo-se dos elementos por esta teoria propostos, estas são as camadas que compõem o ordenamento e estes são os possíveis espaços de inserção a serem ocupados pelos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faça parte.

### **3. A NATUREZA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

#### **3.1 BREVES COMENTÁRIOS**

Tendo visto a maneira pela qual o ordenamento jurídico se estrutura, passa-se à análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema. Destaque-se que a posição atualmente adotada, postula pela natureza supralegal destes tratados, isto é, os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faça parte, estão alocados acima da legislação infraconstitucional, abaixo, contudo, da Constituição Federal. Este foi o paradigma adotado pela Corte em 2008, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Passa-se, agora, a uma breve análise do posicionamento da Suprema Corte Brasileira no decorrer dos anos<sup>1</sup>.

#### **3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Quando da análise da hierarquia dos tratados internacionais, parte significativa da doutrina destaca o ano de 1977 como marco referencial. Neste ano, houve o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE pela Corte Suprema, o qual representou, para alguns, uma mudança paradigmática, “divisor de águas” jurisprudencial.

Entre os que advogam pela mudança, destacam-se Flávia Piovesan (2011) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001). Segundo estes autores, o Supremo Tribunal Federal posicionava-se pelo primado do Direito Internacional em face do Direito Interno no período que antecede o julgamento do referido recurso extraordinário. Neste passo, exemplificativo é o acórdão proferido em julgado de 1951, que envolvia a então União Federal e a Cia. Rádio Internacional do Brasil:

TRATADO INTERNACIONAL. SUA FORÇA QUANTO AS LEIS QUE REGULAM OS CASOS NELE ESTABELECIDOS. SÓ POR LEIS QUE A ELE SE REFIRAM EXPRESSAMENTE, PODE SER REVOGADO. IMPOSTO. COMO DEVE SER COBRADO. (ACi 9587, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRAEDA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/1951, DJ 18-10-1951 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00060-01 PP-00028 ADJ DATA 06-07-1953 PP-01870)

Destaca-se, neste julgado, o seguinte excerto:

<sup>1</sup> Alguns dos julgados transcritos dizem respeito a tratados internacionais ordinários. Estes foram igualmente analisados uma vez que a mesma fundamentação, adotada pelo STF, foi revisitada em outras ações envolvendo tratados internacionais de direitos humanos, conforme se expõe nesta seção.

Portanto, as leis posteriores que alteram a vigorante naquela oportunidade ficam sem aplicação nos produtos importados nos países (sic) signatários dessa convenção. [...] Já sustentei ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583 de 22 de junho de 1950 que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país (sic), porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis (BRASIL, 1951, p. 36).

Da análise do trecho em destaque, percebe-se a prevalência do tratado em detrimento da legislação interna. Amparada no julgado transcrito e, ainda, na Apelação Cível nº 7.872 de 1943 e no Pedido de Extradicação nº 07 de 1913, Flávia Piovesan (2011, p. 114) tem por clara a prevalência dos tratados internacionais na jurisprudência do STF anterior a 1977.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 18), por sua vez, em referência ao período em espeque e em franca oposição à opinião apresentada, relata que havia, em realidade, uma profunda crença no primado do Direito Internacional sobre o direito interno entre os doutrinadores. Segundo o autor, esta crença, quando quebrada em 1977, causou estranheza e imensa reação. Ressalta, neste toar, que o posicionamento firmado pelos autores à época, seria, em verdade, fruto de seus posicionamentos pessoais:

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior (2009, p. 19).

Este posicionamento é compartilhado por Jacob Dolinger. Segundo o autor, o Supremo possuía postura constante e coerente, sendo a crença da prevalência do direito internacional sobre o direito interno, fruto de interpretação equivocada de alguns autores:

Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado,

sempre prevalecendo diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos (DOLINGER, 1993 apud BARROSO, 2009, p. 20).

Em que pesem os argumentos apresentados, em vista do excerto da Apelação Cível n. 9.587, nesta seção transcrita, acredita-se assistir razão à corrente que defende a prevalência dos tratados internacionais na jurisprudência do STF, anterior ao ano de 1977. Este posicionamento é corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 466.343:

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo (BRASIL, 2014, p. 1156).

Em 1º de junho 1977, por meio do julgamento do emblemático Recurso Extraordinário nº 80.004, a Corte Constitucional brasileira firmou entendimento no sentido da paridade normativa entre os tratados internacionais e as leis ordinárias editadas pelo Estado Brasileiro. Neste passo, em havendo conflito normativo entre lei brasileira e tratado internacional devidamente internalizado, decidiu-se, à época, pela prevalência daquele que por último veio ao ordenamento, ou seja, definiu a Corte Suprema que quando da colisão entre os elementos citados, aplicar-se-ia o critério *lex posterior derogat priori*. Eis a ementa da decisão sob análise:

CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809).

Ressalte-se que a decisão não foi unânime, tendo o Ministro relator se pronunciado pelo primado da norma alienígena. Entretanto, vencida a tese do Mi-

nistro relator Xavier de Albuquerque, estabeleceu-se a paridade normativa entre tratados e lei ordinária, despertando severas críticas. Nas palavras de Celso de Albuquerque Mello (1979 apud PIOVESAN, 2011, p. 114) a decisão representou um “verdadeiro retrocesso na matéria”. Flávia Piovesan (2011, p. 114-115), igualmente, rechaçou o julgado e pôs em relevo o descumprimento de preceitos basilares do direito internacional:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento.

Posteriormente, no ano de 1995 e sob nova ordem constitucional, o STF viria a reiterar alguns dos argumentos utilizados em seu julgado de 18 anos atrás, em interessante julgado envolvendo a prisão civil por dívidas e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por meio do Habeas Corpus nº 72.131-RJ, o tribunal reafirmou, em votação não unânime, seu posicionamento pela paridade entre leis ordinárias e tratados internacionais. Neste sentido, ilustrativo o voto do Ministro Moreira Alves:

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º que: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação a lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988,

o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado (BRASIL, 1995, p. 8685-8686).

Neste mesmo julgado, adotando entendimento oposto, o Ministro Carlos Velloso posicionou-se pela aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos ressaltando seu caráter de direito fundamental material:

Uma palavra a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, em 22.11.1969, que teve depositada sua ratificação em 25.09.1992. No art. 7º, item 7, da citada Convenção, está escrito: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' São três as vertentes na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados firmados pelo Brasil (C.F., art. 5º, § 2º). Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos materiais dos direitos puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi nesta corte, na ADI 1.497/DF [...] – se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição (BRASIL, 1995, p. 8719-8720).

Em razão do conteúdo neste trabalho exposto, acredita-se que o posicionamento defendido pelo Ministro Carlos Velloso é o entendimento correto acerca da matéria. Infelizmente, apesar dos argumentos ventilados, não foi o posicionamento que prevaleceu:

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária.

ria o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida. (HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650)

Por fim, consolidando o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, julgou-se o Recurso Extraordinário nº 466.343-SP em 03 de dezembro de 2008. Na ocasião, o Supremo enfrentou a matéria com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 (o atual art. 5º, § 3º) e firmou entendimento pela supralegalidade destes tratados, em razão de seu conteúdo. Eis a ementa do julgado:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

O novo posicionamento do STF, sustentando a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tese vencedora, pode ser consubstanciado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela

anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (BRASIL, 2008, p. 1191).

Registre-se, entretanto, alguns dos elementos trazidos pelo Ministro Celso de Mello neste julgado. Apesar de sua tese não ter sido vencedora, o Ministro traz argumentos divergentes que dão margem a uma futura mudança de postura, por parte da Corte Suprema:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias [...] que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade (BRASIL, 2008, p. 1230).

Em face do conteúdo explorado neste trabalho, acredita-se assistir inteira razão ao posicionamento adotado pelo Ministro Celso de Mello. Tendo em vista o conteúdo do art. 5º, da Constituição Federal e, em especial, seus §§ 1º e 2º, tem-se por evidente a caracterização dos tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados pelo Brasil enquanto norma constitucional, em completa sintonia com a cláusula de abertura instituída pelo Constituinte Originário em 1988. Neste passo, destaca-se, por fim, as conclusões oferecidas em seu voto:

Após muita reflexão sobre este 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 situ-

ações 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 pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 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 o País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 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') (BRASIL, 2008, p. 1237-1238).

## 4. UMA BREVE INCURSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 TERMINOLOGIA

Após analisar o posicionamento adotado pelo STF, faz-se necessário analisar o campo dos direitos fundamentais, a fim de traçar similitudes com os tratados, objeto deste estudo. Em relação à nomenclatura utilizada não há consenso junto à doutrina e aos operadores. Existe uma miríade de termos, dentre os quais se destacam direitos humanos, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos do homem (BOBBIO, 2004), direitos fundamentais do homem (SILVA, 2009, p. 149), direitos humanos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2011), que, por vezes, são usados como sinônimos, enquanto que, para outros autores, são termos distintos com significação semântica própria. Neste passo, pertinente é a observação de Paulo Bonavides (2010, p. 560): “[...] podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações [...]”

Em breve enfrentamento da questão terminológica, André Ramos Tavares (2009, p. 460) destaca: “Não há que se olvidar, ainda, que os direitos humanos possuam forte carga emotiva, o que favorece enormemente a ambiguidade e con-

tradições na própria determinação do conteúdo que se aloja em cada um desses designativos”<sup>2</sup>.

Em meio à diversidade de argumentos trazidos pelos doutos doutrinadores, parece assistir razão ao entendimento esposado por Ingo Wolfgang Sarlet (2011), o qual defende a utilização do termo “direitos fundamentais”.

Segundo o referido autor, o termo “direitos fundamentais” revela-se mais apropriado, inicialmente, pois está em sintonia com o direito positivo pátrio, conforme epígrafe do Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Acrescenta, ainda, o professor gaúcho, que a categoria direitos humanos está mais próxima do conteúdo emanado de tratados e acordos internacionais, enquanto que os direitos fundamentais corresponderiam àquelas garantias reconhecidas pelo direito positivo. Neste toar, destaca:

À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos do que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados [...] (SARLET, 2011, p. 35).

O posicionamento, que neste trabalho é seguido, é corroborado por Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 623):

Com efeito, não se poderá encontrar absoluta identidade entre “direitos fundamentais”, “direitos do homem” ou “direitos humanos”, porquanto a designação de “fundamentais” é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que “direitos do homem” ou “direitos humanos” são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais.

Desta feita, adota-se a terminologia “direitos fundamentais” no presente trabalho, vez que, pelos argumentos supracitados, se tem por mais apropriada, pois condizente com o direito positivo pátrio. Além disso, acredita-se assistir razão à tese de que direitos fundamentais têm por base e referência as Constituições e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

<sup>2</sup> Registre-se que o referido autor, no capítulo “Evolução e Teoria Geral dos Direitos Humanos” (p. 453-511), de sua obra Curso de Direito Constitucional, aqui citada, utiliza como sinônimos, por vezes, os termos direitos fundamentais e direitos humanos, apesar de apresentar uma breve distinção teórica.

## 4.2 CONCEITO

Apresentar um conceito fixo de direitos fundamentais constitui tarefa improfícua. Dada a sua historicidade, sua construção progressiva no tempo, a apresentação de um conceito bem delimitado resultaria em um produto anacrônico, engessado. Ademais, “a classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 158).

Ressalte-se, ainda, que há uma certa relatividade no que tange ao conteúdo e expressão destes direitos. Explica-se: conforme outrora afirmado neste trabalho, os direitos fundamentais têm por referência sua respectiva ordem jurídica, pela qual foram positivados. Por conseguinte, há direitos que são fundamentais para um determinado Estado, e podem não ser para um outro. Neste passo, a apresentação de um conceito abrangente e universalmente válido tornar-se-ia ineficaz, passível de imprecisão e caducidade. A respeito do tema, elucidativas as observações de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 76):

Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a Fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Em que pese a impossibilidade de consubstanciação em uma máxima estante, pode-se dizer que os direitos fundamentais correspondem ao conjunto de direitos e garantias que, pautados pelo princípio da dignidade humana, subsidiam, em cada momento histórico, uma existência plena, digna e igualitária ao ser humano<sup>3</sup>.

Neste passo, os direitos fundamentais, em uma amorfa acepção material, correspondem àqueles valores mais preciosos de todo o ordenamento jurídico que lhe conferem legitimidade e, ao mesmo tempo, constituem seus pilares e estrutura<sup>4</sup>. É este o posicionamento defendido por Canotilho. Segundo o eminente jurista português, o caráter de fundamentalidade material emanado destes direi-

<sup>3</sup> Sob a alcunha direitos humanos, Pérez Luño (1979 apud SILVA, 2009, p. 178) propõe: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

<sup>4</sup> “Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático” (MENDES, 2009, p. 300).

tos reflete decisivamente na constituição das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 379).

## 5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Composta por duzentos e cinquenta artigos e cem atos de disposição transitória, a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, encontra-se entre o grupo de constituições classificadas como analíticas, do qual também fazem parte a Constituição da República Portuguesa de 1976 (296 artigos) e a Constituição da Índia de 1949 (395 artigos).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 64), a extensa matéria disposta seria fruto da pluralidade de anseios que pôde enfim manifestar-se após o longo período ditatorial que antecedeu a ordem constitucional vigente. Além disso, acrescenta o autor, a extensão do conteúdo tratado denota uma certa desconfiança do legislador constituinte em face do legislador ordinário.

Em relação aos direitos fundamentais, apoiando-se nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 182-183), pode-se dizer que a Constituição Federal tratou-os em três grupos: direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos (art. 5º, §2º) e direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Cumprе ressaltar que, de acordo com a sistemática estabelecida pela Magna Carta pátria, os direitos fundamentais desfrutam de proteção especial, no que tange à eventual supressão em reforma constitucional. Por meio do art. 60, § 4º, IV, que dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais” o legislador constituinte blindou-os, impossibilitando inclusive a apreciação de eventual matéria que os extinga. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1): “O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º)”.

### 5.1 RECONHECIMENTO E IDENTIFICAÇÃO: O PAPEL DESEMPENHADO PELO ART. 5º, §2º

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte” (art. 5º, §2º). Esta é a chamada cláusula de abertura, que permite a aferição de novos direitos a partir

do contato estabelecido entre a ordem estatal soberana e a ordem internacional. Dispositivos similares também estão presentes em outras constituições, como a Constituição da República Portuguesa (art. 16, 1)<sup>5</sup>, a Constituição Peruana (art. 3º)<sup>6</sup> e a Constituição da República de Guiné-Bissau (art. 29)<sup>7</sup>.

Conforme outrora referido, o rol de direitos fundamentais trazido pelo constituinte de 1988 não é exaustivo. Pode-se dizer, amparando-se mais uma vez nas lições de José Afonso da Silva (2009, p. 182-183), que a Constituição Federal trouxe, por meio de seu § 2º, uma cláusula de abertura, a “*fattispecie* aberta” adotada por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 379-380), que permite a aferição de direitos fundamentais provenientes do regime e dos princípios adotados, bem como dos tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Desta maneira, compõem o conjunto de garantias constitucionais os direitos fundamentais expressos, os decorrentes do regime e princípios, assim como os direitos decorrentes dos tratados que o Brasil regularmente faça parte. Este posicionamento, que não é unânime, parece o mais acertado, frente ao dispositivo constitucional em destaque.

Há, ainda, vozes na doutrina que apontam o artigo 5º, § 2º, da CF, como norma dispensável. É o que pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 122): “Em face de documentos prolixos como a Constituição de 1988 parece inútil uma regra como essa”. Conclui, por fim, o autor:

Direitos implícitos igualmente podem ser deduzidos dos tratados internacionais. Isto advém de uma inovação da Constituição em vigor. Trata-se, porém, de uma previsão desnecessária, pois, se o direito fundamental implícito o é por sua natureza (projeção da eminente dignidade humana), já o seria mesmo que não fosse possível de deduzir de tratado internacional (FERREIRA FILHO, 2011, p. 122-123).

Em que pesem os argumentos ventilados, acredita-se que esta posição não deve prosperar. O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, conforme se vem explicitando no decorrer desta seção, desempenha importante função no ordenamento brasileiro, ao permitir, por meio deste, a identificação de determinado conteúdo enquanto direito fundamental. *In casu*, o referido dispositivo legitima

<sup>5</sup> “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (CRP, 1976, art. 16º, 1).

<sup>6</sup> “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (CPP, 1993, art. 3º).

<sup>7</sup> “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional” (CRGB, 1996, art. 29º, 1).

o reconhecimento de um determinado conteúdo, proveniente de norma exógena, enquanto direito fundamental, habilitando-o a compor o rol de direitos constitucionalmente protegidos, após passar pelo procedimento de incorporação à ordem jurídica doméstica.

## **5.2 APLICABILIDADE IMEDIATA E SEUS REFLEXOS: O PAPEL DESEMPENHADO PELO ARTIGO 5º, § 1º**

Após apontar a importância do § 2º, o qual possibilita a identificação e ampliação dos direitos fundamentais, mister refletir acerca do artigo 5º, § 1º e sua influência na dinâmica do ordenamento. Reforçando o poder dos direitos fundamentais, a referida norma constitucional enuncia o seguinte mandamento: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em face da característica apontada, autores como Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p. 178) pugnam pela entrada em vigor e aplicação imediata dos tratados que versem sobre direitos humanos, independentemente de sua promulgação por decreto do Chefe de Estado brasileiro. Sustenta o autor:

Frise-se mais uma vez que, o que foi dito acima, no sentido de que depois de devidamente ratificado, o tratado internacional precisa ser promulgado pelo Presidente da República para só então se incorporará nossa legislação interna, não vigora quando o tratado ratificado é de proteção dos direitos humanos. Neste caso especial, basta a ratificação para que o tratado internacional (protetivo dos direitos da pessoa humana – repita-se) passe a produzir seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, dispensando-se a edição de decreto executivo para tal (art. 5º §§ 1º e 2º, CF) (MAZZUOLI, 2001, p. 182).

Este mesmo posicionamento é defendido por Flávia Piovesan (2011, p. 145):

Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução.

Nesta linha, acrescenta a supracitada autora que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado um sistema jurídico misto: a incorporação dos tratados de direitos humanos obedeceria à teoria monista enquanto que, para os tratados de conteúdo ordinário, a recepção seguiria a teoria dualista (PIOVESAN, 2011, p. 144-145).

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan defendem, portanto, na seara dos direitos humanos e como consequência da aplicabilidade imediata, a produção de efeitos e exigibilidade das normas advindas dos tratados internacionais independentemente de decreto do Executivo.

Este posicionamento, contudo, não é unânime. Para Mariângela F. Ariosi ([2004]) o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria dualista independentemente do conteúdo do tratado. Para a autora, portanto, o decreto do Executivo é indispensável.

Malgrado a discussão doutrinária que existe em relação ao *status* que os tratados internacionais que contenham direitos humanos possuem, para adquirirem vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro, independentemente do seu conteúdo material, os tratados internacionais devem passar pelo processo de internalização para que se transformem em Decretos e passem, então, a gerar efeitos jurídicos (ARIOSI, [2004]).

Em que pesem os argumentos apresentados, parece mais acertada a posição adotada pela primeira corrente, sob pena de macular-se a referida aplicabilidade imediata. Igualmente, parece ser esta a interpretação que mais se encontra em sintonia com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

### 5.3 CONTEXTO, INOVAÇÕES E REFLEXOS: O ARTIGO 5º, § 3º

Por fim, resta analisar o papel desempenhado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição. Insta ressaltar, inicialmente, que o dispositivo em apreço não foi produto do constituinte originário, tendo sido introduzido no ordenamento brasileiro em dezembro de 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45.

Este parágrafo veio como uma tentativa de pôr fim aos calorosos debates, que povoavam a doutrina e os operadores do direito, em relação à hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, ratificados e incorporados pelo Brasil. Acerca do contexto em que esta norma foi gerada, ilustrativos são os apontamentos de André Ramos Tavares (2009, p. 528):

Ao que tudo indica, a finalidade deste preceptivo era a de integrar o País no arcabouço internacional de direitos humanos. Contudo, no Brasil,

notou-se uma resistência, quase que insuperável em assimilar internamente os efeitos dos direitos humanos internacionais. Francisco Rezek, tecendo crítica à posição do Supremo Tribunal Federal, apontou que “alguém estava ali raciocinando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre nossas cabeças, à nossa revelia, como se aquilo não fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas a nossa brasilidade”. Ou seja, havia um descompasso entre os compromissos assumidos internacionalmente pelo País e a sua postura de internalização destes. Mais do que isso, havia franca guerra doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados sobre direitos humanos às normas constitucionais e aqueles que, encabeçados pelo S.T.F., ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária.

O então novel dispositivo estabeleceu requisitos de apreciação que, se atendidos, conferem expressamente o status de norma constitucional às normas a partir de então aprovadas. Eis o conteúdo do parágrafo em apreço:

Art. 5º, § 3º, CF: 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 respeito deste procedimento, encontra-se interessante observação acerca do novo rito estabelecido, nas lições de André Ramos Tavares. Defende o autor que o rito de apreciação trazido pela Emenda Constitucional nº 45 é vinculante e obrigatório, de maneira que, conclui o autor, os tratados de direitos humanos que não obtiverem o *quorum* de três quintos, ter-se-ão por rejeitados:

Quer-se dizer, a não aprovação do tratado internacional, pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, não apenas descaracteriza a hierarquia constitucional desse tratado, especial em razão de seu conteúdo, como também impede que o Brasil o internalize como norma. Isto, é claro, nos tratados internacionais celebrados posteriormente ao advento desta mudança constitucional. Estas medidas, a saber, a exigência da aprovação pelo procedimento do art. 5º, § 3º, e a vedação à adesão ao tratado, no caso de o Congresso Nacional não aprová-lo, por três quintos de seus membros, têm como finalidade última dotar o Brasil de seriedade na seara internacional e, ainda, na interna (TAVARES, 2009, p. 529).

*Data maxima venia*, parece carecer de sustentação a solução apontada. Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III, CF) e, igualmente, o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF), a não recepção dos tratados por não ter sido atingido o quórum qualificado, ainda que tenha sido aprovado pela maioria simples, não parece ser o desfecho mais adequado com os mandamentos da Constituição Federal.

Antônio Augusto Cançado Trindade ([2006]), por sua vez, desfere contundentes críticas à modificação legislativa em espeque, classificando-a como produto mal formulado, estatocêntrico e anacrônico. Na avaliação do ilustre autor, um verdadeiro retrocesso:

Sem falar da decepcionante regulamentação no direito interno brasileiro do crime de tortura [...]e, ainda há pouco, da bisonha e patética emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004. [...] Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglgio tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano (TRINDADE, [2006], p. 410-411).

## **6. O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS RESPECTIVOS REFLEXOS**

Após conferir um breve panorama do disciplinamento dado por diferentes ordenamentos aos tratados internacionais de direitos humanos e, após lançar um olhar sobre o contexto no qual a cláusula de abertura brasileira foi gestada, passa-se, por fim, a uma sucinta apreciação das teorias que regem o tema, com seus respectivos reflexos.

### **6.1 O STATUS INFRACONSTITUCIONAL**

Tendo por pressuposto a supremacia da Constituição e a soberania estatal, esta corrente postula a entrada dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio com o *status* de lei ordinária. Neste sentido, em caso de conflito normativo entre os tratados celebrados e a legislação interna, há de se aplicar a regra *lex posterior derogat lex priori*.

Como consequência direta de sua aplicação, é ameaçada a proteção à dignidade humana, assim como os princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, presen-

tes nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, da qual o Brasil é signatário.

## 6.2 O *STATUS SUPRALEGAL*

Por meio desta teoria os tratados internacionais de direitos humanos situam-se em lugar intermediário do ordenamento: abaixo da Constituição e acima das leis infraconstitucionais. Este lugar privilegiado – infraconstitucional, porém supralegal – é reservado apenas aos tratados internacionais de direitos humanos em virtude do seu conteúdo especial.

Desta feita, os aludidos tratados, celebrados e ratificados pelo Brasil, têm, segundo esta corrente, o efeito de tornar inoperante toda a legislação infraconstitucional que vá de encontro ao seu conteúdo<sup>1</sup>.

## 6.3 O *STATUS CONSTITUCIONAL*

Amparada na cláusula de abertura trazida pelo artigo 5º, § 2º, esta corrente defende a atribuição do *status* normativo constitucional aos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.

Autores, como Flávia Piovesan (2011, p. 132), operam uma divisão, em virtude da introdução do § 3º ao artigo 5º, por meio da EC nº 45/2004, classificando os direitos provenientes destes tratados em dois grupos: a) formalmente constitucionais; b) materialmente constitucionais. Ressalte-se que, ambos, são materialmente constitucionais por força de seu conteúdo. Opera-se uma diferenciação, entretanto, em virtude do procedimento de recepção e seu respectivo *quorum* de votação.

Como reflexo de sua natureza constitucional, os direitos provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos sobrepõem-se a toda a legislação infraconstitucional, retirando a base de sustentação de tudo aquilo que não esteja de acordo com o seu conteúdo.

Ademais, os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ratificados são internalizados, passando, por conseguinte, a integrar o rol de direitos fundamentais. Desta maneira, estes direitos, por serem fundamentais, recebem a blindagem do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, compondo cláusula pétreia. Consequentemente, estes direitos não podem ser suprimidos por eventual atividade legislativa e, até mesmo, emenda constitucional.

<sup>1</sup> Neste passo, destaca-se o julgamento do RE 466.343-SP.

Uma vez que a ordem instaurada pela Constituição Federal de 1988 possui por núcleo e fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e, tendo a República Federativa do Brasil adotado a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador, parece ser esta, a corrente que advoga o *status* normativo constitucional, a que melhor atende a estes elementos e, portanto, a mais adequada.

### CONCLUSÃO

Em face de todo o conteúdo exposto, tem-se por evidente a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Por meio da cláusula de abertura, instituída no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, pelo constituinte originário, no ano de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro previu expressamente a possibilidade de ampliação do rol de direitos e garantias originalmente elencados, através da participação da República Federativa do Brasil em tratados internacionais desta natureza.

O dissídio jurisprudencial instaurado, em torno da natureza, efeitos e reflexos destes tratados, desvela a existência de diferentes percepções entre os operadores do direito. A ampliação do rol de garantias, alçadas a nível constitucional, que para alguns era claro, para outros era incabível. Em meio à miríade de argumentos apresentados, a defesa de uma soberania estatal absoluta foi confrontada com sua flexibilização e limitação em prol da defesa do ser humano.

Tendo em vista a defesa da dignidade humana, valor essencial à ordem jurídica e fundamento basilar da República Federativa Brasileira (art. 1º, III, CF) e, igualmente, levando-se em conta a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF) tem-se por mais coerente o reconhecimento do *status* normativo constitucional aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte.

Alçar estes tratados a nível constitucional, através do mecanismo da cláusula de abertura, implica, diretamente, em ampliar o leque de promoção da dignidade da pessoa humana, permitindo, ainda, a blindagem destes direitos por meio de sua consubstanciação em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). Salvaguarda-se, desta maneira, estes valores tão preciosos e essenciais ao ordenamento, impedindo sua eventual supressão ou eliminação por meio da atividade legislativa, inclusive, emendas constitucionais.

Vê-se com pesar as modificações trazidas pelo legislador constituinte derivado, quando da edição da Emenda Constitucional nº 45/2005. Por meio da introdução do § 3º ao artigo 5º, da Constituição Federal, o Estado Brasileiro re-

grediu na proteção da dignidade humana, valor basilar instituído por sua própria Lei Fundamental, adotando, aparentemente, uma concepção de soberania estatal absoluta e anacrônica, cunhada séculos atrás.

Mesmo com a edição desta norma, que aparentemente desvirtuou a finalidade com a qual a cláusula de abertura fora criada, defende-se a natureza constitucional dos tratados ratificados tendo em vista que, em virtude do conteúdo destes tratados, sempre serão materialmente constitucionais.

Neste toar, espera-se que o posicionamento não unânime, adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, reconhecendo a suprallegalidade dos direitos provenientes destes tratados, em função de seu conteúdo especial, seja novamente revisitado.

Espera-se que, quando da reapreciação da matéria, o STF reconheça a natureza constitucional ínsita a estes tratados, realocando-os, então, a sua devida posição hierárquica no ordenamento jurídico. Desta feita, garantir-se-á a ampliação e proteção de direitos, assim como a sua manutenção frente a um eventual conflito normativo. Este posicionamento, que amplia direitos e promove a proteção da dignidade humana, parece ser o posicionamento que melhor atende à principiologia e aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ARIOSI, Mariângela de F. *Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21955-21956-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. nova ed. 10 tir. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível nº 9.587*, Brasília, DF, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 72.131-RJ*, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 80.004-SE*, Brasília, DF, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 466.343-SP*, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cançado%20trindade%200EA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUINÉ-BISSAU. *Constituição da República, 1996*. Disponível em: <<http://www.didinho.org/ConstituicaoDaRepublicaDaGuineBissau.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_21/artigos/art\\_valerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Tratados Internacionais*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERU. *Constitución Política del Peru de 1993*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.