

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS
HUMANOS: A (IN)DECISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE
466.343/SP**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Fernanda Graebin Mendonça

**Santa Maria, RS, Brasil
2012**

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS:
A (IN)DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
JULGAMENTO DO RE 466.343/SP**

por

Fernanda Graebin Mendonça

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS, Brasil

2012

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Organizadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS
HUMANOS: A (IN)DECISÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE
466.343/SP**

elaborada por
Fernanda Graebin Mendonça

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Valéria Ribas do Nascimento
(Presidente/Orientador)

Prof.^a Dr.^a Giuliana Redin
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof.^a Dr.^a Teresa Cristina Schneider Marques
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Santa Maria, 17 de dezembro de 2012.

*Pouco importa venha a velhice, que é a velhice?
Teus ombros suportam o mundo
e ele não pesa mais que a mão de uma criança.
As guerras, as fomes, as discussões dentro dos edifícios
provam apenas que a vida prossegue
e nem todos se libertaram ainda.
Alguns, achando bárbaro o espetáculo,
prefeririam (os delicados) morrer.
Chegou um tempo em que não adianta morrer.
Chegou um tempo em que a vida é uma ordem.
A vida apenas, sem mistificação.*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS:
A (IN)DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
JULGAMENTO DO RE 466.343/SP**

AUTOR: FERNANDA GRAEBIN MENDONÇA

ORIENTADOR: PROF.^a DR.^a VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 17 de dezembro de 2012.

De forma cada vez mais constante, a efetiva proteção dos direitos humanos vem sendo preocupação de juristas e estudiosos da área. Desde a proliferação de tratados internacionais de direitos humanos, os Estados signatários destes documentos, a fim de atender às novas orientações e princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vêm adequando seus ordenamentos jurídicos, dando às normas trazidas por esses tratados considerável relevância. Deste modo, estas normas passaram a ganhar nível supralegal, constitucional ou até mesmo supranacional, acima de qualquer lei interna do país. No Brasil, a questão hierárquica dos tratados de direitos humanos, ainda que pareça resolvida, não está pacificada. Aparentemente, o nível hierárquico destes documentos foi definido, de forma inédita, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a tese da supralegalidade mas infraconstitucionalidade, em acirrada disputa jurídica com a tese de constitucionalidade, teria saído vencedora com maioria de votos. E, mesmo diante da mudança de posicionamento pela Corte Suprema, a larga doutrina é crítica em afirmar que a equiparação dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais é prevista pela interpretação do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, em conjuntos com demais dispositivos e princípios da Constituição Federal, sendo a tese da constitucionalidade a que deve prevalecer. Deste modo, o trabalho teve como objetivo verificar se a tese da supralegalidade realmente foi a tese vencedora durante o julgamento, bem como verificar a possibilidade jurídica de adoção da corrente da constitucionalidade. Realizou-se, portanto, utilizando-se do método dialético de abordagem, e através dos procedimentos histórico, monográfico e comparativo, uma análise da evolução dos direitos humanos e dos tratados internacionais, partindo-se, após, para a problemática do nível hierárquico destes no Brasil e à análise dos votos do julgamento do RE 466.343, a partir do que se conclui que não houve supremacia da corrente da supralegalidade em Plenário. Por fim, ao ser analisada a aplicabilidade da tese de constitucionalidade e de seus aspectos, verificou-se, com base principalmente na doutrina, que esta possui fundamento nos dispositivos constitucionais, devendo prevalecer sobre as demais teses e necessitando o Supremo evoluir ainda mais no que se refere à temática.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos. Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos. Recurso Extraordinário 466.343/SP. Tese de Constitucionalidade.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**THE HIERARCHY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
TREATIES: THE (IN)DEFINITION BY THE BRAZILIAN
SUPREME FEDERAL COURT ON THE RE 466.343/SP**

AUTHOR: FERNANDA GRAEBIN MENDONÇA

ADVISER: PROF.^a DR.^a VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

Date and Place of Defense: Santa Maria, December 17th, 2012.

Increasingly constant, the effective protection of human rights has been a concern of jurists and scholars in the field. Since the proliferation of human rights international treaties, the signatory States, in order to meet Human Rights International Law guidelines and principles, have been adapting their internal legal, giving the new standards brought by human rights treaties considerable relevance. Thus, these standards started gaining a supra-legal, a constitutional or even a supra-constitutional level, which means, in this last case, above any other internal law of the country. In Brazil, the hierarchical question about human right conventions, although it seems pretty solved, it is not pacified. Apparently, the hierarchical level of these documents was defined, in an unprecedented way, in the judgment of the Appeal Recurso Extraordinário n. 466.343/SP by the Brazilian Federal Supreme Court, in which the thesis of supra-legality but infra-constitutionality, in a fierce legal dispute with the thesis of constitutionality, would have been the winner with the most votes. And, even with this change of position by the Court, the wide doctrine is critic when it asserts that the matching of human rights international treaties and constitutional rules is provided by the correct interpretation of the Article 5, paragraphs 1 and 2 together with other rules and principles from the Constitution of 1988, and that the thesis of constitutionality is the one that should prevail. Thus, the study aimed to verify if the thesis of supra-legality was the one winning the argument at the trial, and also to verify the legal possibility of adopting the thesis of constitutionality. It was proceeded, therefore, using the dialectical method of approach, and using the historic, monographic and comparative procedures, an analysis of the evolution of human rights and international treaties, as well as the problem of hierarchical level in Brazil and an analysis of the votes in the trial 466.343 and, at the end, to an analysis of the votes in the RE 466.343 trial, from which it follows that there was no current supremacy of the thesis of supra-legality in Plenary. Finally, when analyzing the thesis of constitutionality and its aspects, it was based primarily on doctrine, that this thesis has constitutional provisions and should prevail over other theses, and also that the Supreme Court should evolve further in refers to the theme.

Key-Words: Human Rights. Hierarchy of International Human Rights Treaties. RE 466.343/SP. Thesis of Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CTN – Código Tributário Nacional

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EC – Emenda Constitucional

HC – *Habeas Corpus*

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

RE – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

RJ – Rio de Janeiro

SE – Sergipe

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

TO – Tocantins

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO	10
1.1 O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos: breve evolução	12
1.2 Os tratados de direitos humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro	22
2 O RE 466.343/SP E SEU IMPACTO NA QUESTÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	34
2.1 O Supremo Tribunal Federal e os tratados de direitos humanos: o RE 466.343/SP e a atual (in)definição sobre a hierarquia jurídica	37
2.2 O <i>status</i> constitucional dos tratados de direitos humanos após o RE 466.343/SP: posicionamentos e críticas doutrinárias	49
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal dois elementos, os quais serão analisados conjuntamente durante toda a pesquisa: o ordenamento jurídico brasileiro e os tratados de direitos humanos. A relação entre o direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o objeto principal do problema maior a ser enfrentando: a indefinição quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o advento da Constituição de 1988 – “Constituição Cidadã” – após um período de transição lento, iniciado com o fim do regime ditatorial, ocorreu o estabelecimento de uma nova ordem constitucional, a qual alargou de forma considerável os direitos e garantias fundamentais e deu aos direitos humanos uma importância nunca vista antes na história das Constituições do país. O valor da dignidade da pessoa humana tornou-se o informador da ordem constitucional de 1988, dando-lhe sentido e coerência, seguindo o Brasil a tendência mundial de forte consolidação dos direitos humanos nos âmbitos nacionais e de abertura das Constituições para princípios de elevada carga axiológica, que orientam o corpo constitucional e consolidam a reaproximação da ética com o direito.

Essa “reconstrução dos direitos humanos” que permitiu a reestruturação das leis maiores dos Estados para maior proteção do ser humano teve início no período Pós-Guerra Mundial. Após as atrocidades cometidas pelo nazismo e pelo fascismo, instaurou-se uma onda de repúdio e contestação de um ordenamento jurídico que não fosse permeado por valores éticos, e, por conseguinte, advém a necessidade de proteger os direitos humanos de forma efetiva, garantindo-os especialmente no âmbito interno dos Estados.

Nesse sentido, são firmados também os tratados internacionais sobre os direitos humanos, de abrangência tanto global quanto regional, sendo pioneira a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 1948, iniciativa da recente Organização das Nações Unidas (ONU), seguindo-se a ela vários outros documentos que, uma vez desrespeitados pelos Estados signatários, ficam estes sujeitos a sanções, especialmente no caso dos documentos sobre a temática dos direitos dos seres humanos.

Ocorre que, em que pese a necessidade cada vez maior de um diálogo e de interação entre o Direito Internacional e o direito interno de cada país, ainda se mostra discutível e polêmica a questão sobre a inserção e força normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil, já que, uma vez internalizados pelo devido processo, estes passam a fazer parte do

ordenamento jurídico do país. E a questão sobre o nível hierárquico destes tratados não está pacificada, sendo em torno desta problemática que a presente pesquisa se desenvolve.

A doutrina traz várias possibilidades hierárquicas para as convenções sobre direitos humanos. No meio desta divergência, o Supremo Tribunal Federal (STF) e seus Ministros, que já haviam sido provocados, desde antes da edição da Constituição de 1988, a se posicionarem sobre o tema, vêm mudando o seu entendimento quanto ao nível hierárquico desses tratados. Recentemente, em 2008, a Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, deu a relevância que lhe é devida à questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos ao tratar da possibilidade de prisão de depositário infiel, uma vez que este tipo de prisão não é autorizada pelo Pacto de São José da Costa Rica e nem pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Tendo em vista que a discussão do julgamento se deu em torno de duas das correntes – a da supralegalidade e a da constitucionalidade – a maioria dos estudiosos afirma que a Corte adotou, a partir desta ocasião, a tese de supralegalidade, mas infraconstitucionalidade dos tratados.

Entretanto, o presente trabalho tem como principal objetivo verificar, através de uma análise mais minuciosa do teor dos votos no julgamento do RE 466.343/SP, se, efetivamente, a tese da supralegalidade foi a que teve mais adeptos na Corte. Também, busca-se verificar se seria possível equiparar os tratados de direitos humanos às normas constitucionais, adotando-se a tese da constitucionalidade, em análise conjunta do julgamento do mencionado recurso e da doutrina. Para isso, a pesquisa se encontra dividida em dois capítulos principais.

O primeiro tem como foco o estudo dos direitos humanos. É realizada uma análise do surgimento e do fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos até a sua atual conjectura. Em seguida, ainda dentro do capítulo, é abordado o tema dos tratados de direitos humanos e a sua relação com o direito brasileiro, mais especificamente a incorporação destes ao ordenamento jurídico do país.

O capítulo final trata do RE 466.343/SP e de seu impacto na temática do nível hierárquicos dos tratados de direitos humanos. Primeiramente, após um breve apanhado da posição da Corte sobre o assunto do valor hierárquico destes documentos, o estudo se concentra no conteúdo do julgamento do recurso, com o exame crítico dos votos dos Ministros do STF, principalmente das manifestações de Gilmar Mendes e Celso de Mello. Após, é comentada e estudada a tese da constitucionalidade, partindo-se do voto do Ministro Celso de Mello, defensor desta corrente, e dos posicionamentos da doutrina sobre a aludida tese, a fim de se entender e verificar o cabimento da equiparação das normas internacionais de direitos humanos presentes nas convenções às normas constitucionais.

A realização da pesquisa foi feita por meio de embasamento doutrinário acerca dos diversos posicionamentos existentes para tentar explicar a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento, e, ao mesmo tempo, através de embasamento jurídico sobre o tema em questão. Para isso, é feito uso do método dialético de pesquisa, uma vez que, a partir do suposto novo posicionamento do STF quanto ao nível hierárquico desses tratados no julgamento do RE 466.343/SP, e juntamente com o estudo da influência dos direitos humanos e das demais teses, pretende-se buscar uma solução jurídica fundamentada que permita equiparar os tratados de direitos humanos às normas constitucionais.

Ainda, em relação ao procedimento, são utilizados os métodos histórico, monográfico e comparativo. Primeiramente, o método histórico é brevemente utilizado no começo da pesquisa, oportunidade em que será estudada a evolução do ramo dos direitos humanos até a atualidade, a fim de que seja demonstrada, através desta retomada histórica, o papel importante exercido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro. Os métodos comparativo e monográfico têm vez quando do exame das diversas correntes relativas à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, bem como quando da realização do cotejo entre estas correntes e os posicionamentos dos ministros do STF no julgamento do RE 466.343/SP.

Ressalte-se, por fim, que tratar do tema em questão se mostra um desafio, tendo em vista a novidade e a importância do assunto, e uma vez que ele relaciona, em uma mesma discussão, dois ramos do direito – constitucional e internacional – os quais, para uns, tendem a se aproximar cada vez mais em busca de um objetivo maior, que é a ampliação da proteção do ser humano, enquanto que, para outros, dificilmente chegarão a um entendimento pacífico por conta de fatores políticos, socioculturais e econômicos. De qualquer sorte, o trabalho contribui para o entendimento das novas relações jurídicas e do diálogo cada vez mais intenso entre estes dois campos.

DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

A história dos direitos humanos não é recente, ainda que estes, apenas nas últimas décadas, tenham sido objeto de efetiva preocupação por parte de estudiosos e, principalmente, da comunidade internacional. E, em que pese possuírem natureza internacional, vez que são inerentes a todo e qualquer ser humano, eles não evoluíram – nem evoluem – de forma igualitária em todos os lugares do mundo, pelos mais diversos aspectos, principalmente o social, o político, o econômico e o cultural. São construídos conforme e observando a própria experiência da vida humana em sociedade; por isto é de extrema importância, para entender seu significado atual, compreender como eles foram observados em eras passadas para eliminar os erros e aperfeiçoar os acertos.

Ainda hoje, o estudo desse gênero de direitos encontra muitos óbices. Um deles remete ao próprio conceito da expressão “direitos humanos”, a qual muitas vezes é utilizada como sinônimo de “direitos fundamentais”. Entretanto, ainda que não seja de todo prejudicial à essência de sua definição, a distinção entre estas expressões se faz necessária para um estudo mais aprofundado do tema. Nesse contexto, Fábio Konder Comparato afirma que ambas expressam algo que é inerente à condição humana, sem qualquer ligação com características de grupos sociais ou indivíduos¹. Porém, ao abordar a questão do caráter de obrigatoriedade desses direitos, salienta:

É aí que se põe a distinção elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segunda outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos².

Em continuação, Comparato complementa que “o reconhecimento oficial de direitos humanos pela autoridade política competente dá muito mais segurança às relações sociais”³.

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet possui uma concepção ainda mais detalhada e objetiva dessas duas terminologias:

¹COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.58.

² Ibidem, p. 58-59.

³ Ibidem, p. 59.

Em que pese sejam os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁴.

Na visão do doutrinador, então, a diferença entre os direitos humanos e os fundamentais é o documento em que são positivados: os primeiros constituem aqueles direitos consagrados em tratados internacionais, obrigando todos os países do globo, e os últimos são aqueles previstos em âmbito nacional, nas Constituições de cada país, e dizem respeito apenas aos cidadãos daquele Estado. Compartilhando da mesma classificação de Sarlet, o estudioso espanhol Antonio Enrique Perez Luño faz um estudo sobre a delimitação conceitual do termo “direitos humanos”, e conclui:

En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales⁵.

Além da questão terminológica, outra discussão da temática diz respeito à própria natureza dos direitos humanos: há intensa polêmica se seriam direitos naturais e inatos, positivos, históricos ou derivados de um sistema moral⁶. Flávia Piovesan, em alusão a Hannah Arendt, advoga que os direitos humanos, por estarem em constante reconstrução, são resultado de um espaço simbólico de luta e ação social em busca da dignidade da pessoa humana, compondo um “construído axiológico emancipatório”⁷. No mesmo sentido, o jurista italiano Norberto Bobbio afirma que “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”⁸. E continua:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos**: estado de derecho y constitución. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 33.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

⁷ Ibidem, p. 114.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e oposições⁹.

Deste feito, percebe-se que, mesmo diante do desencontro de opiniões acerca do fundamento dos direitos humanos, a preocupação central atual, conforme defende Bobbio com propriedade, não é fundamentar esses direitos, e sim o de protegê-los. A partir dessa busca por instrumentos que os garantissem de forma eficiente é que nasce o Direito Internacional dos Direitos Humanos, consolidado principalmente em meados de século XX, na época do pós Segunda Guerra Mundial.

1.1 O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos: breve evolução

Pelo entendimento de Comparato, a mais bela e importante revelação da História é a “de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”¹⁰. Foi a partir desta ideia, deste reconhecimento universal de que todos os indivíduos são iguais enquanto seres humanos, que surge o fundamento dos chamados “direitos humanos”, os quais giram em torno do homem e da defesa de sua dignidade. Entretanto, para melhor entender do que se trata e como os direitos humanos atingiram o importante *status* atual dentro do ramo do direito, deve-se estudá-lo, além de seus aspectos jurídico, social, político e filosófico, por um viés histórico. Ao compartilhar do mesmo entendimento, João Hélio Ferreira Pes assevera:

Antes de examinar as várias concepções de “direitos humanos” e os atuais problemas jurídicos enfrentados pelo Estado quanto à constitucionalização desses direitos, convém analisar os aspectos históricos mais remotos, porque qualquer conceito possui uma história que deve ser remontada para dela emergir o sentido verdadeiro das palavras definidoras¹¹.

Não se pode precisar exatamente quando a ideia de se proteger os direitos considerados inerentes aos seres humanos surgiu. O passado da construção histórica dos

⁹ BOBBIO, op. cit., p. 24.

¹⁰ COMPARATO, op. cit, p. 1.

¹¹ PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 23.

direitos humanos pode ser encontrado em mais de uma época, dependendo do enfoque dado ao estudo: filosófico, religioso, político ou social¹². Por isso se mostra difícil começar a contar a história dos direitos humanos no mundo.

João Hélio Pes afirma que a noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo e que muitos autores apontam o Código de Hamurabi, da antiga Mesopotâmia, aproximadamente do ano de 1.700 a.C, como marco histórico¹³. Este conjunto de leis previa a proteção de valores como a vida, a dignidade e a honra. Porém, outros estudiosos afirmam que foi com a influência sucessiva da religião, da filosofia e da ciência que a ideia de proteção desses direitos inicia-se¹⁴.

A influência religiosa se dá a partir da ideia da existência de um único Deus, criador de toda a humanidade, segundo o legado da Bíblia. O Judaísmo, após entrar em decadência devido ao seu proselitismo, teve influência em duas grandes religiões também monoteístas: o Cristianismo e o Islamismo. O Cristianismo, devido à influência da tradição judaica, considerou que todos os homens são filhos de um mesmo Pai e, por isso, iguais perante Deus, no que se vislumbra os primeiros resquícios da ideia de igualdade universal dos homens. Com propriedade, Roberto Gesta Leal salienta que desde os hebreus, com sua visão de Cosmos e religião monoteísta, e na condição de povo perseguido, é possível identificar certa primazia dada ao tema dos direitos humanos¹⁵.

Ainda antes do nascimento de Cristo, a filosofia, nascida da substituição, pela primeira vez, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão, faz com que o homem passe a exercer sua faculdade de crítica racional da realidade, afirmando-se essa natureza humana e dando uma nova justificativa para a sua posição no mundo¹⁶. Assim, a revisão pelo pensamento filosófico das crenças religiosas dá uma nova roupagem ao ser humano. O chamado “período axial”, assim denominado pelo alemão Karl Jaspers por ter sido o período formador do eixo histórico da humanidade, entre os séculos VIII e II a.C., engloba o desenvolvimento dos maiores pensadores de todos os tempos, como Zaratustra, Buda, Confúcio e Pitágoras, e se estabelece as diretrizes fundamentais da vida, até hoje em vigor¹⁷.

¹² RICARDO, Carolina de Mattos. Reflexões kantianas na construção histórica dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

¹³ PES, op. cit., p. 24.

¹⁴ COMPARATO, op. cit., p. 1.

¹⁵ LEAL, Roberto Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33-34.

¹⁶ COMPARATO, op. cit., p. 9.

¹⁷ Ibidem, p. 9.

O nascimento da filosofia, da democracia e da tragédia gregas e o desenvolvimento da religião e da racionalização são marcos que contribuem para a compreensão do ser humano como dotado de liberdade e razão em igualdade essencial, mesmo diante de tantas diferenças culturais. No entendimento de Comparato, este período – marcado pelo surgimento da lei escrita – constitui a primeira etapa histórica na elaboração do conceito da pessoa humana.

Com relação a este período, Roberto Gesta Leal afirma que a cultura, ao especular sobre a vida e suas potencialidades, propõe uma concepção de existência que se volta para um humanismo racional; complementa que na Grécia, apesar da discriminação escravagista e xenófoba, a cultura deste povo demonstrou considerável preocupação e reflexão envolvendo a pessoa humana. Também, os romanos, pela cultura militarista e pragmática imposta pelos imperadores, serviram como exemplo negativo para a construção dos direitos humanos¹⁸.

É possível perceber a frutífera relação entre religião e filosofia nas anotações de Leal:

O Cristianismo, instituindo os princípios de igualdade e fraternidade, estabelece uma verdadeira ruptura com o modelo de Sociedade existente no Império Romano, postulando a inexistência de diferenças entre amos e escravos e razões que as justifiquem, tanto no plano moral como econômico¹⁹.

No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet, ao descrever de forma breve a influência destes dois elementos na construção e consolidação dos direitos inerentes ao homem:

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)²⁰.

Com o advento do feudalismo e da Idade Média, mais uma nova concepção da pessoa humana, encabeçada por Boécio no séc. VI, dá início a elaboração do princípio da igualdade essencial dos seres humanos (segunda etapa histórica de Comparato). Para ele, que inspirou Santo Tomás na sua definição de homem, a pessoa humana seria um composto de substância espiritual e corporal, sendo ela “propriamente a substância individual da natureza racional”²¹. Assim, o homem aparece como um ser dotado de duplo compromisso: devido a sua alma, o

¹⁸ LEAL, op. cit., p. 34.

¹⁹ Idem.

²⁰ SARLET, op. cit., p. 38.

²¹ COMPARATO, op. cit., p. 19-20.

homem pertence à série dos seres imateriais, mas, por estar ligado a um corpo, não possui inteligência pura como a dos anjos²². A partir desse novo conceito de pessoa humana, esclarece Comparato:

Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e os canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*²³.

Posteriormente, a partir do século XVI, a Europa enfrenta paradoxos políticos e culturais, e é nesse período que a influência da doutrina jusnaturalista, já defendida por São Tomás de Aquino, ganha mais força. Isto porque, em meio ao Renascimento, ao Humanismo e ao desenvolvimento das Ciências, muitas violações arbitrárias aos direitos humanos ocorrem. Rogério Gesta Leal, ao citar o estudioso argentino Juan Antonio Traviesso, traz como exemplo dois códigos que evidenciaram e inclusive institucionalizaram práticas de violação desse gênero de direitos: as chamadas “Ordenanza de Bamberg”, que previa a tortura e métodos de flagelamento em suas normas, e “Ordenanza Carolina”, ambas promulgadas por Carlos V em 1507 e 1532, respectivamente, na Alemanha²⁴.

Mas é apenas nos séculos XVII e XVIII que a doutrina jusnaturalista chega ao seu ápice de desenvolvimento, especialmente por meio das teses contratualistas de Grócio, Hobbes, Locke e John Milton. De um modo geral, os pensadores da época, inspirados pelo Iluminismo e pela ocorrência da laicização do direito natural, defendiam a ideia da existência de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão das autoridades aos postulados do direito natural²⁵.

Entretanto, foram a filosofia e os postulados de Immanuel Kant, ao final do séc. XVIII, que permitiram que o conceito de pessoa humana desse um passo adiante (terceira etapa histórica). O pensador diferenciou a natureza do ser racional – o homem – dos seres irracionais, dando a eles diferentes valores. Segundo Marcos José Gomes Corrêa:

O conceito de pessoa encontrou uma cristalização na filosofia kantiana em que parte o famoso filósofo do conceito de razão. Somente o ser racional tem vontade, ou seja, age segundo uma representação de leis e princípios. O ser humano, todo ser racional,

²² CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27-28.

²³ COMPARATO, op. cit., p. 21-22.

²⁴ LEAL, op. cit., p. 35.

²⁵ SARLET, op. cit., p. 39-40.

existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual alguma vontade possa servir-se²⁶.

É diante dessa conclusão que se passa a considerar a vontade como liberdade de agir do homem, um dos pilares da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos humanos. Isto porque esta resulta do fato de que, pela vontade racional do homem, só ele pode viver por sua autonomia, guiado pelas leis que ele próprio edita. Portanto, diferente das coisas – seres não dotados de razão – o homem possui dignidade, e não um preço, e a humanidade como espécie, bem como cada pessoa em sua individualidade, é insubstituível e não pode ser trocada por coisa alguma. Essa valorização do ser humano por Kant deu importante interpretação em favor dos direitos humanos: pela filosofia kantiana, todo ser humano deve agir de modo a não prejudicar ninguém. Tal conclusão leva à condenação de muitas práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, indo de encontro a uma prática específica ainda vislumbrada na época: a escravidão, apenas abolida juridicamente no séc. XX²⁷.

Os estudos de Kant permitiram uma nova transformação no conceito de pessoa humana (quarta etapa histórica), com a descoberta do mundo dos valores a partir da ideia de que o homem é o único ser dotado de vontade e, por isso, de liberdade. E é a partir do fundamento da liberdade que surge o universo axiológico e a ética, ou seja, o mundo das normas²⁸. Assim, também de acordo com pensadores como Locke e Nietzsche, chega-se à conclusão de que o ser humano – e apenas ele – tem suas ações dirigidas por suas preferências, seus valores, sendo, ao mesmo tempo, legislador universal e sujeito voluntário dessas normas. Como exemplo da importância dessa descoberta, ressalta Comparato:

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação²⁹.

E continua:

Por outro lado, o conjunto de direitos humanos forma um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalescente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado³⁰.

²⁶ CORRÊA, op. cit., p. 28.

²⁷ COMPARATO, op. cit., p.22.

²⁸ Ibidem, p. 25.

²⁹ Ibidem, p. 26.

³⁰ Ibidem, p. 27.

A crescente industrialização, urbanização, mecanização e burocratização da vida em sociedade que se inicia ainda no século XVIII é que faz com que surja a humanização dos processos sancionatórios e garantias processuais penais em defesa dos direitos humanos, com pressupostos jusnaturalistas. Dentre os marcos políticos e jurídicos mais fundamentais para a construção dos direitos humanos pode-se citar a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Anteriores a estes documentos, a Magna Carta, o *habeas corpus* e o *bill of rights* britânico, documentos surgidos na Inglaterra no final do século XVII a partir do crescente sentimento de liberdade fortalecido após a crise enfrentada pela Europa, constituem fonte de inspiração para a proclamação dos direitos humanos no novo continente, mais especificamente nos Estados Unidos.

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, ou Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, datada do mesmo ano, mas que precede a Declaração de Independência dos Estados Unidos, traz em seu artigo 1º a ideia de direitos inerentes aos seres humanos, dos quais não se pode abrir mão:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança³¹.

Quanto à Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução Francesa, Roberto Gesta Leal afirma, em relação ao documento, que “fez-se fonte de sua adoção nos sistemas jurídicos e nas organizações políticas que a partir de então se estabeleceram”³².

Ainda que haja dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais do ser humano entre as duas declarações, fazendo nascer, finalmente de forma solene, os direitos humanos, Ingo Sarlet afirma que foi a Declaração de Virgínia que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais³³. A diferença entre as garantias inglesas e as posteriores declarações americanas surgidas a partir da Declaração de Virgínia – e o motivo pelo qual são as americanas o marco histórico do nascimento desse gênero de direitos – é que, na Inglaterra, os direitos não alcançavam

³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia**. 16 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0611.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

³² LEAL. op. cit., p. 36.

³³ SARLET. op. cit., p. 43.

indistintamente todo o povo inglês, e sim, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza³⁴. Por outro lado, em seu conteúdo, os documentos americanos procuraram estender – ainda que não tenham alcançado seu objetivo de forma plena – os direitos neles escritos a todas as camadas da população.

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade do conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos³⁵.

Por sua vez, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida treze anos após a Declaração da Virgínia, reforça a ideia de liberdade e igualdade expressa nesta. Contudo, em que pese os dois documentos tenham tido visível inspiração jusnaturalista e possuído inequívoca relação de reciprocidade no que tange à influência de uma sobre a outra, há que se ressaltar que, diferente das declarações americanas, a declaração francesa não teve, de imediato, força constitucional que obrigasse o Parlamento, e os direitos nela declarados estavam à míngua de um sistema operante de constitucionalidade, ou seja, não possuíam garantia efetiva de seu cumprimento³⁶. De qualquer forma, estes documentos foram de importância ímpar na construção dos direitos humanos.

A emancipação histórica do homem dos grupos sociais a que pertencia – marcado pela valorização e reconhecimento da necessidade de proteção da dignidade do indivíduo como ser humano – foi representada pelas declarações americanas e francesas. Entretanto, devido à crescente urbanização e industrialização, cada vez maior era o número de trabalhadores sedentos por trabalho nas empresas capitalistas, e era necessário proteger não apenas o indivíduo por sua essência, mas também pelo seu papel na sociedade, o que fez com que os direitos humanos de caráter social e econômico aflorassem nesta época, facilitando a proteção de determinados grupos sociais, como os operários. Neste sentido, Marcos José Gomes Corrêa trata da mudança do pensamento em relação ao ser humano nesta época de mudança da vida das sociedades:

No século XX, o pensamento a respeito do homem sofreu os reflexos da vida urbana, industrial e burocrática que se delineava. O pensamento sobre o homem

³⁴ COMPARATO, op. cit., p. 49.

³⁵ SARLET, op. cit., p. 43.

³⁶ Ibidem, p. 44.

reage contra a despersonalização e submissão do ser humano ao ambiente automatizado gerado pela industrialização: a personalidade humana é enfatizada e o papel que o homem desempenha na sociedade é relegado a segundo plano, tal qual o ponto de vista dos estóicos³⁷.

Ao encontro do entendimento de Corrêa, explica Comparato:

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer o século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919³⁸.

Cabe salientar, ainda em relação aos direitos sociais e econômicos (ou de segunda geração), que estes abrangem bem mais do que os direitos de cunho prestacional, mas também as chamadas “liberdades sociais”, como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a exemplo do direito de greve e de sindicalização.

O pensamento existencialista do século XX acentuou ainda mais a inigualável personalidade individual do homem (quinta e última etapa histórica na elaboração do conceito da pessoa humana). Confirmou-se, assim, que a essência do indivíduo não se confunde com o papel que exerce na sociedade nem com sua qualificação individual, na qual se incluem o nome, idade, estado civil, entre outros.

Até então, é importante observar que, apesar dos direitos considerados inerentes a todo ser humano terem sido reconhecidos em documentos como normas – morais e jurídicas – a serem seguidas, tais documentos não chegavam a vincular todos os povos, ou seja, não possuíam natureza global, ainda que salvaguardassem direitos de todos os homens, sem qualquer distinção de gênero, raça, cultura, sexo, etc. Os direitos humanos, portanto, ainda não haviam alcançado a proteção internacional que hoje possuem.

A internacionalização dos direitos humanos apenas ganhou mais força no século XX, mais especificamente na segunda metade deste período, e conta com três precedentes históricos principais: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O Direito Humanitário – ou Direito Internacional da Guerra – constitui-se como a parte dos direitos humanos que trata da lei da guerra, com o objetivo de, restringindo a

³⁷ CORRÊA, op. cit., p. 28.

³⁸ COMPARATO, op. cit., p. 54.

atuação do Estado em caso de conflito armado, diminuir o sofrimento dos nele envolvidos, como soldados, prisioneiros, feridos e, principalmente, da população civil envolvida. Assim, com o surgimento desse ramo do Direito, houve limites à liberdade e autonomia dos Estados em favorecimento à proteção dos direitos humanos, ainda que na hipótese de uma guerra³⁹. O que faz com que o Direito Humanitário seja um importante marco na internacionalização dos direitos humanos foi a positivação das normas de proteção humanitária no primeiro documento de caráter internacional: a Convenção de Genebra, de 1864, a qual foi revista em 1907 e 1929, a fim de que suas normas fossem estendidas aos conflitos marítimos e aos prisioneiros de guerra, respectivamente⁴⁰.

A chamada Liga das Nações foi criada após a Primeira Guerra Mundial e, da mesma forma que o Direito Humanitário, tinha como um de seus objetivos relativizar a atuação estatal em benefício dos direitos fundamentais do ser humano. Com a finalidade de promover a paz e a segurança internacional, e acordando em não estabelecer a guerra e preservar as relações amistosas entre os países do globo, a Convenção da Liga das Nações, 1920, trouxe algumas questões genéricas de direitos humanos para a discussão internacional. Entre elas, destacam-se alguns parâmetros internacionais sobre o direito do trabalho: a fim de assegurar justas condições de trabalho para homens, mulheres e crianças, a Liga previa sanções econômicas e militares para o país que descumprisse as obrigações por ela estipuladas⁴¹.

Juntamente com a Liga das Nações e com o Direito Humanitário, a Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919 e até hoje em atuação global, tem como escopo promover uma padronização internacional das condições de trabalho e bem-estar dos indivíduos. As convenções internacionais da OIT – que hoje já passam de uma centena – têm contribuído para a igualdade e dignidade das relações de trabalho ao redor do mundo, contando com grande número de Estados-parte signatários.

Em relação a estas três instituições, esclarece Flávia Piovesan:

Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema direitos humanos na ordem internacional⁴².

³⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 115-116.

⁴⁰ COMPARATO, op. cit., p. 55.

⁴¹ PIOVESAN, op. cit., p. 116.

⁴² *Ibidem*, p. 118.

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, por promoverem a internacionalização da proteção dos direitos humanos, contribuíram de forma imensurável para o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ganha força principalmente no período após o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945.

O choque pelo conhecimento das atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra concretizou a efetiva preocupação com os direitos humanos. Era necessária uma reconstrução dos direitos humanos, a fim de que eles orientassem a ordem internacional, acima da simples inserção da proteção desse gênero de direito na ordem interna dos Estados. Segundo Sérgio Reis Coelho, é a partir de 1945 que a temática dos direitos humanos entra, de forma incisiva, na agenda dos países do globo, os quais passaram a destinar preocupação especial com a matéria⁴³.

Com a criação da Organização das Nações Unidas e a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948, ocorre a consagração da “dignidade humana” como premissa máxima. Este documento é de tal importância que assim assinala Bobbio:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade que não é só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais⁴⁴.

Vê-se que a DUDH, marco definitivo da internacionalização dos direitos humanos, permitiu que muitos outros documentos internacionais e regionais tratando do tema fossem editados e ratificados pelos Estados – o que demonstra a preocupação e o comprometimento das nações do globo com a proteção de seus cidadãos não apenas na ordem jurídica interna, mas sim também em nível internacional.

Juntamente com os documentos que declaram esse gênero de direitos, a fim de criar mecanismos que pudessem garantir a proteção dos direitos humanos, foram também criados instituições como a Corte Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e

⁴³ COELHO, Sérgio Reis. **A teoria dos direitos humanos e a jurisdição penal internacional**: uma análise de seus fundamentos históricos, filosóficos e de sua interrelação. In: XVI CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/coelho_teorias_dh_juris_penal.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁴ BOBBIO, op. cit., p. 27-28.

a Corte Europeia de Direitos Humanos, além de sistemas de petição e casos dentro das organizações, que possibilitam a qualquer indivíduo acionar estes tribunais em caso de violação desses direitos.

Portanto, atualmente, percebe-se uma grande evolução do conceito de dignidade humana, o valor maior que fundamenta os direitos humanos, mas principalmente se observa que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda que bastante recente, mune-se cada vez mais de institutos, como os tratados, que valorizam e protegem esses direitos que já nascem com o ser humano.

Outros dois elementos são fundamentais para a construção da concepção contemporânea dos direitos humanos: a flexibilização da soberania e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional. Os Estados deixaram de ser os únicos sujeitos da comunidade internacional. Essas duas características corroboram a ideia de dignidade inerente e inalienável da pessoa humana, uma vez que relativizam o papel do Estado e deslocam o indivíduo para o centro da questão internacional⁴⁵.

Por fim, em que pese o considerável avanço dos direitos humanos ao longo do tempo e seu atual *status*, no que tange à sua efetiva proteção em nível internacional, ainda há muito o que fazer, constituindo esse gênero de direitos mais esperança do que realidade para a maioria dos seres humanos. É por este motivo que, nas últimas décadas, os sujeitos de direito internacional, de comum acordo, passaram a editar documentos internacionais com foco na temática dos direitos humanos, destinados a produzir efeitos jurídicos em nível internacional, fortalecendo a proteção destes direitos.

1.2 Os tratados de direitos humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro

Desde as primeiras comunidades até a sociedade mundial atual, sentia-se a necessidade de desenvolver conjuntos de normas que regulassem os comportamentos e oficializassem seus acordos de auxílio mútuo. Em nível internacional, o surgimento do chamado Direito Consuetudinário – originado dos costumes internacionais e uma das principais fontes do Direito Internacional – fez com que esses costumes fossem tidos como leis, obrigando os Estados ao seu cumprimento, sob a égide do princípio da boa-fé. Com o

⁴⁵ RICARDO, op. cit., p. 40.

tempo, a partir do início do século XX, os tratados foram substituindo os costumes, dando-lhes verdade valor jurídico e fazendo nascer o chamado Direito dos Tratados⁴⁶. Nesta monta, observa Flávia Piovesan que, graças ao “crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional”⁴⁷.

Partindo-se para a definição dos tratados – também denominados convenções, pactos, protocolos, cartas, etc. –, no entendimento de Seitenfus e Ventura, estes são acordos concluídos entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, que se destinam a produzir efeitos jurídicos e são regidos pelo direito internacional⁴⁸. Tal concepção se coaduna com o previsto pelo art. 2º, inciso I, da nova Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1986, que alterou o entendimento anterior sobre os tratados constante na mesma Convenção, datada de 1969. Na Convenção de 1986, constitua-se como tratado apenas o acordo celebrado entre Estados. Atualmente, o dispositivo reconhece a capacidade de uma organização internacional também ser parte do acordo, seja juntamente com um Estado, seja com outra organização. Sobre este ponto, esclarece Flávia Piovesan:

A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena, concluído em 1969, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados. Contudo, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo aqueles dos quais participam organizações internacionais⁴⁹.

De acordo com a referida Convenção, então, conclui-se que o teor dos tratados internacionais vale apenas para os Estados que, de forma expressa, consentiram em adotar e cumprir as suas regras, ou seja, apenas para os Estados-parte. Dessa forma, não poderão estes documentos criar obrigações para os Estados que não consentiram, exceto se os preceitos previstos pelo tratado tenham sido incorporados ao costume internacional⁵⁰.

Relativamente aos tratados internacionais sobre a matéria dos direitos humanos, estes se mostram instrumentos recentes, os quais demonstram – embora a história dos direitos do ser humano remonte a um longínquo passado – que a comunidade internacional de hoje está assumindo, pelo menos no plano formal, esses direitos como um conteúdo primordial do

⁴⁶ BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 29.

⁴⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 43.

⁴⁸ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

⁴⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 44.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 45.

interesse público internacional e assinalando a responsabilidade dos Estados por sua atuação, tanto interna quanto externa, no que tange a esta matéria⁵¹.

Essa nova concepção de direitos humanos foi consolidada pela adoção de tratados internacionais de direitos humanos, que os países ratificam sob o princípio da boa-fé, ou seja, espera-se de um Estado que ratifica um tratado no livre exercício de sua soberania, boa-fé para cumprimento integral das obrigações assumidas⁵².

Hoje, pela importância alcançada pelos direitos humanos em âmbito interno e, principalmente, internacional, há uma grande diversidade de tratados sobre o tema, surgidos principalmente a partir da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, no âmbito da ONU. Este documento pioneiro pode ser considerado o principal instrumento dessa modalidade. Neste sentido, defende Roberto Gesta Leal, aludindo José Augusto Lindgren Alves:

Desde a Declaração Universal, os Direitos Humanos, como quer Alves, afiguram-se como matéria cada vez mais alcançada pela tratadística do Direito Internacional, e mesmo provocando uma radical mudança de concepção deste Direito, principalmente, em face do Direito Internacional Público⁵³.

Juntamente com a declaração referida, pode-se citar como igualmente importantes, e sendo os pactos que lhe conferem juridicidade, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966⁵⁴. Em âmbito regional, especialmente para o Brasil, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – também chamada de Pacto de São José da Costa Rica – de 1969 é outro essencial documento garantidor dos direitos humanos.

No Brasil, assim como na maioria dos países do globo, os tratados internacionais de direitos humanos, para que possam produzir efeitos jurídicos para os Estados, passam por um procedimento formal de incorporação ao ordenamento jurídico interno, procedimento este que lhes é próprio. Contudo, vale ressaltar que “o modo pelo qual os tratados são negociados e entram em vigor rege-se primordialmente pela intenção e pelo consentimento das partes, prevalecendo de forma escrita”⁵⁵.

Conforme leciona Artur Bonifácio:

⁵¹ LEAL, op. cit., p. 102.

⁵² RICARDO, op. cit., p. 40.

⁵³ LEAL, op. cit., p. 102.

⁵⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O juiz, a Constituição e os direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170.

⁵⁵ BRAUN, op. cit., p. 41-42.

Na praxis brasileira, não há incorporação automática dos tratados internacionais no ordenamento jurídico. O tratado percorre um *iter*, que inicia com a sua discussão e assinatura pelo executivo, é encaminhado ao Congresso Nacional, o qual através de decreto legislativo o acata, retornando ao executivo para a ratificação, condicionada a sua vigência, entretanto, o decreto presidencial, com a tripla função: promulgação, publicação na língua oficial do País e executoriedade interna⁵⁶.

Até o presente momento, através deste procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos, estando em pleno vigor, praticamente todos os documentos pertencentes ao sistema global de proteção, também chamado de sistema das Nações Unidas – ou seja, aqueles tratados de direitos humanos no âmbito desta organização. Já no que tange ao sistema americano de direitos humanos, da mesma forma, o Brasil também já é parte de grande parte dos tratados desse gênero.

Sobre o procedimento peculiar de incorporação dos tratados, mostra-se importante comentar brevemente sobre suas fases, para que melhor se entenda a posição destes documentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, objeto de incansável discussão pelos estudiosos da área. Neste contexto, leciona Valério Mazzuoli:

Os tratados e convenções internacionais são atos, em princípio, solenes, cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. São quatro as fases pelas quais têm de passar os tratados solenes, até sua conclusão: a) a das negociações preliminares; b) a da assinatura ou adoção, pelo Executivo; c) a da aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; e, por fim, d) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam. Esta última formalidade, como explica MAROTTA RANGEL, tem a finalidade de vincular juridicamente os signatários, de tal sorte que, a partir dela, deve o tratado internacional ser observado estritamente, nos limites de seus termos, pelas partes contratantes⁵⁷.

Primeiramente, sobre as negociações preliminares, cabe ressaltar que estas consistem em uma fase negocial, através da qual os Estados verificam a compatibilidade dos interesses em causa. No caso dos tratados internacionais, conforme ressalta Sérgio Mourão Corrêa Lima, esta etapa ganha uma conotação política, uma vez que entra em cena toda a habilidade e talento dos agentes diplomáticos dos países e das organizações internacionais⁵⁸. Também nesta etapa, um ponto de negociação pode ser a fixação de quórum de ratificação do tratado, ou seja, pode haver, por decisão dos Estados envolvidos na negociação, determinação de um

⁵⁶ BONIFÁCIO, op. cit., p. 172.

⁵⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro.** Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁵⁸ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados internacionais no Brasil e integração.** São Paulo: LTr, 1998, p. 21-22.

número mínimo de países signatários para que este possa ter vigência no plano internacional⁵⁹.

Faz-se mister, ainda sobre este tópico, trazer à baile os ensinamentos de Seitenfus e Ventura:

A elaboração do tratado encerra-se com a *adoção* do texto, que se manifesta pela declaração de conclusão do texto e pelo reconhecimento de sua autenticação. Assim, o texto adotado presume-se legal e conforme a intenção dos negociadores. Nos tratados bilaterais, a adoção se manifesta simplesmente pela *assinatura* dos detentores dos plenos poderes. É distinta a situação dos tratados multilaterais [*que é o caso dos tratados de direitos humanos*]. Neste caso, uma conferência vota ou adota o texto proposto, através de consenso, para submetê-lo a seguir à assinatura⁶⁰.

Após a confecção do documento, procede-se à assinatura do mesmo pelos representantes autorizados dos países. A consequência principal da assinatura do tratado é a vinculação dos Estados-parte a se abster de atos ou omissões que prejudiquem o objetivo para o qual o documento foi editado, devido ao princípio da boa-fé. No Brasil, a competência para assinatura é do Presidente da República, pela redação do art. 84 da Constituição Federal de 1988, podendo ele outorgar tal competência a um representante diplomático⁶¹.

Entretanto, para efetivamente obrigar juridicamente o país perante a comunidade internacional, o tratado deve passar pela aprovação no plano interno. Desse modo, após a assinatura do documento, ele passará pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional. Em certos casos, pode haver, quando diante de um conteúdo de grande polêmica jurídica, a obrigação de consulta prévia ao Poder Judiciário, que poderá exercer, então, um controle de legalidade *a priori*⁶².

Na sequência, dá-se o ato mais importante da incorporação dos documentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: a ratificação pelo poder Executivo. Demonstrando a importância desse ato, esclarece Piovesan:

A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional⁶³.

⁵⁹ BRAUN, op. cit., p. 42.

⁶⁰ SEITENFUS; VENTURA, op. cit., p. 44.

⁶¹ BRAUN, op. cit., p. 45.

⁶² SEITENFUS; VENTURA, op. cit., p. 45.

⁶³ PIOVESAN, op. cit., p. 47.

Portanto, tem-se que é a partir do ato da ratificação, feita no Brasil pelo Presidente da República, que o Estado se torna parte do tratado internacional. Ainda, Sérgio Lima, aludindo Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, lembra que a simples aprovação pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo, não tem o poder de tornar o tratado obrigatório, pois o poder Executivo tem a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar conveniente⁶⁴.

Uma vez ratificado, ato que se dá no plano internacional, volta-se novamente ao plano interno para os atos da promulgação e publicação, os quais dão vigência ao acordo internacional. Assim, o Presidente da República, através da publicação no órgão competente, faz a promulgação de um decreto, o qual, finalmente, incorpora o tratado ao direito interno brasileiro, fazendo este parte do conjunto de leis do país.

Este procedimento é o previsto para todo e qualquer tratado internacional incorporado pelo Brasil. Porém, sabe-se que, para fins de estudos sobre direitos humanos, e mais especificamente sobre os tratados desse gênero de direitos e a sua relação com o direito brasileiro, necessário se mostra fazer uma distinção entre os documentos internacionais que versam sobre direitos humanos e aqueles que versam sobre outras matérias (tratados internacionais comuns).

Antes de um tratado adentrar no ordenamento interno, é importante classificá-lo como comum ou sobre direitos humanos, ainda que não haja nenhum procedimento objetivo que possibilite, de forma mecânica, separá-los. Para isso, João Hélio Pes afirma que os tratados de direitos humanos deverão englobar questões referentes aos seres humanos, que podem vir a ser considerados direitos fundamentais⁶⁵. Ainda, ele continua:

Há direitos já consolidados sob esse título, como há outros que estão por surgir como consequência do momento histórico atual, e é justamente na definição do que está por ser considerado como direitos humanos que se deve empregar critérios minuciosos, pois, para a identificação dos direitos humanos que vão surgindo de acordo com a evolução histórica do homem, faz necessária a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que sejam preservados a efetiva relevância e o prestígio dessas reivindicações e para que, efetivamente, correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universais⁶⁶.

A necessidade de se distinguir tratados de direitos humanos e tratados internacionais comuns centra-se no fato de que, pela relevância do tema que envolve a dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 excepciona, em parte, o procedimento geral acima

⁶⁴ LIMA, op. cit., p. 31.

⁶⁵ PES, op. cit., p. 80.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 80.

referido de incorporação de tratados, quando trata especificamente do ingresso, no ordenamento jurídico brasileiro, dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos⁶⁷. Para isso, há que se realizar um estudo hermenêutico dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Primeiramente, em relação ao parágrafo 1º do mencionado dispositivo, ele determina que as normas que definem direitos e garantias fundamentais (ou seja, que definem direitos considerados como inerentes ao homem) têm aplicação imediata. Por esta redação, alguns estudiosos, como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, defendem o princípio da aplicabilidade imediata destas normas, advogando que, por isso, não haveria necessidade de um decreto presidencial para que o tratado gerasse efeitos vinculantes. Porém, as maiores divergências giram em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Carta Magna.

Diz o parágrafo 2º que “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 seja parte”⁶⁸. Portanto, a Constituição Federal permite que se inclua entre os direitos protegidos por ela aqueles previstos pelos tratados de direitos humanos, alargando o seu rol. Nas palavras de Piovesan:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos⁶⁹.

Este dispositivo constitucional é chamado por grande parte dos doutrinadores de “cláusula de abertura constitucional”, uma vez que a interpretação de sua redação permite afirmar que o rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º abre-se para incluir, tantos quantos forem necessários, aqueles direitos garantidos nos documentos internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, leciona Mazzuoli:

De forma expressa, a Carta de 1988 atribui aos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto, o

⁶⁷ MAZZUOLI, op. cit.

⁶⁸ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov.2012.

⁶⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 52.

que justifica o *status* de norma constitucional que detém tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁰.

Ainda nesta monta, assevera Fábio Roberto Barbosa Silva:

Portanto, a Constituição de 1988 teve clara intenção de garantir à sociedade a aplicação mais abrangente dos direitos fundamentais individuais e coletivos já positivados e, ainda, dos não positivados em seu texto, já que com a incorporação de outros direitos fundamentais oriundos do Direito Internacional, estes passariam a gozar de status de norma constitucional, cuja aplicabilidade é imediata e tem caráter imperativo, como vimos acima⁷¹.

Para aqueles que defendem a abertura do rol de direitos fundamentais através do parágrafo 2º, além da justificativa com base na importância, tanto interna quanto externa, que alcançou os direitos do ser humano no ramo do Direito Internacional, ressalta-se que o próprio Direito Constitucional vem se reconfigurando em busca de uma maior proteção do ser humano, pois, como afirma Valéria Ribas do Nascimento, pelas “diversas crises enfrentadas pelo Estado Contemporâneo e à irrupção da ideia de globalização econômica, é necessário que se observem os direitos humanos por uma outra perspectiva de tempo e espaço”⁷².

Ainda mais divergente é a discussão em torno do parágrafo 3º - recentemente adicionado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, juntamente com o também recente parágrafo 4º do mesmo art. 5º - o qual prevê:

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 constitucionais⁷³.

Este dispositivo foi inserido com o objetivo de colocar termo às controvérsias sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos. Entretanto, na opinião de Valério Mazzuoli, trata-se de uma redação incongruente. Segundo ele, o parágrafo 3º, criando a possibilidade de serem os tratados de direitos humanos aprovados no Congresso através de maioria qualificada, induz à conclusão de que apenas essas convenções (e não todos os

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-24.

⁷¹ SILVA, Fábio Roberto Barbosa. A cláusula de abertura constitucional: os tratados internacionais como norma constitucional definidora de direitos e os novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces**. V. 43, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/claususa%20de%20abertura-tratados.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁷² NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011, p. 176.

⁷³ BRASIL, 1988.

documentos que versam sobre direitos humanos) teriam valor constitucional (defendido pelo autor). Assim, aqueles não fossem aprovados por essa maioria teriam (aparentemente) o valor de norma infraconstitucional⁷⁴. Do mesmo entendimento compartilham Cançado Trindade⁷⁵ e Flávia Piovesan⁷⁶.

Juntos, os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição suscitam uma questão de imensurável relevância para a temática dos direitos humanos no Brasil – e especialmente para este trabalho: a do valor hierárquico das normas de direitos humanos previstas nos tratados internacionais.

O problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro se mostra desde o surgimento dos primeiros documentos dessa natureza, e se estende até hoje, com uma indefinição por parte da jurisprudência e diversas teses e posições doutrinárias. Isto porque a importância por ele adquirida e a expansão do direito internacional – especialmente no ramo dos direitos humanos – para o âmbito interno dos países é uma questão delicada, principalmente pela ainda arraigada ideia de soberania dos Estados. Assim, o estabelecimento de um diálogo entre o direito interno e o Direito Internacional, ainda que se mostre necessário, enfrenta muitas dificuldades.

Se observarmos com atenção a evolução das Constituições brasileiras é possível perceber que nunca houve vontade do Constituinte brasileiro de se inserir qualquer disposição sobre a posição hierárquica do tratado internacional diante do Direito interno nos textos constitucionais. À ausência de dispositivos constitucionais, essa tarefa coube à doutrina e jurisprudência⁷⁷.

Em relação a um dos pontos de maior controvérsia no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a hierarquia dos tratados de direitos humanos, e sem ingressar no mérito das teorias filosóficas monista e dualista, tem-se que a doutrina atual divide-se entre quatro teses que esclarecem a posição das convenções sobre direitos humanos no direito brasileiro: a da equivalência entre elas e leis federais; a da supralegalidade mas infraconstitucionalidade, da constitucionalidade e da supraconstitucionalidade.

⁷⁴ MAZZUOLI, 2009, p. 30.

⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. V. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

⁷⁶ PIOVESAN, op. cit.

⁷⁷ LEITE, Simírame Pereira. **Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na Constituição de 1988 após a Emenda Constitucional nº. 45**. 2005. Monografia (mestrado). Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília/DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_77/ProducaoIntelectual/Monografia_SimirameLeite.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

A corrente que prega a equivalência entre os tratados de direitos humanos e as leis federais encontra-se, ao que tudo indica, superada, haja vista as opiniões da doutrina e os últimos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, do teor dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição e da própria relevância ímpar dos direitos humanos. O que se pode afirmar é que a equivalência hierárquica à lei federal apenas pode ser atribuída, hoje, aos tratados internacionais comuns, ou seja, aqueles que não versam sobre direitos humanos. Contudo, até mesmo estes tratados vêm ganhando força de norma supralegal e infraconstitucional. É a opinião de Flávia Piovesan, que sustenta que tal posicionamento se dá em consonância com o princípio da boa-fé (*pacta sunt servanda*) e com o art. 27 da Convenção de Viena⁷⁸. Da mesma forma, opinam Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli:

O Direito Internacional, como se sabe, é composto de normas sobre direitos humanos (DIDH) bem como de outras que não possuem esse caráter (tratados comerciais, v.g.). Conquanto a doutrina internacionalista entenda que quaisquer tratados têm, no mínimo, *status* supralegal (posição da qual também nos filiamos), o certo é que para o Supremo Tribunal Federal tais tratados (que não versam temas relacionados aos direitos humanos) não ultrapassam o nível da legislação ordinária no Brasil⁷⁹.

Além disso, Sérgio Lima, ao realizar uma interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b” da Constituição⁸⁰ e do art. 105, inciso III, alínea “a” deste mesmo diploma⁸¹, afirma que ambos “sugerem a equivalência hierárquica entre tratados e leis federais”, mas estão abaixo da Constituição, haja vista a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade destes documentos⁸².

De qualquer forma, este assunto ainda é bastante polêmico, mas, tendo em vista o foco do presente trabalho, não se faz necessário adentrar às suas minúcias.

A tese da supralegalidade e infraconstitucionalidade defende que os tratados de direitos humanos estariam entre as leis federais e a Constituição. Atualmente, é uma das mais defendidas pela doutrina, juntamente com a tese da constitucionalidade. O motivo da filiação

⁷⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 60.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito** – vol. XII, nº 15, ano 2009. p. 8. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/download/895/625>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁸⁰ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (...).*

⁸¹ Art. 105. *Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (...).*

⁸² LIMA, op. cit., p. 38-39.

a uma ou outra tese centra-se na interpretação, principalmente, dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988.

Para os estudiosos que defendem o valor supralegal dos tratados de direitos humanos – além dos tratados de direito tributário, os quais possuem esse valor hierárquico por força do art. 98 do CTN – os referidos documentos seriam assim inseridos no ordenamento brasileiro (com exceção, por óbvio, daqueles aprovados pela maioria qualificada prevista no parágrafo 3º, pois teriam, indubitavelmente, valor de emenda constitucional) devido especialmente ao julgamento de dezembro de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal.

Relativamente à tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, esta será melhor estudada no final deste trabalho, mas se pode dizer que é a que mais ganha adeptos na doutrina brasileira. O principal argumento de seus defensores – entre eles Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Sylvia Steiner, Luiz Flávio Gomes, etc. – é a interpretação do parágrafo 2º do art. 5º da CF/88, pois esta cláusula de abertura constitucional permite emparelhar os direitos humanos previstos em tratados internacionais com os direitos fundamentais constitucionais, o que levaria a conclusão de que aqueles também possuem nível constitucional. Neste sentido, Fernando Luiz Ximenes Rocha, citado por Sérgio Lima, afirma que os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais faz parte o Brasil recebem tratamento especial e são considerados como parte do elenco dos direitos constitucionais fundamentais⁸³.

Quanto à tese da supraconstitucionalidade – ou supranacionalidade – das normas de tratados de direitos humanos, os filiados a esta corrente afirmam que o *jus cogens* impõe direitos inderrogáveis, motivo pelo qual os tratados internacionais teriam supremacia sobre a ordem nacional⁸⁴. Ela não possui muitos adeptos na doutrina brasileira; porém, cabe ressaltar que tanto a doutrina estrangeira como a nacional já defenderam o *status* supraconstitucional, não sendo esta tese uma novidade. Sobre ela, afirmam Gomes e Mazzuoli:

Para alguns autores, como André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (convenção esta já aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, pelo Decreto Legislativo nº 496/09, mas ainda pendente de ratificação), ao dispor que “uma parte não pode invocar as disposições de seu *direito interno* para justificar o inadimplemento de um tratado”, teve a intenção de subordinar *todo o direito interno* dos Estados à observância dos tratados internacionais, inclusive as suas Constituições, dando “a todo o Direito Internacional convencional *grau supraconstitucional* na ordem interna dos Estados onde ela viesse a vigorar ou por ratificação ou como costume internacional”⁸⁵.

⁸³ LIMA, op. cit., p. 47.

⁸⁴ BONIFÁCIO, op. cit., p. 172.

⁸⁵ GOMES; MAZZUOLI, op. cit., p. 15.

Atualmente, as duas teses com maior número de adeptos é a da supralegalidade e infraconstitucionalidade e a da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Recentemente, no já mencionado Recurso Extraordinário 466.343/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008 pela Suprema Corte, os Ministros do STF travaram um embate jurídico inédito, no qual, de um lado, o Ministro Gilmar Mendes encabeçava a defesa pela supralegalidade, enquanto o Ministro Celso de Mello advogava pela equivalência a normas constitucionais desses documentos. O julgamento desse Recurso Extraordinário será mais profundamente analisado no capítulo seguinte, bem como assim serão analisados os votos dos membros da Corte.

2 O RE 466.343/SP E SEU IMPACTO NA QUESTÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Há décadas, do Supremo Tribunal Federal, através dos julgamentos de recursos e ações, era cobrado um posicionamento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos. Isto porque, envolvendo diretamente a supremacia da Constituição, a questão é de incumbência da mais alta Corte do país, a qual cabe a interpretação da Carta Magna e a solução de controvérsias e desencontros da legislação infraconstitucional frente a ela, inclusive dos tratados internacionais, consoante a redação do art. 102, inciso III, alínea “b” da Constituição.

Desde o início do século XX – com o surgimento das primeiras convenções internacionais – o entendimento do Pretório Excelso era no sentido de que o direito internacional tinha prevalência sobre o direito interno. Nesse sentido, são vários os julgados, até o ano de 1977, que estabelecem a prevalência dos tratados sobre as normas internas brasileiras. Entre eles, pode-se citar o Pedido de Extradicação nº 7 de 1913, a Apelação Cível nº 7.872 de 1943 e a Apelação Cível nº 9.587 de 1951. Nesta última, apenas a exemplo, discutia-se a aplicação de um tratado de comércio entre os Estados Unidos da América e o Brasil, em detrimento de um decreto-lei relativo ao Imposto de Consumo aplicado à importação de produtos por uma companhia de rádio – a Cia. Rádio Internacional do Brasil. Assim, questionava-se se o tratado é superior à lei interna, ao que foi confirmado que sim, e que o tratado revoga a lei, não podendo por ela ser revogado⁸⁶. Ressalte-se que este posicionamento se referia a todo e qualquer tratado de direito internacional, independente da matéria por ele regulada.

Entretanto, com o advento da Convenção de Viena de 1969 – mais especificamente de acordo com o seu art. 27, segundo o qual não cabe ao Estado invocar seu direito interno para o fim de descumprimento de um tratado internacional, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, em 1977, o STF passou a acolher o sistema que equipara juridicamente os documentos internacionais à lei federal. O recurso discutia a possibilidade de ação ordinária de cobrança contra avalista de título não levado à registro, à luz da Lei Uniforme de Genebra – um tratado internacional sobre letras de câmbio e notas promissórias,

⁸⁶ PES, op. cit., p. 110.

ou a sua impossibilidade, nos termos do Decreto-Lei nº 427/69, sendo este posterior ao documento internacional⁸⁷.

Desse modo, adotou-se o princípio que afirma que a norma posterior revoga a anterior com ela incompatível e, desde então, a despeito de todas as críticas doutrinárias, a tese da paridade entre tratado e lei interna é a adotada pelo STF. Nesta monta, observa Francisco Rezek:

De setembro de 1975 a junho de 1977, estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso extraordinário 80.004, em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça – não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional⁸⁸.

Ainda que amparada constitucionalmente, tendo em vista o art. 102, inciso III, alínea “b” da Carta Magna, esta tese de equiparação entre lei federal e os tratados é bastante criticada pela doutrina, que defende um tratamento supralegal a estes documentos, advogando, nesse sentido, que tal tese seria uma afronta ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da boa fé internacional, bem como uma interpretação em desconformidade com o art. 4º da Constituição Federal⁸⁹.

Mas e quanto aos tratados internacionais de direitos humanos? Pode-se dizer que a este gênero foi dado tratamento diferenciado após a edição da Constituição Federal de 1988, graças ao especial conteúdo de seu art. 5º, parágrafo 2º. Anteriormente, não se fazia a distinção entre os tratados comuns e os de direitos humanos, de modo que todos estavam incluídos na mesma tese de paridade entre eles e a lei federal que vinha prevalecendo no STF.

É a partir de 1988 que começam a surgir processos que demandavam a aplicação dos tratados de direitos humanos em âmbito constitucional. No ano de 1995 é que a Corte Maior foi provocada a analisar a questão, e, nesta oportunidade, no julgamento do *Habeas Corpus* 72.131, o Tribunal veio a confirmar a paridade do Pacto de São José da Costa Rica à lei federal, mantendo preso o devedor infiel, já que a prisão de depositário infiel, ainda que proibida pelo Pacto, era autorizada pela Constituição. Assim, afastou-se o *status*

⁸⁷ PES, op. cit., p. 111.

⁸⁸ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

⁸⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. (...)

constitucional do Pacto e se optou pela regra da especialidade – lei especial derroga lei geral. Em 2000, no julgamento do HC 79.785, o STF adota o mesmo posicionamento⁹⁰.

Portanto, percebe-se que, mesmo após a Constituição Federal e o conteúdo do parágrafo 2º do art. 5º - a cláusula de abertura – a Corte Suprema insistia na equiparação dos tratados internacionais às leis federais, ignorando a corrente que defendia o *status* constitucional desses documentos, a qual ganhava força entre os estudiosos, que criticavam severamente a posição do STF.

A argumentação crítica consistia na seguinte ideia: não deve prosperar a alegação de que conferir status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos significa possibilitar emendas à Constituição quanto às disposições mais benéficas ao cidadão. Em caso de um tratado elencar um direito de forma bem menos abrangente que a prevista pela Carta Magna, esta última deve ser aplicada. Dessa forma, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela expressos podem ser complementados por outros oriundos de tratados, não se pode imaginar que os últimos tenham hierarquia diferente dos primeiros⁹¹.

Entretanto, alguns julgados isolados do STF demonstram a tímida mudança de posição da Corte para considerar o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Entre eles, o RE 214.349/RJ, publicado em 1999 e de relatoria do Ministro Moreira Alves, cuja ementa diz o seguinte:

Recurso extraordinário. Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. - As questões relativas aos artigos 5º, II, 93, IX, e 178 da Constituição Federal não foram ventiladas na decisão recorrida, nem foram objeto de embargos de declaração, motivo por que lhes falta o indispensável prequestionamento (súmulas 282 e 356). Por outro lado, no tocante à alegação de ofensa ao artigo 5º, § 2º, da Constituição, ela não ocorre, porquanto esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, o que não é matéria objeto da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia no tocante à limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional. Recurso extraordinário não conhecido.⁹²

Porém, mesmo diante destes julgados e das convicções de alguns Ministros da Corte no sentido da constitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, até o ano de 2008, a posição do STF, de um modo geral, sempre foi a da paridade entre lei federal e tratado, incluindo os que versavam sobre direitos humanos. A adição do parágrafo 3º ao art. 5º⁹³ pela EC 45, em 2004, ao mesmo tempo em que acalmou os ânimos de muitos estudiosos, também

⁹⁰ PES, op. cit., p. 114.

⁹¹ Ibidem, p. 115-116.

⁹² ALBANO, op. cit.

⁹³ Art 5º [...] § 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

revoltou outros, chegando alguns a afirmar que o referido dispositivo era inconstitucional. Uma das críticas, feita por Mazzuoli, é que o citado dispositivo não faz qualquer menção ou ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo país antes do advento do parágrafo 3º, podendo interpretar-se no sentido de que os documentos já incorporados ao ordenamento brasileiro poderiam sofrer nova votação no Congresso e ser aprovados pelo quórum qualificado, mudando o anterior *status* hierárquico do documento⁹⁴.

O advento do parágrafo 3º, como se percebe, acirrou ainda mais a discussão entre os estudiosos da área. O impacto dessa inovação por ele trazida e a necessidade gritante de mudança e atualização da jurisprudência atingiram seu ápice no STF em 2008, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, iniciado em 2006.

2.1 O Supremo Tribunal Federal e dos tratados de direitos humanos: o RE 466.343/SP e a atual (in)definição sobre a hierarquia jurídica

A questão central discutida no RE 466.343 era a possibilidade de prisão civil nos casos de alienação fiduciária, que se equipararia à figura do depósito contratual. O recurso foi interposto pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento de recurso de apelação que havia confirmado a sentença que deu procedência à ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia. Assim, tanto em primeiro quanto em segundo grau, deixou-se de cominar ao devedor fiduciante a pena da prisão civil. Conjuntamente, foram julgados também, na mesma oportunidade, o HC 87.585-8/TO, o HC 92.566/SP e o RE 347.703/SC.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII, a prisão civil é proibida, com exceção de duas situações: para o devedor de alimentos e o depositário infiel. Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, parágrafo 7º⁹⁵) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 11⁹⁶) não permitem a prisão civil. O primeiro abre uma exceção apenas para os casos de dívida de alimentos, enquanto o segundo prevê a total impossibilidade de segregação pelo simples não cumprimento de uma obrigação contratual – que seria o caso do contrato de depósito.

⁹⁴ MAZZUOLI, 2009, p. 31.

⁹⁵ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁹⁶ Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Portanto, havia um conflito jurídico entre estas convenções internacionais e a Carta Magna brasileira. Era necessário decidir qual dos documentos – se os internacionais ou se o interno brasileiro – seria aplicável ao caso, ou seja, qual deles deveria prevalecer. Além disso, há que se notar que muitos defensores dos direitos humanos já vinham criticando a redação do dispositivo constitucional, advogando pela proibição da prisão civil no que tange ao depositário infiel e, deste modo, pela prevalência da disposição trazida pelo Pacto de São José e pelo Pacto da ONU. Neste sentido, manifesta-se João Hélio Pes:

Já a previsão de prisão do depositário infiel, mesmo a Constituição autorizando (formalmente) a possibilidade de legislação nesse sentido, contraria os postulados da dignidade humana, tanto da concepção jusnaturalista quanto da juspositivista. O princípio da dignidade da pessoa humana poderia ser afetado se no embate entre os princípios da liberdade e da propriedade prevalecer axiologicamente o interesse patrimonial, com a definição de que a pessoa devedora deve ter sacrificada a sua liberdade como forma de coação que atenda aos interesses do credor (detentor da pretensão patrimonial)⁹⁷.

Não cabe, neste trabalho, adentrar na discussão de natureza cível sobre o conceito de depositário infiel e sobre a possibilidade de ser o devedor fiduciante assim considerado, problema este que também esteve bastante presente no voto dos Ministros, juntamente com o tema do valor hierárquico dos tratados internacionais.

No entendimento de Flávia Piovesan, o Pretório Excelso foi unânime no sentido de conferir prevalência à liberdade em detrimento da propriedade, no que tange à prisão civil do depositário infiel, salientando a importância dos direitos humanos e restringindo, assim, este tipo de prisão apenas para a hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Também, os membros da Corte acordaram em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto daquele relativo aos tratados comuns⁹⁸.

Ocorre que, quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, as teses da supralegalidade e infraconstitucionalidade – ou simplesmente infraconstitucionalidade – e da constitucionalidade dividiram os Ministros, originando um embate jurídico bastante enriquecedor. Os votos dos membros da Corte – principalmente os dos Ministros Gilmar Mendes, principal defensor da tese da infraconstitucionalidade, e Celso de Mello, defensor do valor constitucional dos documentos – foram expostos de forma brilhante, explorando o tema em questão de maneira inédita no Plenário.

⁹⁷ PES, op.cit., p. 119.

⁹⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 77.

O julgamento do RE 466.343 teve início ainda em 2006, no mês de novembro, ocasião em que sete dos onze Ministros deram seus votos, começando pelo do Relator, Cezar Peluso. Porém, o acórdão apenas foi concluído em sessão plenária na data de 03 de dezembro de 2008, mais de dois anos após o seu início. Durante o julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence, que pertencia à Corte em 2006, deixou-a antes da conclusão, não havendo qualquer manifestação sua sobre as questões envolvidas no recurso. Assumiu seu lugar no Pretório o Ministro Menezes Direito, que então participou do restante do julgamento.

Abrindo a sessão plenária de 22 de novembro de 2006 e o julgamento do RE 466.343/SP, o Ministro Relator Cezar Peluso, ainda sem adentrar especificamente na discussão sobre o valor hierárquico dos tratados – inicia seu voto analisando os contratos de depósito e alienação fiduciária – ressalta a importância dos direitos humanos, entre eles o valor da liberdade, condenando qualquer interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal:

E é bom não esquecer que a “*garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidosos*”, nem que, desde GAIO, se reconhece que em todos os assuntos e circunstâncias a liberdade é que merece maior favor⁹⁹.

O Ministro desconstrói a possível igualdade jurídica entre a figura do depositário e do devedor fiduciante, e, desta forma, afirma que, “por dar pela ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José da Costa Rica”¹⁰⁰, uma vez que a questão já estaria solucionada apenas em uma primeira análise cível da figura do depositário infiel. Portanto, o Relator não chega a se posicionar, neste momento, por qualquer tese relativa à hierarquia dos documentos internacionais de direitos humanos. Porém, mais adiante, ao confirmar o seu voto, já na sessão de 03 de dezembro de 2008, Peluso inclina-se para a defesa da tese da constitucionalidade, já que assevera, ao afirmar que adere à posição do jurista Paulo Borba Casella, que “a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, é *ipso facto* materialmente constitucional”, e que os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição apenas diferem os tratados material constitucionais – aqueles sem *status* de emenda constitucional – e os materialmente e formalmente constitucionais¹⁰¹.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. **DJE**, Brasília, 05 de junho de 2009(a). p. 1123. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 1131.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 1305.

Logo em seguida, o voto do Ministro Gilmar Mendes volta-se quase que completamente ao tema. Ele inicia lembrando a importância e a necessidade de um exame da relação hierárquico-normativo entre os tratados internacionais e a Constituição, e salienta a existência das quatro correntes principais sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Ao comentar cada uma das teses, Gilmar Mendes começa afirmando que a tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, ora defendida na Corte pelo colega Celso de Mello não poderia adequar-se à realidade brasileira, vez que Estados como o Brasil “estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”¹⁰².

Quanto à tese da constitucionalidade desses documentos, o Ministro a critica, alegando que a EC 45/2004, ao acrescentar o parágrafo 3º ao art. 5º, fez que com que, por conta do conteúdo deste novo dispositivo, a sustentação doutrinária de equiparação dos tratados à Constituição perdesse a sua razão. Segundo ele:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais¹⁰³.

E continua:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico¹⁰⁴.

A partir desse comentário, o membro da Corte afasta, também, a atual aplicabilidade da tese da legalidade ordinária dos tratados do gênero – a qual, até aquele julgamento, era a posição do STF desde o julgamento do RE 80.004/SE, em 1977 – e clama pela evolução jurisprudencial do Supremo, passando a defender o *status* supralegal e infraconstitucional dos documentos sobre os direitos do ser humano.

De início, Gilmar Mendes ressalta que esta tese havia sido aventada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785/RJ, em 2000, e que já é o entendimento adotado pelas Constituições da Alemanha, da França e da Grécia¹⁰⁵. Continuando, o Ministro

¹⁰² BRASIL, 2009a, p. 1139.

¹⁰³ Ibidem, p. 1144.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 1144.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 1155.

defende seu posicionamento com base no efeito “paralisante” que teriam os tratados internacionais para com as leis internas brasileiras. Assim, ele esclarece:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969¹⁰⁶.

E finaliza a discussão acerca da temática afirmando que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, “não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”¹⁰⁷.

Ainda, relativamente à prevalência do valor da liberdade em detrimento do patrimônio do credor, Gilmar Mendes vai ao encontro do entendimento já exposto por Cezar Peluso:

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente¹⁰⁸.

E conclui sua explanação:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no 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 de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação¹⁰⁹.

¹⁰⁶ BRASIL, 2009a, p. 1161.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 1161.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 1170.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 1191.

Assim, o voto do Ministro Gilmar Mendes apoia a corrente da supralegalidade, mas infraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil. Germana Assunção Trindade, ao resumir o posicionamento do Ministro, critica-o:

A tese da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, fundamenta-se no fato de que equiparar tais tratados à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Ocorre que tal tese se mostra frágil, pois não é aceitável que se entenda que os tratados de direitos humanos estão hierarquicamente acima das leis ordinárias, pelo simples fato de dever se atribuir aos mesmos um valor especial¹¹⁰.

Na sequência do voto de Gilmar Mendes, a Ministra Carmem Lúcia apenas relembrou alguns pontos dos votos anteriores e fez alguns esclarecimentos. Entretanto, não adentrou na discussão sobre o valor hierárquico dos tratados de direitos humanos, sem demonstrar apreço por qualquer uma das correntes e acompanhando o voto do Relator.

Da mesma forma, o Ministro Ricardo Lewandowski foi breve em sua manifestação. Em que pese reconhecer o indiscutível avanço por parte da Corte no que tange à proteção dos direitos humanos em nível interno – graças à discussão do valor hierárquico trazido pelo Ministro Gilmar Mendes – Lewandowski não chega a se posicionar sobre o tema, e apenas, em sua conclusão segue o voto dos Ministros que o antecederam.

Por conseguinte, o membro da Corte Joaquim Barbosa, após manifestar concordância com o voto do Relator e negar provimento ao recurso, retoma a preocupação com os direitos humanos ventilada inicialmente pelo voto de Cezar Peluso ao dizer que “o que está em jogo aqui é a liberdade individual, talvez a mais preciosa das liberdades fundamentais do ser humano”¹¹¹. No que tange à discussão sobre o valor hierárquico dos tratados, Barbosa apenas assim expõe:

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo¹¹².

Assim, percebe-se que também ele não se posiciona de forma expressa por nenhuma das correntes, apenas ressalta que, em caso de antinomia jurídica entre normas que protegem

¹¹⁰ TRINDADE, Germana Assunção. A posição hierárquica do tratado à luz do STF. **Caderno de Estudos Ciência e Empresa**. Ano 06, n. 1, 1º de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.faeite.edu.br/revista/Prof.%20Germana.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹¹¹ BRASIL, 2009a, p. 1199-1200.

¹¹² Ibidem, p. 1201.

o ser humano, não importa a natureza do documento que os declara ou garanta, devendo optar-se por aquela mais favorável ao indivíduo.

O Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhando os demais colegas na denegação do recurso em análise, também não se delonga na questão da hierarquia jurídica dos documentos de direitos humanos. Nesta temática, o Ministro pende para a corrente de Gilmar Mendes, ao inferir que o Pacto de São José da Costa Rica tem sido “nesta Corte entendido que entra no direito brasileiro como norma supralegal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns”¹¹³, aludindo as palavras do colega antes proferidas em Plenário. Entretanto, ainda que tenha desconsiderado o *status* constitucional das normas de direitos humanos dos tratados, leciona Ayres Britto relativamente à lei ordinária que trata de direitos fundamentais do ser humano e sua dupla natureza, referindo que esta lei pode ser considerada “materialmente constitucional”, vez que trata de tema de tamanha nobreza, não podendo vir tal direito a sofrer retrocesso:

Ministro Gilmar Mendes, apenas me permito lembrar que, mais e mais, a doutrina adensa a opinião de que, quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza. Ela é ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente, daí a teoria da proibição do retrocesso¹¹⁴.

Com o último voto proferido na sessão plenária, o Ministro Marco Aurélio Mello reconhece o grande passo dado pela Corte quanto à evolução da jurisprudência naquela oportunidade, ratificando que sempre defendeu a proibição da prisão civil para o depositário infiel. Salienta, em relação aos tratados de direitos humanos – no caso, do Pacto de São José da Costa Rica – que este, uma vez subscrito pela Corte, fez com que a legislação regulamentadora do texto da Constituição sobre a prisão civil do depositário ficasse suplantada¹¹⁵. Também, acrescenta um comentário no sentido de se posicionar pela corrente da supralegalidade e infraconstitucionalidade desses documentos e de todos os outros do gênero, afastando a tese da constitucionalidade dessas normas, conforme se vê:

Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais¹¹⁶.

¹¹³ BRASIL, 2009a, p. 1205.

¹¹⁴ Ibidem, p. 1206.

¹¹⁵ Ibidem, p. 1208.

¹¹⁶ Ibidem, p. 1208.

O segundo momento do julgamento do RE 466.343 deu-se apenas em 2008, mais precisamente em 12 de março daquele ano. Após o pedido de vista, o Ministro Celso de Mello retoma as questões envolvidas no recurso já tratando do tema da hierarquia dos documentos internacionais dos direitos humanos.

O extenso mas bem fundamentado voto do Ministro Celso de Mello retoma o julgamento e, desde o início de sua manifestação, o Ministro defende a tese da constitucionalidade das normas dos tratados de direitos humanos, começando por salientar que, mesmo diante da previsão constitucional de possibilidade de prisão civil para o depositário infiel, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trazem expressa proibição da prisão para tal caso. E, a partir daí, delineia a importante missão lançada à Corte, para que esta permita a “prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”¹¹⁷.

Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs¹¹⁸.

Com uma breve retomada da função das Declarações de Direitos ao longo da História e da proteção de um dos mais importantes valores humanos – a liberdade individual – Celso de Mello relembra que o Direito Internacional Público passou a considerar a pessoa humana e sua dignidade como sujeito deste ramo, fortalecendo a proteção internacional desta, principalmente através das convenções sobre o tema.

Mais especificamente sobre a redação do dispositivo constitucional que abre a exceção da prisão civil para o depositário infiel, o Ministro afirma que, uma vez que não há lei veiculadora da disciplina – a regra do art. 5º, inciso LXVII não possui aplicabilidade direta – a decretação judicial da prisão civil não seria juridicamente viável, pois depende de intervenção de outra lei. Assim, ele afirma que as convenções internacionais que proíbem esse meio de coerção processual poderiam, juridicamente falando, restringir ou suprimir a prisão em tais casos, como efetivamente o fazem.

¹¹⁷ BRASIL, 2009a, p. 1217-1218.

¹¹⁸ Ibidem, p. 1218.

Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de “supralegalidade”, ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.

É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos – como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) -, ao limitarem a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, editada pelo Estado brasileiro.¹¹⁹

Ao longo de sua manifestação, o membro da Corte cita trechos do voto de alguns colegas, como o do Ministro Gilmar Mendes neste mesmo julgamento e o do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC 79.785/RJ, além de entendimentos doutrinários, a fim de consolidar sua posição pela prevalência dos tratados internacionais sobre as leis ordinárias brasileiras, contribuindo para a evolução jurisprudencial do STF. Logo após, porém, afirma que, além de supralegais, esses documentos possuem valor constitucional, deixando clara o seu entendimento quanto ao problema da hierarquia.

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – 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, celebradas 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 constitucionalidade¹²⁰.

João Hélio Ferreira Pes, ao tratar do voto do Ministro Celso de Mello, assim se manifesta com propriedade:

É de se ressaltar que o voto proferido pelo ministro Celso de Mello, em março de 2008, que alterando sua posição anterior sobre o tema, deixou de considerar a prisão civil por dívidas do depositário infiel uma exceção constitucional, passando a julgá-la inadmissível. Em seu voto, citando doutrinadores como Flávia Piovesan e Cançado Trindade, defendeu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais

¹¹⁹ BRASIL, 2009a, p. 1228-1229.

¹²⁰ Ibidem, p. 1234.

de direitos humanos, por força do §2º do art. 5º da Constituição Federal, aplicável, portanto, aos tratados de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tornando inconstitucional a prisão do depositário infiel. Ainda sobre o tema, invocou o disposto no art. 4º, inciso II, da Constituição, que prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para complementar a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem ter a proteção constitucional¹²¹.

Em resposta ao voto do colega, o Ministro Gilmar Mendes, discordando do entendimento de Celso de Mello, inferiu que a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos traz o risco de se produzir o que ele chama de “atomização de normas constitucionais”, gerando um quadro de insegurança jurídica, vez que essas normas, elencadas nos documentos internacionais, passariam a ser parâmetro de controle¹²².

O Ministro Menezes Direito, em voto-vista, reproduz, na íntegra, o mesmo voto por ele proferido no julgamento do HC 87.585/TO. Nele, o membro do STF faz várias alusões ao voto do colega Celso de Mello, evidenciando brilhantes passagens de seu pronunciamento. Porém, Menezes Direito posiciona-se no sentido dar às normas sobre direitos humanos constantes nos tratados um valor de hierarquia especial, hierarquia esta infraconstitucional, afastando, assim, a tese que equipara os documentos às normas constitucionais, conforme se vê:

Entendo, portanto, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do §3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional¹²³.

Ao final do julgamento, o Ministro e então Presidente naquela sessão, Gilmar Mendes, finaliza o julgamento do RE 466.343/SP e de outros três casos afirmando que o STF havia acabado de adotar, de forma inédita, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

O Ministro Eros Grau não emitiu voto quando do julgamento do RE 466.343 devido à sua licença na época. Entretanto, proferiu breve voto no HC 87.585-8, julgado de forma conjunta com aquele, posicionando-se, indubitavelmente, pela tese da constitucionalidade das normas de direitos humanos. Assim se manifesta, logo após o voto do colega Menezes Direito:

¹²¹ PES, op. cit., p. 125.

¹²² BRASIL, 2009a, p. 1266.

¹²³ Ibidem, p. 1303.

Apesar desse brilhantismo, quero fazer uma pequena observação no sentido de que – parece-me – esses tratados integram o chamado bloco de constitucionalidade. Faço-a única e exclusivamente porque cabe toma-los como parâmetro para o controle de constitucionalidade¹²⁴.

Da mesma forma, a Ministra Ellen Gracie apenas manifestou-se no julgamento do HC 87.585-8, e subscreveu, por inteiro, o voto proferido por Celso de Mello, adotando a tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à Constituição Federal:

Pedirei vênua, porém, ao Ministro Menezes Direito, cujo voto muito louvo, e aos colegas que o acompanham, para subscrever inteiramente aposição defendida originalmente pelo Ministro Celso de Mello, no seu brilhante voto proferido em março deste ano.

Tal qual sua Excelência, entendo que a exata aplicação do §2º do artigo 5º garante que esses tratados, no caso específico do Pacto de San José da Costa Rica, tenham efetivamente reconhecida a sua dignidade constitucional, ou seja, a sua integração naquilo que o Ministro Celso de Mello bem salienta e denomina de “bloco de constitucionalidade”. São direitos que, além de expressamente previstos na Constituição, integram-se a ele por compromisso nacional¹²⁵.

Da análise do histórico julgamento em questão, pode-se concluir que, em que pese a louvável discussão sobre a hierarquia desses documentos internacionais, haja vista a importância que os direitos humanos ocupam hoje entre os juristas do mundo inteiro, não se pode afirmar que houve efetiva definição quanto ao posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira a partir do julgamento do RE 466.343, ao contrário do que afirmam alguns estudiosos – até mesmo a própria assessoria de imprensa da Corte Maior no sítio oficial do órgão¹²⁶ – de que a tese da supralegalidade de Gilmar Mendes teria sido a vencedora, por cinco votos a quatro.

Isto porque, primeiramente, considerando o conteúdo dos votos de todos os Ministros que se manifestaram, apenas Gilmar Mendes, Ayres Britto, Marco Aurélio e Menezes Direito demonstraram afeição pela corrente sustentada pelo primeiro em Plenário. Por outro lado, Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e Cesar Peluso advogaram em favor do *status* constitucional das normas de direitos humanos elencadas em tratados internacionais. Os demais membros da Corte não foram expressos em concordar com Gilmar Mendes ou com Celso de Mello, e apenas manifestaram seu apoio à necessária evolução da Corte quanto à

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Habeas Corpus 87.585-8. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. **DJE**, Brasília, 26 de junho de 2009(b), p. 335. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 355.

¹²⁶ DIREITOS humanos evoluem na jurisprudência do STF referente à prisão civil de depositário infiel. STF, Brasília, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=100474>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

temática da hierarquia dos tratados, não escolhendo a tese que mais lhe apetece. Assim o fizeram Carmem Lúcia, Ricardo Lewandoswki e Joaquim Barbosa.

Portanto, uma vez que quatro Ministros da Corte sustentaram a ideia da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos, e outros quatro defenderam, na época, a supralegalidade mas infraconstitucionalidade dessas normas, não se pode afirmar, com base na interpretação dos votos dos membros da Corte, que houve uma maioria optante pela tese de Gilmar Mendes. Ou seja, através, única e exclusivamente, da análise dos votos dos Ministros, realizada neste trabalho, não é possível concluir que haja efetiva definição – e, portanto, não resta esgotada a discussão sobre a hierarquia dos tratados – pelo Supremo quanto ao valor hierárquico dessas normas. Para confirmar este entendimento aqui formulado – de que o julgamento não teve corrente vencedora –, mesmo diante de exaustiva pesquisa, não foi possível obter qualquer informação neste sentido, uma vez que poucos estudiosos aventuraram-se em uma análise mais minuciosa do julgamento, com uma observação pormenorizada dos votos.

Assim, dessa conclusão, retira-se que, tendo em vista o grande número de adeptos, na Corte Suprema, à corrente da constitucionalidade, e a não manifestação específica sobre a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos por parte de alguns membros, o Supremo Tribunal Federal está muito mais próximo do que se imagina de adotar, em seus julgamentos, a tese da constitucionalidade defendida principalmente por Celso de Mello, equiparando os tratados de direitos humanos às normas constitucionais, obedecendo, finalmente, a hermenêutica do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição.

De qualquer forma, não se pode deixar de dar crédito à vitoriosa decisão do Pretório Excelso neste julgamento, vez que, a partir dele, restou consolidada a acertada posição de que, independente de qualquer corrente vencedora, os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Nas palavras de Flávia Piovesan:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direito humanos um regime privilegiado o sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico¹²⁷.

Conforme se verá a seguir, a corrente que equipara as normas internacionais de direitos humanos às normas constitucionais é defendida, além de pelos membros do Supremo, por muitos doutrinadores afeitos à temática dos direitos humanos. E, tendo como seu principal

¹²⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 77.

alicerce a interpretação do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988, pode ser plenamente adotado e juridicamente aplicado ao direito brasileiro, que, então, irá aproximar-se ainda mais da tendência de proteção do ser humano por parte dos Estados, como já o fazem países como a Argentina, Holanda, França e Rússia¹²⁸.

2.2 O *status* constitucional dos tratados de direitos humanos: posicionamentos e críticas doutrinárias

Conforme se analisou, não se pode afirmar com absoluta propriedade que, a partir do julgamento do RE 466.343, o Supremo Tribunal Federal passará a posicionar os tratados internacionais de direitos humanos entre a Constituição e a lei ordinária, conferindo a estes documentos valor supralegal, mas infraconstitucional. Após a decisão, não houve mais nenhum caso na Suprema Corte brasileira que pudesse exigir uma manifestação desta quanto à temática e que pudesse vir a confirmar o efetivo novo posicionamento do STF.

Portanto, diante da possibilidade de se atribuir aos tratados de direitos humanos hierarquia de norma constitucional, principalmente devido ao crescente número de adeptos que esta corrente vem ganhando, cabe tecer, para encerrar o trabalho em andamento, algumas considerações a respeito da tese da hierarquia constitucional, bem como as razões pelas quais ela é juridicamente aplicável, considerando o direito brasileiro.

No seu voto, o Ministro Celso de Mello aponta vários argumentos em defesa da hierarquia constitucional das convenções sobre direitos humanos. Ainda no início de sua manifestação, o membro do Pretório Excelso exalta a função dos magistrados de respeitar e promover a efetivação dos direitos previstos tanto na Constituição quanto nos documentos internacionais, “em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”¹²⁹. Cumpre salientar, portanto, que o Ministro advoga pela cada vez maior abertura – na realidade, por um diálogo cada vez mais próximo – entre o direito interno e o direito constitucional em prol da proteção dos direitos humanos.

Ainda no que tange ao seu voto, Celso de Mello afirma que a própria Assembleia Nacional Constituinte de 1988, ao promulgar a Constituição, e atenta ao fenômeno da

¹²⁸ BRASIL, 2009a, p. 1262-1263.

¹²⁹ Ibidem, p. 1217-1218.

valorização do homem, proclamou como princípios fundamentais da nova ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II), além de outros institutos que garantem a proteção do ser humano¹³⁰.

Conforme já ressaltado, vai além de atribuir apenas ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos o *status* constitucional, uma vez que, no caso concreto do RE 466.343, estas convenções, prevalecendo sobre a norma interna, ocupariam a lacuna jurídica do regramento da aplicação da prisão civil e restringiriam a previsão da Carta Magna. Ele afirma, com propriedade, que todos os tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil devem ser, além de supralegais – e de preferidos frente às leis ordinárias –, equiparados às normas constitucionais. E, levando em conta tal posicionamento, salienta a existência de três situações diferentes em que se encontram as convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro:

(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 nosso 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*”).¹³¹

Na sequência, após a exposição deste entendimento, Celso de Mello faz alusão, de forma impecável, a alguns outros doutrinadores que compartilham de sua mesma posição.

Primeiramente, o jurista Francisco Rezek, ao escrever em momento anterior ao julgamento do RE 466.343 pelo Supremo, ressalta a relutância da jurisprudência brasileira em atribuir aos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos o nível constitucional:

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados

¹³⁰ BRASIL, 2009a, p. 1220.

¹³¹ Ibidem, p. 1237-1238.

na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim posta as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no quórum simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então – que parece impalatável – até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), frente ao texto da Convenção de São José da Costa Rica¹³².

Flávia Piovesan, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, refere que a Constituição de 1988 inova com o parágrafo 2º do seu art. 5º, haja vista, observando-se a redação deste dispositivo, ele incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos aqueles previstos em tratados internacionais ratificados pelo país. E complementa, sustentando o valor constitucional dos documentos:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional¹³³.

A autora ainda observa que, em favor da hierarquia constitucional das normas dos tratados sobre direitos humanos, outro argumento que se apresenta é a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Segundo Piovesan, a própria Carta de 1988 reconhece tal natureza através da previsão do art. 5º, parágrafo 2º, fazendo com que os direitos internacionais integrem o “bloco de constitucionalidade” e densificando a “cláusula de abertura constitucional”. Advoga:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo Texto Constitucional¹³⁴.

¹³² REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101-102.

¹³³ PIOVESAN, op. cit., p. 52.

¹³⁴ Ibidem, p. 55.

Ainda quanto a esta abertura da Constituição para a recepção das normas de direitos humanos – que possibilita o diálogo entre o direito interno e o direito internacional e, também, permite a equiparação das normas de tratados às normas da lei fundamental de um país – o célebre doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a tendência é o comprometimento dos Estados com os compromissos internacionais assumidos, valorizando o direito internacional e estabelecendo-se uma “*amizade com o direito internacional*, conducente, em último termo, à ideia de *Estado internacionalmente limitado*”¹³⁵. E acrescenta:

A ordem internacional e a ordem constitucional interna interactivamente abertas são ordens fundadas nos direitos humanos e nos direitos dos povos e daí as declarações universais e as convenções internacionais garantidoras dos direitos do homem ao lado dos catálogos de direitos fundamentais inseridos nas constituições internas¹³⁶.

Já Valério de Oliveira Mazzuoli, defensor da corrente da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos – e, de forma inédita, do controle jurisdicional de convencionalidade das leis –, mais recentemente, ao fazer uma análise do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, assim aduz:

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem¹³⁷.

Dessa forma, ele explica que a Carta de 1988, expressamente, reconhece os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro como fontes do sistema constitucional da proteção desse gênero de direitos. Nas palavras de Mazzuoli:

É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 370.

¹³⁷ MAZZUOLI, 2009, p. 22.

norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro¹³⁸.

Consoante o doutrinador, além dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Constituição de 1988 e entre esta e a edição da EC 45, em 2004, também são equivalentes às normas constitucionais os documentos ratificados pelo país depois da Emenda e os que ainda vierem a ser internalizados. Deste modo, o que o parágrafo 3º do art. 5º trouxe foi apenas dividir os tratados em *formalmente* constitucionais e *materialmente* constitucionais, porque para o estudioso, todos os documentos internacionais de proteção do ser humano, sem exceção, têm *status* constitucional. A diferença é que, aqueles que obedeceram ao quórum do parágrafo 3º, além de ter nível de norma constitucional, ainda serão equivalentes às emendas constitucionais¹³⁹.

É desta posição doutrinária que resultou o maior avanço do doutrinador relativamente a este assunto: o reconhecimento de que, uma vez que estes tratados – todos os que versam sobre direitos humanos – integram o chamado “bloco de constitucionalidade”, as normas de direito doméstico poderiam ser declaradas inválidas frente aos tratados ratificados pelo país, ou seja, essas normas poderiam sofrer um *controle de convencionalidade* por parte do Poder Judiciário. Tal mecanismo seria complementar ao já conhecido controle de constitucionalidade. Sobre ele, explica o autor:

O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional¹⁴⁰.

Entretanto, não cabe, no presente trabalho, embrenhar-se neste assunto específico, pois se corre o risco de fugir da ideia foco inicial.

Sobre a inclusão do parágrafo 3º do art. 5º e o nível hierárquico dos documentos internacionais sobre direitos humanos internalizados antes e depois dela, assevera o Ministro Celso de Mello, no final de seu voto:

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais

¹³⁸ MAZZUOLI, 2009, p. 23-24.

¹³⁹ Ibidem, p. 44-45.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 109.

convenções, o “*iter*” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*¹⁴¹.

Na mesma linha sustentada por Mazzuoli, Adriana Salgado Peters afirma que o parágrafo 3º, que teria sido incluído para encerrar as discussões acerca no valor hierárquico dos tratados, não alcançou tal desiderato, sendo ainda este dispositivo inconstitucional.

Afirma:

Destaque-se, porém, que o referido parágrafo não foi capaz de solucionar o problema de forma clara e simples, de modo a coadunar-se ao ordenamento, trazendo, assim, sérias incongruências ao sistema jurídico, como fora exposto. Portanto, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do art. 5º, §3º, da CF/88, sobretudo por permitir que o Poder Legislativo tenha discricionariedade para tratar de maneira distinta, normas de igual teor e fundamento, mister se faz interpretá-lo da forma mais condizente com a essência do ordenamento, ou seja, em congruência com o art. 5º, §1º e §2º, da CF/88, de modo que os requisitos formais previstos no recente parágrafo não obstaculizem a supremacia dos direitos humanos, conferida pela Carta Magna de 1988¹⁴².

João Hélio Ferreira Pes, compartilhando do entendimento do valor constitucional dos tratados de direitos humanos, ao tratar da temática do *status* hierárquico de todos os tratados internacionais, pondera:

A questão se impõe então é a seguinte: se os tratados internacionais em geral não possuem hierarquia constitucional quando incorporados ao Direito Brasileiro, qual o fundamento que permite dar aos tratados internacionais de direitos humanos esse tratamento?¹⁴³

Ao responder o questionamento, Ferreira Pes cita autores como Piovesan e Canotilho, os quais defendem a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais e afirmam que somente não o são formalmente pois estabelecidos por tratados ou leis ordinárias, e não pela própria Constituição, e assim, o parágrafo 2º do art. 5º seria uma

¹⁴¹ BRASIL, 2009a, p. 1263-1263.

¹⁴² PETERS, Adriana Salgado. A eficácia do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 234-235.

¹⁴³ PES, op. cit., p. 93.

cláusula aberta, protegendo, constitucionalmente, os direitos que materialmente já o são¹⁴⁴. E, então, conclui:

Em síntese, o caráter constitucional das normas oriundas de tratados protetivos de direitos humanos tem fundamento do §2º do artigo 5º que as eleva à categoria constitucional em virtude de já possuírem essa característica materialmente. A Constituição assume o conteúdo dessas normas, suprimindo suas faltas quanto ao requisito formal¹⁴⁵.

O estudioso Celso Lafer, aludido pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, possui a mesma opinião dos doutrinadores já citados – principalmente a de Rezek, acima colacionada – de que o parágrafo 2º do art. 5º foi interpretado, por alguns, como um dispositivo que, “a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna”¹⁴⁶. Mas, observa ele, e ao contrário do que entende Mazzuoli, o acréscimo do parágrafo 3º pela EC 45 conseguiu encerrar a discussão acerca da interpretação do parágrafo 2º, tendo definido a hierarquia dos tratados internalizados antes da Constituição Federal e depois da edição da EC 45. Entretanto, com relação aos documentos aos quais o Brasil aderiu no período entre o advento da Constituição e a EC 45 – a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica –, posiciona-se o autor:

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados [*aqueles recepcionados pelo Brasil entre a edição da Constituição e a da Emenda 45*] são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade¹⁴⁷.

¹⁴⁴ PES, op. cit., p. 94.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 94.

¹⁴⁶ BRASIL, 2009a, p. 1235.

¹⁴⁷ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 17.

O renomado jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, também aludido por Celso de Mello em seu voto, sustentando o nível constitucional das normas de direitos humanos previstas nos tratados internacionais, afirma que tal atribuição a esses documentos é uma tendência que já modificou a estrutura interna dos ordenamentos jurídicos de muitos países. Afirma também, especialmente graças à interpretação do dispositivo da “cláusula aberta constitucional”, que o Brasil também insere os tratados de direitos humanos por ele internalizados no mesmo nível da Carta Magna:

O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência das Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(1) e 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno¹⁴⁸.

Patrícia Cobianchi Figueiredo, em defesa da hierarquia constitucional, de forma bastante clara e organizada, desconstrói três argumentos utilizados pelos estudiosos para negar aplicabilidade à tese da constitucionalidade. Quanto à afirmação de que a disposição do art. 102, inciso III, alínea “b” da Constituição, por atribuir ao STF a competência para apreciar recurso extraordinário quando a decisão recorrida declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, equipara estes dois últimos, concedendo-lhes a mesma hierarquia, a autora ressalta a diferença entre tratados comuns e os que versam sobre direitos humanos, e clama por uma interpretação sistemática da Carta Magna– e não deste dispositivo isolado –, o que possibilitaria afirmar, então, que os documentos sobre direitos humanos têm tratamento diferenciado, sendo aquele dispositivo constitucional aplicado apenas para tratados comuns. Caso contrário, estaria se esvaziando o contido no comando específico de direitos fundamentais, deixando-lhe de aplicar a máxima efetividade possível¹⁴⁹.

¹⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. V. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 513.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico antes e após a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 193-194.

Em represália ao argumento de que o art. 5º, parágrafo 2º da Lei Maior não traz, de forma expressa, a hierarquia constitucional, Patrícia Figueiredo afirma que resta inadmissível uma interpretação literal do texto constitucional, devendo este dispositivo ser interpretado em consonância com os princípios do efeito integrador, da máxima efetividade, da harmonização prática e do princípio da força normativa da Constituição, “sempre tendo em vista que jamais se interpretam as normas constitucionais para restringir direitos”¹⁵⁰. Também, relativamente à última premissa de que os tratados internacionais são aprovados pelo Congresso pelo quórum simples, assim como as leis ordinárias, e por isso, atribuir àqueles outra hierarquia senão a infraconstitucional ofenderia a rigidez da Constituição brasileira também não procede. A autora afirma, principalmente, que a simples aprovação pelo Congresso – feito por meio de decreto legislativo – é apenas uma das fases do complexo procedimento de incorporação de um tratado, o qual não pode ser comparado com o processo legislativo da lei ordinária, não podendo confundir-se a edição do decreto legislativo com o tratado em si. Nas palavras da estudiosa:

Assim, a aprovação de tratados internacionais não se confunde com a aprovação de leis internas, porquanto é possível afirmar que nesse caso o Poder Legislativo está no exercício de sua função legiferante e naquele – expedição de decreto legislativo sobre tratados internacionais – está no exercício de sua função fiscalizadora, ou seja, a função de fiscalizar o Poder Executivo¹⁵¹.

Do exposto, portanto, percebe-se que a tese da constitucionalidade ganha cada vez mais adeptos, sendo muitos deles estudiosos de notável conhecimento jurídico, como Flávia Piovesan, Celso Lafer, Cançado Trindade e Valério Mazzuoli. Também, a adoção da tese que equipara as normas internacionais de direitos humanos às normas internacionais é perfeitamente possível, principalmente, entre outros argumentos, pela inteligência do parágrafo 2º do art. 5º interpretado em conjunto com outros princípios e dispositivos constitucionais que valorizam e dão primazia ao valor da dignidade humana. Portanto, o parágrafo em questão se mostra, de forma cristalina, uma cláusula que permite a inclusão das normas de direitos humanos no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Faz-se necessário ressaltar, contudo, que, neste trabalho, não se buscou esgotar os entendimentos de todos os autores defensores da tese, bem como seus argumentos em favor do *status* constitucional das normas de direitos humanos elencados em tratados, e sim apresentar alguns nomes e suas respectivas opiniões que embasam a sustentação da posição.

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, op. cit., p. 198.

¹⁵¹ Ibidem, p. 198-199.

CONCLUSÃO

De todo o exposto neste trabalho, pode-se perceber que a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro ainda se mostra uma questão polêmica. Isto porque, conforme aqui estudado, o teor dos votos do julgamento do RE 466.343/SP, que fez evoluir de forma inédita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à temática, não permite afirmar, com propriedade, que a nova tese adotada pela Corte é a da supralegalidade e infraconstitucionalidade, defendida principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes em Plenário. Dos onze Ministros membros do STF, ao passo que quatro deles sustentaram a tese referida, outros quatro manifestaram apoio à tese da constitucionalidade, equiparando-se as normas dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais, sendo que três deles não foram claros na escolha de uma delas.

Deste modo, diante dessas manifestações, não se consegue visualizar a prevalência da tese da supralegalidade e infraconstitucionalidade como vencedora no julgamento do recurso. Tal conclusão permite dizer que, caso outro processo semelhante ao que deu origem ao RE 466.343/SP – o qual envolva conflito entre uma norma constitucional e uma norma prevista em um tratado de direitos humanos, intimando o STF a solucionar a questão – não irá a Corte, de forma certa e inequívoca, atribuir à norma internacional *status* infraconstitucional.

A divisão praticamente igualitária dos Ministros durante o julgamento, tendo em vista que três deles apenas tangenciaram a questão hierárquica dos tratados e, também, quatro deles, hoje, já foram aposentados, dando lugar a novos membros, mostra que o debate ainda não está completamente finalizado. É bastante possível que, chamada a se manifestar novamente, o STF, evoluindo ainda mais em seu entendimento, atribua aos documentos internacionais o *status* de norma constitucional, incluindo, de forma efetiva, as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos no “bloco de constitucionalidade” e confirmando o alargamento do rol de direitos fundamentais, já previsto pelo parágrafo 2º do art. 5º desde 1988.

Além disso, o estudo realizado sobre a tese de constitucionalidade no trabalho demonstrou que os óbices para se adotar tal entendimento para os tratados internacionais de direitos humanos não convencem, estando as premissas que sustentam a equiparação destes documentos às normas constitucionais plenamente de acordo com a interpretação sistêmica da Constituição Federal e, mais ainda, com os princípios e orientações do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O que se quer demonstrar aqui não é a incoerência pela escolha da tese sustentada por Gilmar Mendes, nem mesmo a vitória, no julgamento do RE 466.343/SP, da tese de constitucionalidade, mas sim, pretendeu-se comprovar – e com êxito – que a equiparação dos tratados de direitos humanos às normas da Constituição é uma forte tendência não apenas da doutrina, mas também da própria Corte que resguarda e interpreta a Constituição brasileira. E mencionada equiparação não é apenas a equiparação formal, prevista pelo art. 5º, parágrafo 3º, inserido recentemente pela EC 45, de 2004, exigindo-se o quórum de três quintos para, então, conceder ao tratado o *status* de emenda constitucional; trata-se da equiparação material, haja vista a dignidade e os direitos inerentes aos seres humanos possuírem tal natureza por força do parágrafo 2º do art. 5º, que, conforme já dito, abre o rol dos direitos fundamentais constitucionais para incluir aqueles elencados em tratados.

A partir disso, pode-se anunciar o surgimento e fortalecimento de uma nova interpretação da Constituição, mais preocupada com a efetivação da proteção dos direitos do ser humano, e que, para isso, dialoga, de forma cada vez mais próxima, com o direito internacional, principalmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, viabilizando, assim, mais mecanismos de proteção desse gênero de direitos.

A exemplo do grande avanço dado pelo STF no julgamento de RE 466.343/SP, em dezembro de 2008, espera-se – e, além disso, acredita-se – que os membros da Corte, muito em breve, deem mais um passo adiante na longa caminhada rumo à plena garantia dos direitos humanos para todos. Assim, espera-se que a Corte decida fazendo jus à verdadeira interpretação do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, em consonância com os demais dispositivos e princípios da Lei Maior do Estado brasileiro, elevando, assim, e finalmente, as normas internacionais de direitos humanos ao patamar constitucional, atribuindo-lhe o valor máximo que uma norma possui no ordenamento jurídico do país.

A hierarquia dos tratados de direitos humanos trata-se de um tema que instiga a renovação: se o próprio Estado Constitucional clássico já não consegue lidar e formular respostas para as questões de forma tradicional, por meio de suas teorias e de seu conjunto de normas fechado, o julgamento estudado mostra que é preciso revisitar as vetustas fórmulas interpretativas e que o conceito de segurança e o controle perfeito das situações já não é mais possível.

Portanto, espera-se da Suprema Corte brasileira que seja dado sentido de contemporaneidade à Constituição para que o corpo constitucional possa acompanhar as mudanças sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais, fazendo com que, nas palavras do próprio membro da Corte, Ministro Celso de Mello, “o estatuto fundamental não se

desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo”¹⁵².

¹⁵² BRASIL, 2009a, p. 1252-1253.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Wladimir Mattos. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Decisões do Supremo Tribunal Federal** – Parte II. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 28 Fev. 2010. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/131233. Acesso em: 20 nov. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O juiz, a Constituição e os direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. **DJE**, Brasília, 05 de junho de 2009(a). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Habeas Corpus 87.585-8/TO. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. **DJE**, Brasília, 26 de junho de 2009(b). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão**. Ijuí: Unijuí, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Sérgio Reis. **A teoria dos direitos humanos e a jurisdição penal internacional: uma análise de seus fundamentos históricos, filosóficos e de sua interrelação**. In: XVI CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/coelho_teorias_dh_juris_penal.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORRÊA, Marcos Gomes José. Direitos Humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIREITOS humanos evoluem na jurisprudência do STF referente à prisão civil de depositário infiel. STF, Brasília, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=100474>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia**. 16 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0611.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico antes e após a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito** – vol. XII, nº 15, ano 2009. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/download/895/625>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

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

LEAL, Roberto Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Simírame Pereira. **Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na Constituição de 1988 após a Emenda Constitucional nº. 45**. 2005. Monografia (mestrado). Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília/DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_77/ProducaoIntelectual/Monografia_SimirameLeite.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados internacionais no Brasil e integração**. São Paulo: LTr, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos: estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011.

PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Unijuí, 2010.

PETERS, Adriana Salgado. A eficácia do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RICARDO, Carolina de Mattos. Reflexões kantianas na construção histórica dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito internacional público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Fábio Roberto Barbosa Silva. A cláusula de abertura constitucional: os tratados internacionais como norma constitucional definidora de direitos e os novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces**. V. 43, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/claususa%20de%20abertura-tratados.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. V. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

TRINDADE, Germana Assunção. A posição hierárquica do tratado à luz do STF. **Caderno de Estudos Ciência e Empresa**. Ano 06, n. 1, 1º de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Germana.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.