

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - COGEAE

LUIZ DELFIM QUEIROZ MACEDO NETTO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS**

SÃO PAULO

2016

LUIZ DELFIM QUEIROZ MACEDO NETTO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS**

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE – como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientadora: Prof.^a Mônica de Melo.

SÃO PAULO

2016

LUIZ DELFIM QUEIROZ MACEDO NETTO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – COGEAE – como requisito parcial para
obtenção do título de especialista.

Aprovada para protocolo em 13 de outubro de 2016.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

À Luiz e Patrícia, que me deram a vida.

À André, Lucas e Eduardo, estimados irmãos, pela sincera amizade.

“Quem é como o Senhor, nosso Deus, que habita nas alturas; que se curva para ver o que está nos céus e na terra? ”

Salmo 113:5

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	8
2.1 Conceitos Básicos	8
2.2 O desenvolvimento do constitucionalismo e a institucionalização dos direitos humanos fundamentais	8
2.3 Constitucionalismo contemporâneo e a Constituição brasileira de 1988	11
3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	14
3.1 Breve consideração sobre os tratados internacionais	14
3.2 Processo de formação dos tratados	15
3.3 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos	18
3.4 Da decisão proferida no RE 466.343 e a prisão de depositário infiel	27
3.5 Controle de convencionalidade no direito brasileiro	28
4 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio teórico é analisar a disciplina constitucional conferida aos tratados internacionais de direitos humanos, e avaliar o impacto jurídico desses instrumentos no Direito interno brasileiro. Vale dizer, pretende-se com este trabalho estudar a relação estabelecida entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos, apontando os debates doutrinários e jurisprudenciais que surgiram sobre o assunto.

Como o tema demanda interpretação de alguns dispositivos constitucionais, importante a análise de aspectos históricos, principalmente sobre a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. Afinal, como leciona Alexandre de Moraes (2008, p. 15) “somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontra o melhor sentido da norma jurídica”.

O primeiro passo, portanto, será investigar as evoluções do movimento do constitucionalismo, bem como o processo de institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, apontando o momento em que os diplomas internacionais passaram a repercutir com maior intensidade nos planos jurídicos internos. O esforço histórico demonstrará, a propósito, que a nova feição do Direito Constitucional ocidental, notadamente marcada por textos constitucionais abertos a princípios, com ênfase aos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, influenciou diretamente na Carta de 1988.

Então, será analisada a disciplina constitucional conferida aos tratados internacionais de direitos humanos, e o impacto jurídico desses instrumentos no Direito interno brasileiro. Com breves considerações sobre significado jurídico desses instrumentos, serão estudadas as inovações trazidas pelo Texto Constitucional, e os debates estabelecidos entre doutrinadores e tribunais brasileiros. Verificar-se-á, sobretudo, debate relacionado ao valor hierárquico dos tratados internacionais, baseado em duas teses principais: a força constitucional dos acordos relacionados à direitos humanos, ou *status* de norma infraconstitucional, mas supralegal.

Para demonstrar a repercussão dessas discussões, e a importância desta análise, o trabalho analisará hipóteses de conflito entre normas constitucionais e dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente através de julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n.

466.343 – o julgado apontará as teses suscitadas sobre a hierarquia dos tratados, e o atual posicionamento da Suprema Corte brasileira.

Em poucas palavras, o objetivo deste trabalho é anotar os debates que surgiram sobre os tratados internacionais de direitos humanos após a Constituição Federal de 1988, e apontar os efeitos da discussão na aplicação do direito brasileiro.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceitos Básicos

Ao escrever sobre a teoria dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides (2004, p. 560) faz a seguinte pergunta: “podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?” E ressalta que tem visto o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica.

José Afonso da Silva (2011, p. 175), conceituando direitos fundamentais observa que

a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Todavia o referido autor - José Afonso da Silva (2011, p. 176) - diferencia as expressões “direitos naturais” e “direitos humanos” destacando que direitos naturais diziam-se por entender que se tratava de direitos inerentes a natureza do homem; ao passo que direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais.

Por sua vez, Carl Schmitt *apud* Paulo Bonavides (2004, p. 561) forma um outro conceito para a expressão direitos fundamentais. Segundo Schmitt, direitos fundamentais são todos os direitos e garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Além disso, são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelos menos de mudança dificultada.

2.2 O desenvolvimento do constitucionalismo e a institucionalização dos direitos humanos fundamentais

Para entender a importância dos tratados internacionais de direitos humanos no plano jurídico nacional, e alcançar o principal objetivo deste trabalho, faz-se necessário analisar o desenvolvimento do constitucionalismo, e verificar em que

cenário surgiu a Constituição Federal de 1988 – análise que pode auxiliar na interpretação de alguns dispositivos constitucionais, e revelar a verdadeira intenção do constituinte em determinados casos.

Como o objetivo é elaborar estudo resumido, e formar pano de fundo para os capítulos seguintes, adotar-se-á como ponto de partida as primeiras Constituições dos Estados Unidos e da França, redigidas respectivamente em 1787 e 1791.

A despeito da repercussão política das primeiras Constituições escritas, no final do século XVIII, o tratamento jurídico das relações humanas seguiu orientação doutrinária privatista e patrimonialista que levou à predominância do Direito Civil, que se consolidou com a publicação do Código Civil francês, em 1804. Como leciona Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 309),

a Constituição teve um alcance jurídico muito limitado durante o século XIX, sendo concebida como uma espécie de código de ordem pública, no qual se definia a organização básica do governo e se fixavam as regras para sua atuação. O papel mais relevante da Constituição era a fixação de estritos limites para a atuação do Estado.

No final do século XIX, entretanto, com o desenvolvimento da industrialização e o crescimento das populações urbanas, começou a ganhar importância e ter influência prática o reconhecimento de que o Estado deveria ter um papel mais positivo em algumas áreas das atividades humanas com influência em toda a sociedade. Observou-se, por exemplo, que pela impossibilidade de pagar pelos serviços de saúde, os pobres não recebiam cuidados e suas doenças se espalhavam por toda a sociedade.

No início do século XX as reivindicações sociais ganham maior força, ampliando o reconhecimento de que o Estado deveria ter um papel ativo na sociedade, devendo ultrapassar o *status* de Estado vigilante. E como leciona Dalmo Dallari (2010, p. 311), “é então que surge e se desenvolve um novo constitucionalismo”.

Afinal, aceitando a necessidade de um papel mais ativo do Estado, era preciso definir suas novas atribuições, o que deveria ser feito na Constituição, por sua condição de código da ordem pública. Assim, destaca-se neste período o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional que vai estar a par das novas constituições, tendo excepcional importância a contribuição de Hans Kelsen, especialmente no tocante a sua teoria inovadora, denominada pelos teóricos do direito de “teoria normativista”, que dava à Constituição a supremacia da ordem jurídica.

Um dos traços desse “novo constitucionalismo” foi o surgimento de Constituições que, além dos direitos individuais, institucionalizavam também os direitos sociais, reconhecidos como verdadeiros direitos e por isso merecedores da mesma proteção.

Paralelamente, organizações, nos planos nacional e internacional, começam a surgir para buscar uma ordem social mais justa, longe dos desníveis e discriminações de fundo econômico e social que geravam tantos conflitos. Neste sentido foram criadas a Sociedade das Nações, em 1919, que durou formalmente até 1946, e a Organização Internacional do Trabalho, que continua existindo e tem sede em Genebra.

No entanto, esse período não foi marcado apenas pelas muitas inovações importantes e benéficas introduzidas na ordem constitucional de muitos Estados. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 312), observa que “a instabilidade decorrente do desmoronamento das antigas potências políticas e do crescimento da mobilização pelos direitos sociais favoreceu o surto de ambições de poder e a exploração demagógica das propostas de justiça social”. Tiveram mais expressão o nazismo, na Alemanha, e o fascismo, na Itália, que depois celebram aliança com o Japão, desencadeando a segunda guerra mundial, com trágicas consequências para a humanidade.

Com o fim da segunda guerra mundial, em 1945, derrotadas as potências que a tinham desencadeado, iniciou-se um novo movimento, buscando a instauração de uma ordem mais justa no mundo, capaz de proporcionar paz e segurança. Criou-se, então, em 1946, a Organização das Nações Unidas, que desde logo proclamou a prioridade da pessoa humana na escala de valores, sem qualquer espécie de discriminação. Aliás, tal entendimento ficou consignado no artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Ao mesmo tempo, foram dados passos importantes no sentido da efetivação dos direitos humanos. A título de exemplo, ainda no ano 1946, no âmbito da ONU, foi criada a Organização Mundial de Saúde, o que já deixava evidente a superação, pelo menos em parte, da noção individualista dos direitos, e a preocupação com a criação de mecanismos institucionais que dessem apoio à efetivação dos direitos sociais.

Em seguida, começou-se a discutir sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, havendo profundas divergências entre os Estados: de um lado, Estados

capitalistas mais poderosos, que só reconheciam os direitos individuais; de outro, Estados de diferentes orientações políticas, inspirados pelos valores do humanismo, que propugnavam pela garantia, também, dos direitos sociais. Finalmente, não tendo havido acordo, em 1966 a ONU aprovou dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos: o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, restando aberta aos Estados a adoção a eles.

A partir de então o constitucionalismo ganha um novo perfil, tal seja, um constitucionalismo orientado por valores humanistas, que reconhece e garante direitos fundamentais a todos os seres humanos, sem qualquer espécie de discriminação e sem excluir qualquer direito fundamental, considerando o ser humano tanto em sua dimensão individual quanto social. Nessa visão humanista, tudo o que se refere às características naturais da pessoa humana, seus valores fundamentais, à satisfação de suas necessidades e ao desenvolvimento de suas potencialidades, integram a noção de dignidade humana e deve ter garantia jurídica. E o instrumento jurídico básico para garantia desses direitos é a Constituição.

Uma consequência dessas inovações, como adverte Pietro Sanchis, citado por Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 315), é que a Constituição aparece com um denso “conteúdo material composto de valores, princípios, direitos fundamentais, diretrizes para os poderes públicos etc., de modo que é difícil conceber um problema jurídico medianamente sério que não encontre alguma orientação no texto constitucional”.

Verifica-se, portanto, que essa nova concepção da Constituição representou um grande avanço no sentido da correção de injustiças e da proteção da dignidade humana.

2.3 Constitucionalismo contemporâneo e a Constituição brasileira de 1988

Com o esboço histórico apresentado no item anterior, verifica-se que a Carta de 1988 nasceu numa época em que o Direito Constitucional ocidental apresentava feição marcada por textos constitucionais abertos a princípios, com ênfase aos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos.

Conhecendo características gerais do constitucionalismo contemporâneo, importa agora delinear traços específicos da Constituição brasileira de 1988, para

posteriormente avaliar sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos.

De acordo com Flávia Piovesan (2012, p. 80), com diversas inovações no campo dos direitos e garantias fundamentais, o Texto de 1988 apresenta-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos na história do país, e uma das mais avançadas Constituições do mundo no que tange ao assunto.

Apoiando-se no princípio da dignidade humana como valor essencial, a Carta de 1988 acaba projetando feição particular. Afinal, a dignidade humana apresenta-se como norma orientadora do constitucionalismo contemporâneo, e um verdadeiro superprincípio constitucional. Como atenta Flávia Piovesan (2012, p. 80) o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais constituem princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Paulo Bonavides (2001, p. 233) também ressalta a importância do valor da dignidade da pessoa humana para a ordem constitucional atual: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Além disso, o texto de 1988 inova ao incluir como direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais que se encontravam dispersos no âmbito da ordem econômica e social. A Constituição, portanto, abraça orientação importante, de que não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

O Autor Jorge de Miranda (1991, p. 166) afirma que

a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Assim é que, a Constituição vem a concretizar a concepção de que os direitos e garantias fundamentais são, assim, dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

3.1 Breve consideração sobre os tratados internacionais

Antes de verificar a disciplina constitucional conferida aos tratados internacionais de direitos humanos, faz-se necessário estudar o significado jurídico dos tratados internacionais em geral, delineando conceitos e procedimentos de formação – pelo menos em abordagem sucinta, segundo orientação de Flávia Piovesan (2010, p. 43), já que este subtítulo está baseado em obra publicada pela referida autora. São considerações oportunamente relevantes, pois auxiliam no estudo do impacto desses instrumentos no Direito interno brasileiro.

Na lição de Louis Henkin, citado pela referida autora (2010, p. 43), o termo “tratado” geralmente é usado para apontar acordos obrigatórios, entabulados entre sujeitos de Direito Internacional, e regulados pelo próprio Direito Internacional. De acordo com o autor, outras expressões também são usadas. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou Acordo Internacional.

Com o crescente positivismo internacional os tratados se tornaram uma das principais fontes de obrigação do Direito Internacional, e a necessidade de disciplinar e regular seu processo de formação resultou na elaboração da Convenção de Viena.

Concluída em 1969, a referida convenção apresentou função importante no plano internacional, servindo como a Lei dos Tratados. No entanto, se deteve apenas aos acordos celebrados entre Estados, deixando de abordar aqueles dos quais participam as organizações internacionais. Assim, inserido está no artigo 2º da Convenção de Viena, que “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional”.

Nesse sentido, preleciona Arnaldo Sussekind (1983, p. 38):

a convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados conceitua tratado como o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular.

A propósito, como o objetivo deste subtítulo é apresentar abordagem breve sobre os tratados, apenas para desenhar pano de fundo para estudo do impacto

desses instrumentos no Direito interno, esta análise ficará restrita aos acordos celebrados entre Estados – estratégia também usada por Flávia Piovesan (2010, p. 43).

Pois bem. Considerando as regras estabelecidas pela referida convenção, tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, pois expressamente consentiram em sua adoção. Não podem, portanto, criar obrigações para os Estados que neles não consentiram. Essa é a orientação do artigo 26 da Convenção de Viena: “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

O aludido dispositivo consagra princípio importante, que vincula os Estados às regras estabelecidas no tratado, já que no exercício de sua soberania contraíram obrigações no plano internacional. Como atenta Flávia Piovesan (2010, p. 45):

Consagra-se, assim, o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional. Enfatize-se que os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência de consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU.

Por fim, é permitido ao Estado formular reservas, notadamente realizando declaração unilateral em momento oportuno, normalmente no limiar do acordo (assinatura, ratificação, adesão etc), com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado. Por certo, são inadmissíveis as reservas que se mostrem incompatíveis com o propósito do tratado, consoante art. 19 da Convenção de Viena.

3.2 Processo de formação dos tratados

Como a sistemática de celebração dos tratados é deixada a critério de cada Estado, as exigências constitucionais relacionadas ao seu processo de formação variam significativamente.

De forma geral, o processo é inaugurado pelo Poder Executivo, com atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que traduzem apenas um aceite

precário e provisório, sem efeitos jurídicos vinculantes. Como preleciona Flávia Piovesan (2010, p. 47), o ato da assinatura indica mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado, demonstrando tão somente que o acordo é autêntico e definitivo. O segundo passo, é a apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Aprovado, o tratado retorna ao Poder Executivo para a ratificação, que significa a subsequente confirmação formal do Estado – o aceite definitivo, pelo qual se obriga ao tratado no plano internacional. Como etapa final, o instrumento de ratificação deve ser depositado em um órgão que assuma a sua custódia, segundo lição de Flávia Piovesan (2010, p. 48):

A ratificação é, pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno. Como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento – por exemplo, na hipótese de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação deve ser depositado na própria ONU; se o instrumento for âmbito regional interamericano, deve ser depositado na OEA.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece procedimento semelhante, baseado em ato complexo, que demanda deliberação tanto do Presidente da República e como do Congresso Nacional. O processo delineado no texto constitucional menciona competência privativa do Presidente para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas exige aprovação do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo – a deliberação do Parlamento resultará na edição de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal.

Nesse sentido, o tratado é celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Parlamento mediante decreto legislativo, e ratificado pelo Presidente da República, que providencia o depósito do respectivo instrumento de ratificação, consoante procedimento estabelecido pelo artigo 84, inciso VI, e artigo 49, inciso I, da Carta de 1988.

De acordo com Flávia Piovesan (2010, p. 49), que analisou o histórico das constituições anteriores, o Direito brasileiro sempre exigiu a colaboração entre Executivo e Legislativo para a conclusão de tratados internacionais.

A propósito, essa sistemática de cooperação entre os poderes Executivo e Legislativo é analisada por grande parte da doutrina, com considerações interessantes. Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 168), por exemplo, analisa os dispositivos constitucionais e descreve as etapas para aperfeiçoamento dos tratados:

Ao contrário do sistema adotado na Alemanha, o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. Tal como observado, o decreto legislativo contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio do decreto do Chefe do Executivo recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.

Louis Henkin, citado por Flávia Piovesan (2010, p. 50), associa essa sistemática à autêntica expressão do constitucionalismo, e importante instrumento de descentralização de poder, que sem dúvidas previne diversos abusos:

Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente se estabelece a sistemática de “checks and balances”. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de “checks and balances” talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia.

No entanto, o sistema apresentado pela Constituição Federal de 1988 também apresenta falhas e lacunas importantes. Não prevê, por exemplo, prazos para que o Presidente da República encaminhe o tratado assinado ao Congresso Nacional, tampouco para que o Parlamento aprove o acordo com o respectivo decreto legislativo. Como atenta Flávia Piovesan (2010, p. 50), essa sistemática estabelecida com ampla discricionariedade aos poderes Executivo e Legislativo, representa imperfeição relevante, pois acaba por contribuir com afrontas ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. Exemplo disso é o emblemático caso da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e

encaminhada à apreciação do Congresso Nacional muitos anos depois, apenas em 1992.

3.3 A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

O estudo da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos demanda análise de debate doutrinário e jurisprudencial, instalado entre juristas brasileiros antes mesmo da conhecida emenda constitucional nº 45 de 2004, que de certa forma apresentou orientação sobre o assunto.

Antes da referida emenda, as discussões sobre o posicionamento dos tratados internacionais de direitos humanos observavam alguns dispositivos constitucionais, oferecendo desdobramentos interessantes. O debate concentrava-se especialmente sobre o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que apresentava disposição inédita, com consideração importante sobre os tratados internacionais.

Após extensa Declaração de Direitos, a Carta de 1988 havia consagrado de forma inédita que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluía outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizesse parte (art. 5º, §2º) - a Constituição Federal de 1988 apresentava inovação ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Pois bem. Diante da novidade do parágrafo 2º, correntes doutrinárias e jurisprudenciais surgiram no cenário brasileiro, com interpretações diferentes a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Com os olhos voltados para o referido dispositivo constitucional, parte da doutrina desenvolveu raciocínio que conferia aos tratados de direitos humanos hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – dentre os quais Flávia Piovesan, Augusto Cançado Trindade e Valério Mazzuoli. De acordo com esse grupo, o dispositivo em comento (art. 5º, §2º da CF) devia ser interpretado segundo as características da nova ordem constitucional, notadamente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Na lição de Flavia Piovesan (2010, p.52)

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 direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Para corroborar a tese, afirmava-se também a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, neste caso, assumida expressamente pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, § 2º. Flávia Piovesan (2010, p. 55), por exemplo, lecionava que a Carta evidenciava o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais – mesmo enunciados sob a forma de tratado internacional, a Constituição lhes conferia valor de norma constitucional, uma vez que preenchiam o catálogo de direitos constitucionais:

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 previsto pelo Texto Constitucional.

Em favor da hierarquia constitucional dos tratados internacionais, somava-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, por certo, inspirados nas lições de Jorge Miranda (1991, p. 660): “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”.

Segundo os autores dessa corrente doutrinária, conferir-se-ia efetividade máxima aos princípios constitucionais, especialmente ao princípio do art. 5º, §2º da Constituição Federal, entendendo-se que os direitos enunciados em tratados internacionais passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

A propósito, analisando o aludido dispositivo constitucional (art. 5º, § 2º) Flávia Piovesan (2010, p. 58) organizou os direitos previstos na constituição em três grupos distintos: a) os dos direitos expressos na Constituição; b) os dos direitos implícitos,

decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

A referida autora (2011, p. 228) resume a corrente doutrinária da seguinte forma:

(...) por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Com relação aos demais tratados internacionais, essa parte da doutrina, enfatizava sua força hierárquica infraconstitucional – enquanto os demais tratados apresentavam hierarquia infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados de proteção aos direitos humanos possuíam valor de norma constitucional. O tratamento jurídico diferenciado justificava-se com argumentos sobre o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos, que notadamente transcendiam os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes (objeto dos tratados comuns), e buscam salvaguardar direitos fundamentais.

Interpretações nesse sentido eram feitas segundo inteligência do artigo 102, inciso III, “b”, da Constituição Federal de 1988, que mencionava competência do Supremo Tribunal Federal para deliberar sobre a constitucionalidade de tratado ou lei federal em sede de recurso extraordinário:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Sustentava-se, na verdade, que os tratados tradicionais apresentavam força hierárquica infraconstitucional, consoante artigo 102 da Constituição, mas supralegal. Vale dizer, embora inferiores hierarquicamente às normas constitucionais, os tratados

comuns apresentavam valor hierárquico superior às leis federais - tal posicionamento se coadunava com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional, e encontrava respaldo no artigo 27 da Convenção de Viena, que fixava impossibilidade de o Estado invocar disposições de Direito Interno como justificativa de descumprimento de tratado.

No entanto, o mencionado dispositivo constitucional gerou posicionamentos diversos. Com os olhos voltados para o referido artigo 102, uma parte da doutrina brasileira desenvolveu entendimento que conferia aos tratados internacionais e às leis federais o mesmo valor hierárquico.

Por certo, esse raciocínio foi baseado em entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, que por ocasião do Recurso Extraordinário n. 80.004, acolheu sistema que equiparava os tratados internacionais às leis federais, afirmando, até mesmo, a possibilidade de aplicação do princípio “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”. A respeito pronunciou o Ministro Francisco Rezek, (1996, p.106):

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou 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 sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

De acordo com Jacob Dolinger (1987, p. 13), por muito tempo o Supremo Tribunal Federal aceitou teses que defendiam a primazia do direito internacional sobre o direito interno, contudo modificou seu ponto de vista, e durante o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1977, admitiu a derrogação de um tratado por lei posterior.

O posicionamento enraizou-se de tal maneira, que mesmo firmado em período anterior à Constituição de 1988, e abordando tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra e o Decreto-lei n° 427/1969), foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, durante o julgamento do HC 72.131-RJ, caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.

No julgamento do aludido *Habeas Corpus*, o Supremo enfrentou questão relacionada ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica no Direito brasileiro, notadamente os dispositivos que proíbem a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos, e em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence) afirmou que

inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito interno, sobre tudo em face das cláusulas inscritas no texto as Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil ter aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (...) Parece-me irrecusável, no exame no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consiste no desempenho da função de legislar. (...) A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.

Naquele momento, portanto, o Supremo Tribunal Federal abraçava a tese da paridade entre tratados internacionais, de direitos humanos ou não, e leis federais -

posicionamento objeto de críticas por parte da doutrina que reconhecia o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos.

Paralelamente a essas duas correntes doutrinárias, que conferiam aos tratados de direitos humanos natureza constitucional, ou valor hierárquico correspondente às leis federais, outras duas se destacavam: uma que mencionava o *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, e outra que defendia tese de hierarquia infraconstitucional, mas supralegal desses acordos.

Com relação à tese da supraconstitucionalidade, Flavia Piovesan (2010, p. 68) cita Agustín Gordillo, que preleciona:

A supremacia da ordem supra nacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluimos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito.

Para a corrente que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos, Flavia Piovesan (2010, p. 70) faz menção ao entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, consignado no julgamento do RHC 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal em maio de 2000, que envolvia a interpretação do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim com à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. M. Fontes, Unb, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de Direitos Humanos*, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A

Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org), *Os direitos humanos e direito internacional* – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Portanto, o debate doutrinário e jurisprudencial sobre o valor hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos girava em torno de quatro correntes: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Visando responder a controvérsia, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, introduziu um parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição de 1988, com orientação sobre o tema – reconhecendo status de norma constitucional dos tratados aprovados com procedimento específico: “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”.

Com a regra do referido dispositivo, os autores que defendiam a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos mantiveram seus posicionamentos, esclarecendo que a emenda n° 45 de 2008 apenas reforçava a ideia de *status* diferenciado. A força hierárquica constitucional dos tratados de direitos humanos, portanto, ainda decorria de interpretação do parágrafo 2º, sendo que as regras de procedimento previstas no parágrafo 3º apenas adicionavam um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados.

Neste sentido, Flávia Piovesan (2010, p. 72)

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quórum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quórum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

A novidade do parágrafo 3º do artigo 5º, entretanto, sinalizou a necessidade de atualização jurisprudencial, reconhecida expressamente pelo Ministro Gilmar Mendes

durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343. Em novembro de 2006, em emblemático voto, o Ministro reconheceu a insuficiência da tese de legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, registrando que a reforma da Constituição havia ressaltado o caráter especial desses acordos internacionais.

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.

O Ministro Celso de Mello também reavaliou seu entendimento no tocante a hierarquia dos tratados internacionais, e durante o julgamento do HC 87.585-TO, para sustentar a existência de regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os de direitos humanos, argumentou:

Após longa reflexão sobre o tema, (...) julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), a posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundadas em premissas axiológicas que dão

significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da “prevalência dos direitos humanos” permitirá a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (...) 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 convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e aprovação das proposta de Emenda à Constituição, consoante prescreve o §3º do art. 5º da Constituição (...). É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 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.

Por certo, após a aludida emenda constitucional, o Supremo Tribunal Federal enfrentou novo debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direito humanos, notadamente com divergência entre os próprios Ministros. Mesmo unânimes com relação ao caráter especial dos tratados de direitos humanos, os Ministros discutiram o exato posicionamento hierárquico desses acordos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Em resumo, a Suprema Corte analisou posicionamento capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes, com teses de supralegalidade para os tratados aprovados antes da Emenda n. 45; e posicionamento desenvolvido pelo Ministro Celso de Mello, que mencionava a força constitucional de todos os tratados de direitos humanos – aprovados antes da emenda constitucional ou não.

Esse debate se estendeu durante o julgamento do RE n. 466.343, que verificava a possibilidade de prisão civil por dívida nas hipóteses de alienação fiduciária em garantia. A discussão, a propósito, foi estabelecida em razão de conflito entre normas contidas no Texto Constitucional e normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7º, § 7º) – enquanto a Convenção Americana admite prisão civil por dívida apenas nos casos de inadimplemento de obrigação alimentícia, a Constituição Federal prevê as hipóteses do devedor de alimentos e depositário infiel.

Por ocasião do referido recurso a Suprema Corte reconheceu o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos, e firmou orientação de que a prisão civil por dívida no Brasil ficaria restrita às hipóteses de inadimplemento voluntário de prestação alimentícia. O Supremo foi unânime com relação ao caráter especial desses tratados, mas apresentou divergência no tocante às teses de hierarquia. De acordo com Flávia Piovesan (2010, p. 77),

Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a esse da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Grace e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.

A decisão proferida no RE n. 466.343, portanto, rompeu com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, que desde 1977 posicionava-se em favor da paridade entre os tratados internacionais e às leis federais.

Atualmente, a jurisprudência se orienta pela emblemática decisão, que reconhecendo a necessidade de conferir regime diferenciado aos tratados de direitos humanos, acolheu a tese da supralegalidade – posicionam-se abaixo da Constituição Federal, mas com valor hierárquico superior às leis ordinárias.

3.4 Da decisão proferida no RE 466.343 e a prisão de depositário infiel

Como afirmado no subtítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso Extraordinário n. 466.343, estendeu a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento no artigo 7º, § 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Na lição de Flávia Piovesan (2010, p. 77), o entendimento unânime da Suprema Corte foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos.

Importante ressaltar, entretanto, que a orientação do Supremo Tribunal Federal não mencionou revogação do dispositivo constitucional que prevê prisão civil do depositário infiel. O que ficou consignado no julgamento do RE 466.343 foi o inequívoco caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos, que incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro podem paralisar a eficácia jurídica de qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante. Vale dizer, o *status* diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional eventualmente conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Foi o que ocorreu com o Decreto-Lei n. 911/69, e com o artigo 652 do Código Civil – dispositivos que estabeleciam procedimento para prisão civil do depositário infiel, mas que perderam a eficácia jurídica após a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, a referida hipótese de prisão civil tornou-se impossível no Brasil, pois que a legislação infraconstitucional que a regulamentava foi paralisada pelo Pacto de São José da Costa Rica, notadamente o seu artigo 7º, § 7º.

Nesse cenário, o que há anos era pregado por parte da doutrina pátria foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal. Na sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009 a Suprema Corte editou a Súmula Vinculante n. 25, com a seguinte redação: “É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Como preleciona Luiz Flávio Gomes (2010):

Com a decisão proferida no RE 466.343/SP (03/12/2008), que foi agora ratificada com a Súmula Vinculante n. 25, o Brasil ingressou, definitivamente, na “terceira onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda do internacionalismo (cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Supra Constitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo RT-2010) ou da pós modernidade jurídica.

Por certo, a aludida súmula vinculante revela a força paradigmática da decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343, que impactou a jurisprudência nacional e assegurou aos tratados de direitos humanos regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro.

3.5 Controle de convencionalidade no direito brasileiro

Segundo Valério Mazzuoli (2011, p. 927) a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, bem como as alterações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tornaram possível o estudo da teoria do controle de convencionalidade das leis – de acordo com o autor, ainda pouco desenvolvida pelos juristas pátrios.

Os estudos realizados pelo referido autor demonstram que as mudanças ocorridas na disciplina constitucional conferida aos tratados internacionais foram capazes de modificar o sistema de controle no direito brasileiro. O reconhecimento do caráter especial desses instrumentos no plano jurídico nacional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica: além do clássico controle de constitucionalidade, pode-se analisar agora o controle de convencionalidade das leis. Em outras palavras, surge no Brasil a possibilidade de se proceder à compatibilização das leis ou atos normativos não só com a Constituição de 1988, mas também com os tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil.

Neste sentido leciona Valério Mazzuoli (2011, p. 928)

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º, CF) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º, CF), é lícito entender que, para além do clássico controle de constitucionalidade, deve ainda existir (doravante) um controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.(...) se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, §2º, da CF/1988, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, pois aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, §3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Valério Mazuoli (2011, p. 928), por defender posicionamento doutrinário que confere aos tratados comuns *status* supralegal, ainda sugere a existência de um controle de supralegalidade, ou seja, tratados tradicionais como paradigma de controle das normas infraconstitucionais:

Ocorre que os tratados comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas. Sem bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do CTN. Neste

último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

Essa última teoria, quiçá, não prosperaria em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se posiciona pela paridade dos tratados tradicionais com as leis federais. Para a Suprema Corte em caso de conflito aplicar-se-ia o princípio “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”.

O que deve frisar-se, então, é que além da Constituição Federal de 1988 as leis e os atos normativos nacionais terão como fundamento de validade os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil subscreveu. Assim, caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas em desacordo com eventual tratado de direitos humanos já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, pois não observou um dos limites verticais materiais agora existentes.

4 CONCLUSÃO

O que se pode concluir, ao fim e ao cabo desta exposição teórica, é que a Constituição brasileira de 1988 empresta aos direitos e garantias fundamentais ênfase extraordinária destacando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história do país.

Neste sentido, o valor da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais impõem-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico, servindo como critério interpretativo do sistema constitucional dos direitos humanos. Nesse contexto, portanto, que se deve interpretar os dispositivos constitucionais concernentes à proteção internacional dos direitos humanos.

A atual Constituição rompe com a sistemática das Cartas anteriores, e, ineditamente, passa a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos.

De forma inédita a Carta de 1988 estabelece, após extensa Declaração de Direitos, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Sem dúvida, aponta para natureza especial dos acordos internacionais sobre direitos humanos.

A propósito, a relevância desses instrumentos foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que no emblemático julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 abraçou teses importantes sobre a força hierárquica dos tratados – mesmo discordando das correntes doutrinárias que conferiam força constitucional aos tratados de direitos humanos, se posicionou pela supralegalidade das referidas normas internacionais.

Verifica-se, portanto, a relação ente Direito Internacional e Direito Interno ultrapassou o *status* de mero problema teórico, analisada em debates puramente doutrinários, e constitui importante problema prático, principalmente pela crescente adoção de tratados internacionais.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos - da idade média ao século XXI**. 2^o ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOLINGER, Jacob. **A Nova Constituição e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *In*: FABRIZ, Daury Cesar (org.). **O Tempo e os Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.
- MENDEZ, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDEZ, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23^o ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Complementar**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^o, ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula Vinculante n. 25**. É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=jurisprudênciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> acesso em 20 de jul. de 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> acesso em: 20 de jul. 2016.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> acesso em : 20 de jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acesso em 01 ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acesso em 10 ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 72.131. Impetrante: Marcelo Ferreira de Souza. Paciente: Lairton Almagro Vittoriano. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acesso em 10 ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 79.785. Recorrente: Jordina Maria de Freitas. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acesso em 10 ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.585-TO. Impetrante: Alberto Ribamar Ramos Costa. Paciente: Alberto Ribamar Ramos Costa. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acesso em 10 ago 2016.