



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião





ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

ReBraDir: Revista Brasileira de Direito e Religião

Editor-Chefe

Ms. Felipe Augusto Carvalho (ANAJURE), BRA

Editores Adjuntos

Ms. Elden Borges Souza (UFPA), BRA

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas (IMESP), BRA

Conselho Editorial

Dr. Thomas Schirrmacher (International Institute for Religious Freedom), ALE

Dr. Christof Sauer (Evangelische Theologische Faculteit Leuven), AFS

Dr. Roger Trigg (Universidade de Warnick/Universidade de Oxford), ING

Dr. Mark Hill QC (Cardiff University/King's College London), ING

Dr. Davide Argiolas (Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa), POR

Dr. Mário Reis Marques (Universidade de Coimbra), POR

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Centro Universitário de Brasília), BRA

Dr. José Eduardo Sabo Paes (Universidade Católica de Brasília), BRA

Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Felipe Chiarello de Sousa Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Aloísio Cristovam dos Santos Júnior (Centro Universitário Estácio da Bahia), BRA

Ms. André Fagundes (Universidade de Coimbra), BRA

Avaliadores e Pareceristas:

Dr. Victor Sales Pinheiro

Ms. Helder Felipe Oliveira Correia

Dr. Ney Maranhão

Ms. Eduardo Azevedo

Dr. Sérgio Queiroz

Ms. André Fagundes

Dr. Dilson Cavalcanti Batista Neto

Ms. Anderson Barbosa Paz

Ms. Filipe Piazza Mariano da Silva

Ms. Marcela Pimentel Kayembe

Ms. Elden Borges Souza

Ms. Daniel Jaccoud Ribeiro de Souza

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas

Layout capa e Diagramação

Departamento de Imprensa e Eventos / ANAJURE

Disponível em:

<https://rebradir.anajure.org.br/>

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

SUMÁRIO

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA..... 68

Cíntia Cristina Santos

RESUMO	68
ABSTRACT	68
1. INTRODUÇÃO.....	69
2. NORMA DE HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL	70
3. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL	73
3.1. RE n.80.004/SE – Min Xavier de Albuquerque	73
3.2. Após a Constituição da República de 1988 – manutenção do entendimento do STF no julgamento do HC 72.131	73
4. NORMA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL	75
5. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL, PORÉM, AO MESMO TEMPO, SUPRALEGAL.....	80
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS.....	84



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA**

**THE RECEPTION OF INTERNATIONAL TREATIES
ABOUT HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDER:
A LOOK AT CASE LAW**

Cíntia Cristina Santos

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
do Poder do Livre-arbítrio São Paulo



A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

THE RECEPTION OF INTERNATIONAL TREATIES
ABOUT HUMAN RIGHTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDER:
A LOOK AT CASE LAW

Cíntia Cristina Santos¹

RESUMO

Após a aprovação da Emenda Constitucional n.45, ressurgiu a discussão sobre a recepção dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, ante a possibilidade de tramitação legislativa idêntica à das emendas constitucionais. O propósito do estudo é analisar como o Brasil vinha entendendo o tema e a evolução da jurisprudência a partir da edição da emenda, até que se firmasse o posicionamento pela supralegalidade desses tratados.

Palavras-chave: direitos humanos; tratados internacionais; hierarquia normativa; supralegalidade.

ABSTRACT

After the approval of Constitutional Amendment n.45, re-emerged the discussion about how could brazilian legal order receive human rights traties, before the possibility to go through the same legislative process than Constitutional Amendments. The purpouse of the study is to analyse how do Brazil has been understanding the subject and the developments in case-law after amendment, until the establishment of its position in therms of supra-legality of these treatries.

Keywords: human rights; international treaties; legal hierarchy; supra-legal.

¹Cíntia Cristina Santos

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em dezembro de 1948, traz a afirmação de certa ética universal, ideal, um modelo que influenciou a redemocratização do Brasil, inclusive possibilitando-a em vários aspectos. Um novo ramo do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, aparece com o fim do período militar, em 1985. Os tratados internacionais refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na busca de assegurar o “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2011).

O objeto de estudo dessa ramificação das ciências jurídicas, a saber, os tratados internacionais de Direitos Humanos, surgem como documentos capazes de intersecções com o direito positivo brasileiro. Antes disso, acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes já estavam presentes em julgamentos importantes dos Tribunais Superiores como a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

O trabalho desenvolve-se sob a premissa da dignidade da pessoa humana como valor fundante da República Federativa do Brasil, com função hermenêutica (*in dubio pro dignitate*) e conteúdo autônomo passível de invocação inclusive na prática judiciária. Trata-se de princípio norteador da ordem nacional e

internacional e ostentando conteúdo ético e moral, eficácia e aplicabilidade e função teleológica.

Na elaboração da dogmática mais recente, sem que ainda possa haver unanimidade de critérios sobre o peso dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, com a introdução de cláusulas de abertura e a interpretação construtiva do princípio *pro-homine* como eixo para solucionar casos complexos, aspira-se a assegurar direitos com fundamento numa horizontalidade que retoma a ideia de gênero humano e dignidade humana, derivando em legislações, políticas públicas e decisões judiciais, em cuja base estão tanto Declarações quanto disposições constitucionais (ALARCÓN, 2015).

A mencionada cláusula de abertura sempre existiu desde o texto constitucional de 1891¹, a qual em seu artigo 78 previa que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (MARTINS, 2018). Desde então as demais constituições retomaram a previsão com variantes próximas do dispositivo, sempre

¹ Certamente a inspiração para a cláusula de abertura fora a Nona Emenda à Constituição Norte-Americana, aprovada em 1971, que trouxe a proposta a fim de minimizar o risco de restrição de direitos, quando do ato de enumerá-los.

fechando o rol dos “Direitos e Garantias individuais”.

Com o advento da Constituição de 1988, a menção aos temas afetos à dignidade humana e sua tutela expressa na ordem internacional ocorre desde os primeiros artigos, desde já denotando integrar a base e núcleo duro do texto. Em paralelo, a cláusula de abertura contida no art.5º, §2º ampliou-se para acrescentar direitos e garantias previstos em tratados internacionais.

A partir daí, a ideia de proteção aos Direitos Humanos, que já pairava sobre o ordenamento jurídico internacional, passou a integrar o direito interno. Entretanto, surgiram dúvidas sobre o alcance da incorporação dos tratados quanto a matéria relacionada a outros instrumentos de Direito Internacional ou em conflito com o direito interno.

Importante mencionar que o conflito de normas em matéria de direitos humanos não deve ser estudado apenas no aspecto formal hierárquico, mas, sim, levando-se em conta princípio hermenêutico da prevalência da regra mais favorável ao ser humano.

Não obstante, o artigo limita-se ao estudo das possibilidades de hierarquia normativa assumida pelos tratados internacionais de Direitos Humanos quando do seu ingresso no ordenamento jurídico interno, dado relevante para sustentar-se a

posição normativa interna de diplomas atinentes à liberdade religiosa.

A seguir, analisar-se-á a possibilidade de recepção dos tratados de direitos humanos como norma supraconstitucional, infraconstitucional, constitucional e supralegal, sendo esta última a posição que tem prevalecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. NORMA DE HIERARQUIA SUPRACONSTITUCIONAL

Alguns autores como Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2001) defendiam, nas décadas de 60 e 70, a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, que não poderiam ser derogados sequer por emendas constitucionais.

Nas palavras de Hildebrando Acyoli é possível extrair o respeito pela cooperação internacional, talvez até pelo momento vivido, em meio às guerras mundiais, apontando para a necessidade de uma internacionalização da interpretação jurídica. Afirma o aludido autor que “o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados” (ACYOLI, 1976 apud PIOVESAN, 2015). Segundo ensina, o Estado teria o dever de respeitar suas obrigações contratuais, sendo os tratados

assim entendidos, e não as poderia revogar unilateralmente.

No plano filosófico, importante citar Hans Kelsen (KELSEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto, 2002), para quem a ordem jurídica interna deriva da internacional como sua delegada. Sendo assim, por motivos de ordem prática, o autor advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno.

Nesse sentido, parte da jurisprudência brasileira recomendava o respeito aos tratados internacionais ainda que em conflito com ao direito interno, até mesmo no que se refere a temática distinta dos direitos humanos. Pode-se citar a Apelação Cível n.9.587 em que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser um tratado capaz de revogar as leis anteriores. Da mesma forma o Pedido de Extradicação n.7 de 1913, no qual foi aplicado ao caso concreto um tratado, apesar da existência de uma lei posterior contrária. Em reforço, a Apelação Cível n. 7.872 de 1943 definiu que a lei não revoga um tratado.

Por fim, é possível citar a Lei n. 5.172/66, na qual se estabelece que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, devendo a legislação superveniente observá-los.

Tal entendimento se firma em primeira mão na ideia de pacto, já que o Estado, como

pessoa jurídica de direito público internacional, participa de negociações para elaboração de regras e princípios positivados por meio dos tratados e convenções, normas essas que não poderia contraditoriamente descumprir, ao alvitre de seu Poder Legislativo interno, ou mesmo disciplinar de maneira divergente.²

Outra justificativa para a suprallegalidade está na característica das normas internacionais. Tratados e convenções de direito público refletem ideias imersas em forte carga valorativa: o *jus cogens*, conceituado como sendo o conjunto de normas peremptórias de Direito Internacional, imperativos gerais, aceitos e reconhecidos pela comunidade internacional como norma que não admite acordo em contrário (PIOVESAN, 2015).

Reforça a tese o jurista Jorge Miranda no que se refere à abertura do sistema para ampla proteção dos direitos internacionalmente e constitucionalmente reconhecidos:

Debruçando-se sobre o texto norte-americano, escreve KELSEN que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir,

² A convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, de 1969, prevê em seu artigo 27 que nenhum estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

explica, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso traduz é que os órgãos de execução do direito, especialmente os tribunais, podem estipular outros direitos, afinal indirectamente conferidos pela Constituição (MIRANDA, 1991).

É interessante notar que o autor invoca a relevância do conteúdo dos documentos que visam garantir direitos humanos na ordem internacional, o que, por tal viés, poderiam, sem dúvida, impulsionar a evolução da norma interna em direção à ampliação da proteção pretendida.

O autor Antônio Augusto Cançado Trindade destaca o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas de violações de direitos humanos. Em seu entendimento, seja a norma de origem internacional, seja de origem nacional, o critério de solução para aplicação nos casos concretos seguiria uma lógica para além do limite constitucional.

(...)tais órgãos internacionais podem, e devem, no contexto de casos concretos de violações de direitos humanos, determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos, de qualquer omissão por parte de qualquer poder ou órgão ou agente do Estado. (...)

A aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não de desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos (TRINDADE, 1999).

Nesse jaez, sugestiona-se uma interação dinâmica entre o direito internacional e interno, de modo que toda a proteção conferida aos direitos humanos formaria um *corpus iuris*, um todo harmônico, um verdadeiro sistema de proteção.

Por essa interpretação, uma norma internacional poderia ser aplicada em detrimento de uma norma interna, ainda que constitucional. Haveria uma interpenetração do direito internacional de proteção aos direitos humanos, não necessariamente a supraconstitucionalidade da norma. Não obstante, os efeitos do tratado seriam sentidos acima do que dispusesse a lei interna contrária a seu texto.

Ora, tal interpretação segue a linha de orientação que o sistema de proteção de direitos humanos confere ao direito interno. Os Estados-partes desse tipo de tratado assumem o compromisso de adotar medidas administrativas, legislativas e judiciais tendentes à realização de seus objetivos.

A jurisprudência brasileira não chegou a acolher, após a Constituição de 1988, a adoção dos tratados de direitos humanos internamente como normas supraconstitucionais, razão pela qual não será tal interpretação objeto de maiores considerações.

No entanto, é necessário deixar claro que o conceito de *jus cogens* continua tendo

importância fundamental, posto que positivado na Convenção de Viena, nos artigos 53 e 64, sendo o que leva o intérprete do ordenamento jurídico internacional a admitir a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados tradicionais, servindo de base para o sistema misto existente hoje no Brasil.

3. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL

Até 1977, havia grande abertura na jurisprudência brasileira para o primado do Direito Internacional sobre o Interno, assunto objeto do tópico anterior³.

Avançando na análise, passa-se a verificar o que possibilitou a alteração do entendimento.

3.1. RE n.80.004/SE – Min Xavier de Albuquerque⁴

Em 1977, no julgamento do RE n.80.004/SE, a posição do Ministro Francisco Rezek foi assumida pelos Ministros Marco Aurélio e Ribeiro da Silva no sentido de equiparar os tratados internacionais às demais leis federais, pelo que deveria prevalecer a posterior por derrogação/revogação. Vários julgamentos posteriores confirmaram a jurisprudência.

³ Um exemplo é o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que impõe aos tratados a revogação da legislação interna em matéria tributária e a sua observância quando da elaboração de diplomas posteriores.

⁴ Julgado em 1.6.1977 – DJ 29.12.1977

Desde então até a Constituição de 1988 os tratados eram entendidos como recepcionados pelo direito interno com *status* de lei ordinária pela jurisprudência doméstica, qualquer que fosse a matéria tratada.

O jurista Antônio Augusto Cançado Trindade foi um dos entusiastas da ideia de que esse entendimento merecia revisão. Propôs à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, por ocasião da audiência pública realizada em 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a cláusula que veio a integrar o art.5º, parágrafo 2º do texto constitucional.

3.2. Após a Constituição da República de 1988 – manutenção do entendimento do STF no julgamento do HC 72.131⁵

Em 1992 o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Ambos ingressaram no direito brasileiro sem que o Congresso Nacional ou o Poder Executivo lhes tenha imposto qualquer reserva. Tal fato acabou por suscitar inúmeras discussões quanto ao inciso LXVII do art.5º da Constituição de 1988 no que permite a prisão civil do “depositário infiel” em descompasso com diplomas ratificados.

⁵ Ocorrido em 1995

Ora, se os tratados permitiam expressamente a prisão civil do devedor de alimentos e não faziam menção à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, algo deveria ser considerado. A omissão foi considerada exemplo de “silêncio eloquente”, apontando para a clara impossibilidade de novas exceções à vedação da prisão civil. Tratando-se de norma que permite a privação da liberdade do indivíduo, e, por seu turno, um valor precioso para a dignidade humana, excepcionada seria se o fosse expressamente, partindo-se da hermenêutica que leva em conta o fator teleológico dos pactos.

A jurisprudência foi evoluindo nesse sentido. Entretanto, ainda em 1995, o julgamento do HC 72.131-RJ apontou para a possibilidade da prisão civil por dívida baseada na paridade hierárquica dos tratados em relação à ordem interna. Sendo assim, mesmo após a promulgação do texto constitucional de 1988, com a clara menção do §2º o art.5º em relação à obediência às normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais, o posicionamento jurisprudencial foi mantido.

O julgamento contou com votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Francisco Rezek nesse sentido.

A jurisprudência precisava ser revista a partir da tendência contemporânea do “Estado Constitucional Cooperativo”. Além

disso, ampliava-se o regime de responsabilização dos Estados pelas violações a tratados internacionais, especialmente no tocante a direitos humanos.

Importante ressaltar que convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, de 1969, prevê em seu artigo 27 que nenhum estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Aqui resta claro que o descumprimento unilateral do acordo internacional, ainda que pela invocação da tese da legalidade ordinária, restaria incompatível com os princípios internacionais que passaram a estabelecer-se nas relações entre Estados soberanos.

Em sentido diverso, encontramos autores que entendem, mesmo após o julgamento do RE 466.343-1/SP pelo Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais de direitos humanos são hierarquicamente pareados a qualquer lei ordinária interna.

Um dos argumentos nesse sentido seria a interpretação da expressão “não excluem”, existente no §2º do artigo 5º. Ora, se o texto constitucional deixar de mencionar um direito, entende-se que ele não resta afastado do ordenamento. Se a Constituição não os exclui, os tolera, aceita, porém, não os iguala a si em termos de hierarquia. Tais direitos não expressos no

texto constitucional estariam destituídos da prerrogativa de superar o *status* das leis ordinárias.

O chamado princípio *pro homine*, segundo os adeptos dessa tese, constitui-se num postulado carente de fundamentação, pois, inseguro e difuso em demasia. Ora, os limites constitucionais estabelecem-se inclusive em relação a direitos fundamentais, a fim de aplicá-los sob o prisma da proporcionalidade. A necessidade de se investigar qual seria a norma mais favorável ao ser humano inviabiliza, por esse prisma, a hierarquização superior das normas constitucionais advindas da abertura material.

Outro desenvolvimento interpretativo da expressão “não excluem” é o que admite a ampliação do rol de direitos e incorporação de novos que podem servir de parâmetro jurídico-constitucional desde que atendidas as seguintes condições: a origem contratual ou convencional da norma de direitos humanos; a conformidade constitucional dos tratados internacionais e a validade dos tratados internacionais de acordo com a forma de ratificação (art.5º, §3º). Trata-se da ideia de complementaridade condicionada.

Portanto, no entender dessa corrente doutrinária, da qual faz parte o autor Leonardo Martins (MARTINS, in MORAES, 2018), sem a ratificação por meio do quórum igualmente previsto para

aprovação de emendas constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos permaneceriam hierarquicamente equiparados às leis ordinárias.

Outro argumento a corroborar o entendimento esposado é o de que o texto Constitucional previu no artigo 102, inciso III, alínea b, a possibilidade de tribunais julgarem tratados internacionais inconstitucionais (a par do que ocorre com as leis ordinárias), decisão que desafiaria Recurso Extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal. Ora, se o STF pode analisar um tratado com base na Constituição, extrai-se daí que o seu texto ingressa no ordenamento jurídico como norma infraconstitucional.

Com o desenvolvimento do Direito Internacional como um todo, a doutrina brasileira passou a analisar mais de perto a questão. O entendimento sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos passou a oscilar entre a possibilidade de as normas integrarem o sistema constitucional ou, ainda que não o fizessem, tivessem um status especial, supralegal.

O desenvolvimento dessas teorias segue adiante.

4. NORMA DE HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

A doutrina brasileira evoluiu sobremaneira no estudo do tema.

Importante destacar o pensamento do autor Ingo Wolfgang Sarlet (2011) que propugna o princípio da dignidade da pessoa humana como mote da “abertura material” do sistema constitucional brasileiro, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Ora, ao interpretar o §2º do art. 5º da Constituição Federal, o professor entende que foram ali incluídos todos os direitos e garantias fundamentais existentes no texto constitucional ou fora dele. A despeito do caráter analítico do título constitucional em questão, outros direitos e garantias decorrentes do regime ou de princípios constitucionais devem ser incluídos no sistema constitucional, não cabendo a mera exclusão destes por invocação de sua omissão no texto do Título II. Da mesma forma, os tratados internacionais poderiam conter prescrições que, uma vez conferindo direitos fundamentais concordes com o regime e princípios constitucionais, estariam, igualmente, ombreados, integrando o que se denomina no direito francês de bloco de constitucionalidade.

O texto assim afirma: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros dependentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Caberiam aqui direitos e garantias implícitos, subentendidos e expressos em

textos outros, ainda que não o texto constitucional. A mesma expressão “não excluem”, já referida neste trabalho, é aqui entendida como integração, ou seja, a omissão de certos direitos e garantias fundamentais na enumeração do texto constitucional determina mais que tolerância ou convivência com prescrições adicionais. Significaria que o texto inclui no sistema constitucional outros direitos.

Essa interpretação deriva, mais uma vez, do princípio hermenêutico da prevalência da regra mais favorável ao ser humano, já mencionada no intróito do estudo. Portanto, em matéria de direitos e garantias constitucionais, o constitucionalismo brasileiro seria cumulativo.

No que se refere aos tratados internacionais, objeto do presente estudo, bastaria que fossem ratificados para que seu conteúdo em matéria de Direitos Humanos passasse a ocupar a hierarquia de norma constitucional.

Fica clara a dificuldade de aplicação dessa interpretação no que se refere à tarefa imperativa de se estabelecer critérios para fundamentar a adoção desse ou daquele direito ou garantia no rol dos constitucionalmente eleitos como fundamentais. Direitos implícitos ou desenvolvidos espontaneamente na sociedade implicam em forte disciplina

hermenêutica do conceito de dignidade da pessoa humana em seu sentido material.

O que se percebe é que, lamentavelmente, a admissão dessa vasta gama de normas com força de texto constitucional restou prejudicada pelo elevado grau de indeterminação do parágrafo analisado e o conteúdo polissêmico do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem diretamente os direitos fundamentais.

Por tais razões, restou possível compreender que a abertura material mencionada limitaria o reconhecimento dos direitos não expressos na constituição ao status de materialmente constitucionais, não havendo que se possibilitar, por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade nesses casos.

A Procuradora do Estado de São Paulo Flávia Piovesan, tratando do tema específico da recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento interno, defende a distinção dos tratados, e, conseqüentemente, da sua posição hierárquica, com relação à matéria por eles tratada.

Os tratados que disciplinam as relações institucionais entre Estados soberanos gozariam de status infraconstitucional enquanto que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos

integrariam o ordenamento interno com status constitucional⁶.

Para ela a incorporação do tratado internacional de direitos humanos no direito brasileiro seria automática, independente de produção de qualquer ato normativo, mediante a simples aplicação do §1º do art. 5º da Constituição Federal em conjunto com o art. 4º, inciso VIII.

Isso porque até então a corrente dualista defendia a necessidade de intermediação legislativa para que os tratados - que já obrigavam os Estados - passassem a conferir direitos e garantias aos particulares. O §1º do art.5º deixou claro, ao revés, que, se o Brasil é parte do tratado e este estabelece direitos e garantias fundamentais, suas normas teriam aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro..

Atualmente predomina a interpretação de que os indivíduos residentes em um determinado Estado são imediatamente beneficiados por normas internacionais constantes em Tratados subscritos pelo país em que residem, cabendo ao Estado garantir, por intermédio dos poderes constituídos, a estrita observância de tais direitos. Assim, a celebração de um tratado por um Estado torna seus habitantes sujeitos dos direitos nele estabelecidos. (PFEIFFER, 1988)

⁶ Esse chamado *sistema misto* foi o adotado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no julgamento do HC 87.585-8.

Em contrapartida, os tratados sobre outras temáticas não teriam aplicabilidade imediata e demandariam instrumento normativo de incorporação no direito brasileiro.

Quanto à aprovação da Emenda Constitucional 45, que acrescentou o §3º ao art. 5º do texto Constitucional prevendo rito especial para aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos, entende a pensadora que o dispositivo apenas reforça a natureza constitucional destes já conferida pelos parágrafos anteriores, sendo que, ao estabelecer um critério específico de tramitação no Congresso Nacional, possibilita que o diploma internacional detenha indubitavelmente a caracterização também de texto formalmente constitucional, o que não ocorre com os tratados sobre matérias diversas.

Nasce aqui a tese mais abrangente no que se refere à internacionalização dos direitos humanos. Até a aprovação da emenda, em seu entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados teriam hierarquia formal e materialmente constitucional, mesmo porque não poderiam ter sido submetidos ao rito cuja previsão inexistia à época de seu ingresso no ordenamento pátrio. Após a emenda, a hierarquia constitucional no aspecto material permanece mantida, ainda que a aprovação não atinja o quórum de

emenda constitucional. Em sendo aprovado em dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional por maioria qualificada, o tratado será recepcionado como norma formal e materialmente constitucional.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 18.799 de maio de 2006, o Ministro José Delgado, no sentido da interpretação acima mencionada, propugnou a tese de que o §3º teria eficácia retroativa em relação aos tratados de direitos humanos já ratificados por quórum diverso, fazendo com que tais normas fossem assimiladas no direito brasileiro com *status* constitucional.

Ainda, no julgamento do HC 87.575-8 que pautou a discussão quanto à constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, o Ministro Celso de Melo ressaltou que os tratados de direitos humanos ratificados até o advento da Emenda Constitucional 45 foram recepcionados com status constitucional – na acepção material - por força do §2º, integrando o chamado bloco de constitucionalidade.

O Pacto de San José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua

retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos.⁷

O aludido Ministro, revendo posicionamento anterior, votou no sentido da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil por meio de tramitação normal de ratificação antes da EC/45, aplicando-lhes a disciplina do §2º do art.5º. Em sendo o processo legislativo concluído após a referida emenda, entende que o *status* de norma constitucional – formal e material - pode ser conferido sob a condição de os textos serem submetidos ao *iter* procedimental previsto no §3º.

Critica esse entendimento o jurista Valério de Oliveira Mazzuoli, posto que, nesse passo, se o valor das normas internacionais de direitos humanos dependerem do quórum de aprovação do instrumento de ratificação, toda a ideia valorativa da dignidade humana até aqui absorvida restaria perdida. O princípio cumulativo já bastante desenvolvido retrocederia. Em suma “o Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e talante, decidir qual a hierarquia normativa que teriam determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando, a nosso ver, a completez material do bloco de constitucionalidade”. (MAZUOLLI, 2018)

As implicações práticas da recepção do tratado como texto formalmente constitucional demonstram-se na (1) possibilidade de reforma à Constituição (assim como as emendas constitucionais o fazem); na (2) vedação à denúncia do tratado e possibilidade de responsabilização por parte do governo, caso o faça⁸ e (3) elevação ao patamar de paradigma do controle de convencionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição, para fins de controle abstrato em relação às normas domésticas com ele incompatíveis, com eficácia *erga omnes* do julgamento.

Sendo assim, para o entendimento da doutrina aqui exposta, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal não seria desnecessário e nem apontaria para uma incompatibilidade com a interpretação até então aceita da cláusula de abertura prevista no §2º. Tal dispositivo teria sua própria função no ordenamento.

Não obstante as ressalvas expressas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos citados, até aqui percebe-se a clara evolução no sentido da prevalência do valor liberdade em detrimento do valor propriedade (no caso do julgamento da prisão civil do depositário infiel),

⁸ Quer nos termos do §2º, quer nos termos do §3º do art.5º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais; o que difere é que, uma vez aprovado o tratado pelo quórum do §3º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, o que não ocorre na sistemática do §2º do art.5º.

⁷ RHC 18.799, j. em 9-5-2006, DJ, 8-6-2006.

ênfatizando-se a importância do respeito aos direitos humanos. A temática humanitária foi o mote da revisão da jurisprudência da corte.

Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art.4º. II) – da prevalência dos direitos humanos permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória ou inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro (MELLO, 2008).⁹

5. NORMA DE HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL, PORÉM, AO MESMO TEMPO, SUPRALEGAL

Na esteira do que se expôs até aqui, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a necessidade de que os tratados internacionais de direitos humanos fossem objeto de novo estudo pela corte, notadamente no que toca à sua incorporação ao ordenamento jurídico doméstico.

A tese de que os tratados sobre direitos humanos deveriam ser entendidos como normas hierarquicamente superiores à lei ordinária foi primeiro defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, enquanto

relator do RHC nº 79.785-RJ, invocando a cláusula de abertura prevista no art.5º, §2º da CF.

Por ocasião do julgamento do RE 466.343-1/SP, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal retomou a análise da matéria, terminando por negar provimento ao recurso, por votação unânime. O caso discutia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ao que se seguiu a concessão da ordem de Habeas Corpus nos autos de n. 92.566/SP, no ano de 2008, a revogação da Súmula 619 e, finalmente, a edição da Súmula Vinculante n. 25 que prevê a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, sob qualquer modalidade.

A decisão do RE 466.343-1/SP passou a servir como parâmetro e pacificou o entendimento da corte nos julgamentos que se seguiram¹⁰, pelo que, pode-se ter por clara a adoção da tese que erigiu os tratados internacionais sobre direitos humanos à hierarquia normativa supralegal.

De tal decisão extrai-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não integram formalmente o texto constitucional caso não tenham sido aprovados com o quórum qualificado previsto para qualquer emenda (artigos 5º, §3º e 60, §2º da Constituição Federal). Em contrapartida, diante do caráter especial de tais tratados (sistema misto), há que se ter

⁹ Ministro Celso de Mello, HC 87.585-8 de 12.3.2008.

¹⁰ Cite-se HC 123.246 de 15.01.2009; AI 705.483 de 30.09.2010, apenas a título de exemplo.

por inequívoca a impossibilidade de sua simples revogação pela legislação infraconstitucional ordinária, que não pode sequer dispor de modo diverso ignorando os preceitos internacionais sobre o tema. Além disso, o julgamento deixou clara a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre o direito interno, detentores do efeito de paralisar a legislação com eles conflitante.

Tratando-se da posição prevalecente, faz-se necessária a análise do julgamento como um todo para que a questão seja melhor compreendida.

Antes mesmo da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, muitos autores entendiam que a prisão civil do devedor fiduciante já não seria admissível no ordenamento brasileiro por não se tratar de depósito *strictu sensu*, mas sim de uma ampliação legal infraconstitucional de um conceito excepcionado pelo constituinte, que acaba por esvaziar a própria garantia constitucional.

Tudo leva a crer que o Decreto-Lei nº 911/69, que alterou o artigo 66 da Lei nº 4.278/65 (Lei do Mercado de Capitais) excedeu todos os limites da proporcionalidade como proibição de excesso sob o ponto de vista de seus elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, bem como da reserva legal proporcional. Ora, a lei equipara o devedor a depositário, por

mera ficção legal, e transforma o contratante proprietário do bem em possuidor. Sendo assim, prevaleceu a discussão sobre o conceito de depósito e o primado da liberdade individual sobre a recomposição patrimonial do credor-fiduciante e a hierarquia dos tratados sobre o tema coadjuvaram a discussão. Deixou de ser analisado pelas Côrtes o conflito entre a legislação interna e o tratado internacional ratificado.

Partindo da jurisprudência anterior que equiparava os tratados às leis ordinárias, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou a necessidade de que os tratados internacionais de direitos humanos fossem reposicionados no ordenamento de modo a conferir efetividade à proteção do ser humano, que na tendência constitucional contemporânea ocupa a posição de centralidade.

A saída encontrada para evitar o descumprimento unilateral de acordos internacionais sobre direitos humanos, diante da Emenda Constitucional nº 45 já em vigor, foi atribuir-lhes característica de supralegalidade, como nas Constituições do Paraguai e Argentina. Assim, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar especial no ordenamento jurídico.

Isso porque, no seu entendimento, o texto do §3º do art. 5º seria uma declaração

eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional promovida pela EC n.45/2004, e não submetidos à nova votação nela prevista, não podem ser comparados às normas constitucionais. Por outro lado, o mesmo texto seria um indicativo claro da importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua superioridade em relação aos demais.

O Ministro Gilmar Mendes deixa claro que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não revogaram o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal em que há previsão da prisão civil do depositário infiel. Isso porque não se equiparam a normas constitucionais e não tem o condão de alterar o seu texto. O status supralegal de tais convenções permite, tão somente, a paralisação dos efeitos da legislação infraconstitucional conflitante, seja anterior ou posterior a sua ratificação, não havendo possibilidade de se aplicar internamente o texto constitucional permitindo a prisão civil do depositário infiel.

O efeito paralisante mencionado decorre no princípio da reserva legal proporcional já citado. Dele se extrai que a regra geral de proibição de prisão civil por dívida (“Não haverá prisão civil por dívida, salvo...”) contém reserva de lei restritiva, o que, ao mesmo tempo, impõe-se como

garantia na medida que restrições devem ser estabelecidas pelo legislador¹¹. E como as restrições concernentes ao depositário não podem ser aplicadas por estarem em confronto com os tratados mencionados, a prisão fica excetuada apenas no caso de inadimplemento inescusável de obrigação alimentícia.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional que regulamentava e permitia a prisão civil do depositário infiel (Código Civil de 1916, art. 1.287 e Decreto-Lei nº 911 de 1969) teve sua eficácia paralisada, já que os tratados citados gozam de hierarquia superior à legislação ordinária. Da mesma forma, a legislação posterior à ratificação desses tratados, como, por exemplo, o Código Civil de 2002, art. 652, teve, igualmente, sua eficácia paralisada.

Por fim, para que o texto constitucional seja modificado no sentido do que preveem os artigos 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 7º, 7 do Pacto de San José, o legislador deve submetê-los à aprovação prevista no art.5º, §3º, tal como definido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Daqui é possível extrair-se claro exemplo de mutação constitucional, ou seja, o texto teve seu sentido alterado para adequar-se às mudanças sociais que

¹¹ Isso porque na Constituição de 1967 e alteração de 1969, sob a égide da qual surgiu a regra analisada, havia expressa necessidade de que a prisão ocorresse “na forma da lei”.

ocorreram após a redemocratização do país e sua abertura para o pluralismo.

A partir desse entendimento, estabelece-se a possibilidade do chamado controle de convencionalidade das leis pelo poder judiciário. Ora, estando igualmente sujeito aos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, deve-lhe obediência e aplicação prática nos julgamentos domésticos, não só mediante a utilização da hermenêutica comum como devendo recorrer à interpretação que os tratados tenham recebido das cortes internacionais. Assim, à semelhança do controle de constitucionalidade difuso, verifica-se aqui a necessidade de que, nos casos concretos, as convenções e tratados sobre direitos humanos norteiem possíveis decisões que reconheçam a ineficácia do direito interno.

Em suma, o entendimento que prevaleceu na Corte Suprema do país é o de que a Constituição Federal é superior, em termos de hierarquia normativa, aos tratados ratificados pelo Brasil, inclusive aqueles que confirmam ampliação ao rol de direitos humanos estabelecido internamente. Em tese, ao Supremo Tribunal Federal não é vedado realizar o controle de constitucionalidade de tratados, embora todas as cortes internacionais mundo afora tendam a evitar declarações de inconstitucionalidade de documentos internacionais ratificados internamente,

posto ser a ratificação uma demonstração de submissão ao acordo mais amplo.

CONCLUSÃO

Embora a tese que confere *status* constitucional aos tratados internacionais que veiculam a proteção aos direitos humanos não tenha logrado êxito no entendimento do Supremo Tribunal Federal, impossível negar que o texto contido no §2º do art.5º demonstra a necessidade de proteção de direitos não enumerados formalmente.

Ora, há valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, por seus princípios, pelo regime. A dignidade foi guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito. O valor dignidade da pessoa humana serve então como diretriz material a toda e qualquer interpretação.

Nesse aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos, embora não tenham reconhecidamente revogado o art.5º, inciso LXVII da Constituição de 1988, não deixaram de atingi-lo. O texto Constitucional continua existindo, porém, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sem aplicabilidade diante do efeito paralisante dos tratados em relação à legislação infraconstitucional com eles incompatível.

Doravante, o procedimento legislativo especial de aprovação previsto no §3º do art.5º da Constituição Federação pode resolver as pendências interpretativas até aqui sentidas, de modo que novos e antigos tratados internacionais de direitos humanos podem ser alçados ao *status* de Emenda Constitucional, alterando formalmente o texto constitucional, sem prejuízo de nova mudança de entendimento na Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro. Considerações Críticas sobre a Abordagem dos Direitos Humanos e a Constitucionalização e Internacionalização do Direito. In: MAGRAF, Alencar Frederico, LAZARI, Rafael de [organizadores]. **A consolidação substancial dos direitos humanos: perspectivas e tendências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KELSEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito Internacional e Estado Soberado**. Org.Mario G Losano. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo:Editora Martins Fontes, 2002.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira, In: MORES, Alexandre de. et al.; [organização Equipe Forense]. **Constituição Federal Comentada** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Leonardo, In: MORES, Alexandre de. et al.; [organização Equipe

Forense]. **Constituição Federal Comentada** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art.5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellano e AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro – Interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano. In: PIOVESAN, F. et al. [coord.]**Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** 15. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Anotações sobre a Dignidade da Pessoa Humana e sua Relação com os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira. In ANTONIAZZI et al. [coord.] **Direitos Humanos e integração jurídica:**

avanzando no diálogo constitucional e regional – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. 1947. Arquivos de Direitos Humanos, v.1, 1999.



CIVIL SOCIETY