

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FELIPE RODRIGUES

O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NA ÉGIDE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.

São Paulo

2012

FELIPE RODRIGUES

O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS NA ÉGIDE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.

Trabalho de conclusão de curso
submetido à Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo para a obtenção do título de
Especialista em Direito
Constitucional.

Orientador: Professor Ms. Renato
Braz Mehanna Khamis.

São Paulo
2012

Para os meus pais, Maurício Rodrigues e Lucinda Rodrigues, pelo exemplo de vida e apoio incondicional prestado, onde sempre iluminaram o meu caminho, ajudando a vencer desafios e alcançar objetivos; à Rosileine, minha companheira, que com muito amor deu luz à Gabriela, filha querida, amada e abençoada por Deus.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto precípua de estudo a forma e o procedimento de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro as normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, visando a verificar as implicações acerca da questão de seu status normativo no âmbito interno na égide da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Nesse sentido, traçaremos algumas essenciais diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, bem como os procedimentos para que os tratados internacionais sejam ratificados no âmbito nacional, adentrando, em seguida, na questão do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos antes e após a referida emenda constitucional.

Por fim, verificaremos os posicionamentos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal até a atualidade, com ênfase no voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466343-1/ SP, pela qual a Corte Suprema posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e traça uma nova criação jurisprudencial, ou seja, a "norma supralegal", alterando o entendimento acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro e motivando a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Tratados Internacionais; Direitos Humanos; Emenda Constitucional nº 45/2004.

SUMÁRIO

1 – Introdução	07
2 – Classificação dos direitos	10
2.1 – Direitos Fundamentais e Direitos Humanos	10
2.2 – As Gerações dos Direitos	15
3 – Tratados Internacionais	23
3.1 – Fases de elaboração dos Tratados	25
3.2 – Status normativo	31
4 – Tratados Internacionais de Direitos Humanos	33
4.1 – Status Normativo antes da EC 45/2004	39
4.2 – Status Normativo após a EC 45/2004	45
5 – Posicionamento Jurisprudencial	50
5.1 – Supralegalidade	50
5.2 – Paridade Legal	55
5.3 – Recurso Extraordinário nº 466343-1/SP	63
5.3.1 – Voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes	68
6 – Conclusão	72
7 – Referências Bibliográficas	76

1 – INTRODUÇÃO.

Em crescente processo de internacionalização, os tratados internacionais de direitos humanos objetivam fixar parâmetros mínimos de proteção à humanidade.

Os direitos humanos baseiam-se no valor da dignidade humana, sendo esta considerada um dos princípios fundamentais do Brasil, expressamente previsto do artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana”

A dignidade humana não é garantida apenas na Constituição Federal, possuindo também previsão no texto das Declarações internacionais.

Assim, verifica-se que o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em seu artigo 11, parágrafo 1º, prescreve que:

“Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

No âmbito internacional, a ideologia dos Direitos Humanos é a de sempre buscar a norma mais favorável à vítima, face ao princípio do “Pro Homine” e constitui tema de notório interesse na comunidade internacional.

O Referido princípio, em linhas gerais, garante que no caso concreto sempre será aplicável a norma que mais amplia o gozo de um direito, de uma liberdade ou de uma garantia.

No Brasil os direitos humanos estão previstos como princípios da

República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Conforme dispõe o artigo 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos“

Verifica-se que no artigo 4º incisos III, VIII e IX, além da prevalência dos direitos humanos, o Brasil rege-se nas relações internacionais pela autodeterminação dos povos, pelo repúdio ao racismo e terrorismo e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Assim, com base nos dispositivos mencionados e conforme verificaremos no decorrer do presente trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos, por sua relevância e conteúdo, se distinguem dos demais pactos internacionais, merecendo uma maior valoração na legislação interna dos países signatários para o melhor cumprimento daquelas tratativas.

Quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na legislação brasileira há certa controvérsia na doutrina clássica.

A controvérsia pode ser estruturada em dois momentos distintos: antes e após a vigência da emenda constitucional nº 45/2004, a denominada “reforma do judiciário”.

Quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes à referida emenda, a divergência decorre do parágrafo 2º do artigo 5º da constituição Federal de 1988, que estabelece:

“§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Em síntese, com base nesse dispositivo a doutrina nacional sistematizou o status normativo em quatro vertentes, que serão analisados com a maior profundidade em tópico próprio.

Já após a vigência da emenda constitucional em questão, a divergência se baseia no parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal/88 que prevê:

“§ 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”.

A teor do disposto no parágrafo supracitado, verifica-se que, atualmente, os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum especial, serão equivalentes às emendas constitucionais, possuindo, portanto, status constitucional.

Adianta-se, porém, que atualmente o já STF se posicionou quanto à hierarquia dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil antes da emenda constitucional 45/2004, a tese da supralegalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Isso significa que os referidos instrumentos devem gozar de hierarquia supralegal, ou seja, superior à lei ordinária, mas abaixo da Carta Magna e sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Com a referida tese, observaremos que esse voto foi de encontro do que grande parte da doutrina¹ lecionava, sendo que para os autores vigorava a tese do status constitucional daquelas normas, visto que elas já são materialmente constitucionais.

¹ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. P.83; Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 459; Canotilho, José Joaquim Gomes, *Apud* Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000. p. 76.

Assim, estudaremos em tópico próprio que, dentre as críticas realizadas devido à inclusão do parágrafo 3º no artigo 5ª na Constituição, é que esse dispositivo acabou por desprestigiar a importância dos direitos humanos no Brasil.

Entretanto, conforme verificaremos adiante, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes à emenda constitucional nº 45/2004, podem ser submetidos pelo legislador constitucional ao procedimento especial de aprovação previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

Verifica-se, de um modo ou de outro, que ambas as teses da constitucionalidade e da supralegalidade colocam o instrumento internacional que versa sobre direitos humanos em posição superior à lei ordinária, reforçando a importância desses direitos.

2 – CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS.

A classificação dos direitos é de suma importância para a melhor compreensão e delimitação do objeto de estudo. Cumpre esclarecer que a intenção do presente tópico não é a de esgotar o referido assunto, porém de traçar breves diferenças de alguns conceitos pontuais, demonstrando a razão da maior proteção conferida aos direitos humanos no âmbito internacional.

2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS.

A base dos direitos fundamentais, segundo os doutrinadores Dimitri Dimolius e Leonardo Martins (2009), pressupõe a existência de três elementos, quais sejam: o Estado, o Indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre o Estado e o indivíduo.

Alegam que esses elementos apresentaram-se reunidos somente na segunda metade do século XVIII, onde surgiram textos de declarações de

Direitos, tais como o *Bill of Rights* no Estado da Virgínia e outras semelhantes nos demais estados norte-americanos, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, onde pela primeira vez enuncia e garante direitos fundamentais.

Os autores esclarecem que também contribuiu para o surgimento dos direitos fundamentais o caso *Marbury vs Madison*, onde a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que o texto Constitucional prevalece sobre qualquer outro dispositivo legal, decorrendo, dessa decisão, o controle de constitucionalidade norte-americano.²

No Brasil, os direitos fundamentais estão expressamente previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, comportando a seguinte classificação:

a) Direitos individuais e coletivos – previstos no artigo 5º da Carta Magna de 1988 correspondem aos direitos ligados à vida, liberdade, dignidade, honra entre outros;

b) Direitos sociais – previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 correspondem aos direitos ligados ao trabalho, saúde e educação, visando à igualdade social, configurando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso IV, artigo 1º da norma maior;

c) Direitos de nacionalidade – com previsão no artigo 12 da Constituição de 88 regulamentam as formas de aquisição do vínculo político que liga um indivíduo a um Estado;

d) Direitos políticos – regulamentados no artigo 14 da Constituição federal de 1988 também são direitos fundamentais, que disciplinam, entre outras, as formas de atuação da soberania popular; e

² DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21-24.

e) Direitos relacionados à estrutura e organização dos partidos políticos – previstos no artigo 17 da Lei maior, assegura-lhes a autonomia e liberdade de criação e atuação.

Cumprido ressaltar que o parágrafo segundo, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, consubstancia uma espécie de cláusula geral aberta de recepção dos tratados internacionais que contenham direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República, onde será analisado posteriormente.

Os direitos fundamentais são tidos como cláusulas pétreas, a teor do disposto no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, não podendo ser abolidos por cláusula pétrea.

Quanto à sua definição, grande parte da doutrina utiliza os conceitos de direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos, do mesmo modo que utiliza o conceito deste como aquele.

Não poderia ser de outro modo, vez que o conteúdo dos dois é essencialmente o mesmo.

Entretanto, a expressão “direitos humanos” mantém nítida relação com o direito natural, bem como as normas de direito internacional, sendo que suas normas reconhecem o ser humano como tal, sem vinculação à determinada ordem constitucional de um Estado.

Segundo o ilustre Professor José Joaquim Gomes Canotilho (2002) referidas expressões de “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, podem ser distinguidas da seguinte maneira:

Os direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, sendo que os direitos fundamentais, que são os direitos do homem jurídico positivados.

Em outros termos, os direitos do homem são da própria natureza humana, sendo aqueles declarados como inerentes ao ser humano, com pretensões de universalidade.³

Já os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, positivados na Constituição de um determinado Estado, havendo, assim, pretensões de territorialidade.⁴

Em um conceito mais direto de direitos fundamentais, Konrad Hesse (1982, *apud* Paulo Bonavides, 2011, p.560), classifica como:

“direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”⁵

Cumpra esclarecer que isso não significa que só exista Direitos Humanos para os jusnaturalistas. Como bem observa Norberto Bobbio:

*“Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem - se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (...)”*⁶

Em outros termos, portanto, verificamos que enquanto os direitos fundamentais são considerados como tal uma vez positivados no ordenamento

³ Cabe observar que a concepção universal dos direitos humanos sofre fortes resistências aos adeptos do relativismo cultural. Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Na ótica relativista, há o primado do coletivismo. Isto é, o ponto de partida é a coletividade, e o indivíduo é percebido como integrante da sociedade. Diversamente, na ótica universalista, há o primado do individualismo, o ponto de partida é o indivíduo, sua liberdade e autonomia, para que, então, se avance na percepção dos grupos e coletividades. (Piovesan, Flávia. op. cit. p.153.)

⁴ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.369.

⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed. Aum., Heidelberg, 1982. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 560.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.30.

jurídico interno de um Estado, os Direitos Humanos não precisam de uma norma escrita para a sua existência, vez que inerentes à própria humanidade, ainda que esses direitos também sejam, e de fato são, positivados.

Como toda norma jurídica, os referidos direitos fundamentais e humanos podem ser relativizados. Nesse sentido, o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas prevê que:

“Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei, com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer direitos e liberdades proclamados nessa Declaração”.

A relativização dos direitos fundamentais também está prevista no artigo 27 do Pacto de San José da Costa Rica, possibilitando a suspensão de garantias em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, nos artigos 136 e 137, estabelece o estado de sítio e de defesa, onde também podem limitar alguns direitos fundamentais, tais como a reunião, ainda que exercidas no âmbito das associações, o sigilo das correspondências, das comunicações telegráfica e telefônica.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que:

“Está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas ⁷”.

Já o Supremo Tribunal Federal afirma que um direito individual “*não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas*” (RT, 709/418).

Com o exposto, conclui-se que é mais gravosa a violação de um direito humano, inerente à própria pessoa humana, um direito natural, do que um direito fundamental, restrito à determinada ordem jurídica.

2.2 – AS GERAÇÕES DOS DIREITOS.

A positivação dos direitos fundamentais se deu em momentos diferenciados, à vista da mutação histórica desses referidos direitos.

No início, foram formalmente consolidados os direitos de liberdade, passando em seguida aos direitos de igualdade, e, após, os direitos ligados à noção de solidariedade, refletindo, assim, o lema dos próprios idealistas franceses, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides que:

“Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até

⁷ 6ª T – RHC nº 2.777-0/RJ – Relator Ministro Pedro Aciole – *Ementário STJ*, nº 8/721.

mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”.⁸

A teoria das “gerações dos direitos fundamentais” é constantemente adotada pela doutrina e foi desenvolvida pelo professor Karel Vasak, que a desenvolveu em 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

Na referida aula, Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Com base nesse período histórico, importa traçar algumas breves linhas, acerca da evolução, dentro daquilo que se convencionou chamar na doutrina, de “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais.

Quanto ao termo “gerações”, é certo que a geração posterior não tem o condão de abolir a anterior, mas sim de se complementar, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, os quais são cláusulas pétreas nos termos da Constituição Federal de 1988.

Neste mesmo sentido, os doutrinadores Dimitri Dimolius e Leonardo Martins, lecionam que:

“(...) é inexato se referir a “gerações” dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita “primeira geração” liberal-individualista. Não há dúvida de que a parcela do orçamento estatal dedicada ao financiamento dos direitos sociais após a Segunda Guerra mundial é bem maior do que aquela de

⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit. 562.

inícios do Século XIX. Mas essa é uma alteração quantitativa. Sinaliza uma mudança nas políticas públicas e não uma inovação no âmbito dos direitos fundamentais, cuja teoria e prática conheceram, desde o início do constitucionalismo, os direitos sociais.⁹

Enquanto grande parte da doutrina defende o termo “dimensões” como o termo correto, os referidos autores recomendam-se utilizar os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais, da mesma forma como se classifica leis e atos jurídicos em espécie de leis ou categorias de atos jurídicos.

Para eles, fala-se em dimensão para indicar dois ou mais componente ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento, sendo que há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são diferenciados em âmbito jurídico.

Com a mesma linha de raciocínio, o ilustre Juiz da Corte Interamericana de direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, apresentando a obra da doutrinadora Flávia Piovesan, faz uma crítica no sentido de que:

“Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão generacional” pareceria supor, os direitos humanos não se “sucodem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (...). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos.¹⁰”

⁹ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XLI.

Feitas essas distinções, a doutrina clássica diferencia os direitos fundamentais basicamente em quatro gerações:

Os direitos de 1ª geração, reconhecidos no século XVII, são os chamados direitos naturais, que são aqueles que dizem respeito aos direitos civis e políticos.

A primeira geração dos direitos humanos tem por fundamento a liberdade, que tiveram origem com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas.

Esses direitos relacionam-se ao valor de vida, à liberdade, à sobrevivência e à propriedade. São direitos negativos, pois exige do Estado um comportamento de abstenção, ou seja, não intervencionista.

São direitos baseados na idéia de Liberdade da Constituição Americana e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França.

Nesse sentido, a titularidade desses direitos é o ser humano como indivíduo, possuindo como objeto a defesa da liberdade individual.

Assim, Paulo Bonavides afirma que:

*“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.*¹¹

Quanto aos direitos de 2ª geração surgidos no século XX, após a Primeira Guerra Mundial, estão voltados para aqueles direitos que dizem respeito aos direitos sociais (o direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, entre outros), culturais e econômicos, relacionando-se, assim, com os valores de igualdade ocasionada pela Revolução Industrial.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. op. cit. 563-564.

Teve como inspiração a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar (Constituição Alemã de 1919). Diferentemente da primeira geração, essa admite um comportamento intervencionista do Estado.

Referindo - se aos direitos de segunda geração, Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, *apud* Alexandre de Moraes, 2005, p.166), analisou que:

*“O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.”*¹².

Esse princípio de igualdade social, típico da segunda geração de direitos, opõe-se ao princípio de igualdade formal, que é típico da primeira geração. Busca a justiça social, que há de ser realizado materialmente, indo além do formalismo jurídico.

De acordo com essa concepção, Paulo Bonavides afirma que os direitos sociais:

“fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude”.¹³

¹²CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996. In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 166.

¹³BONAVIDES, Paulo. op. cit. 565.

A 3ª geração de direitos, típica da legislação difusa, surgiu a partir dos meados do século XX, como uma resposta às atrocidades feitas pelos nazistas durante os eventos da Segunda Guerra Mundial, estendendo-se a todos os indivíduos, mas não os compreendendo em sua individualidade, mas sim em sua generalidade: como gênero humano.

Essa geração de direitos defende os valores humanos mais básicos, fundamentais e genéricos da sociedade humana. Na verdade se estendem difusamente a toda a sociedade humana, considerada indistintamente em sua generalidade.

Foram consolidados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos assinada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 1948.

Em última análise, são direitos voltados para a proteção da coletividade. As Constituições passam a tratar da preocupação com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

Segundo o doutrinador Pedro LENZA:

“os direito de terceira geração emergiram do fato de o ser humano estar inserido em uma coletividade e a partir daí ter direitos de solidariedade¹⁴.”

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal esclarece que:

“Enquanto os direitos de primeira geração (civis e políticos) – que compreendem as liberdade clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações, sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.588.

*desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade*¹⁵”.

Nesse sentido, o doutrinador Paulo Bonavides conclui que:

“Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo”.¹⁶

Ainda para o Supremo Tribunal Federal: o *“Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração”* (RTJ, 158/2006).

Por fim, a 4ª geração de direitos, entende-se que a bioética e o biodireito fazem parte dela, pela defesa do patrimônio genético, pelo avanço tecnológico, pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo, ética e moralidade.

Celso Lafer (1988, *apud* Alexandre de Moraes, 2005, p.166), esclarece que:

*“os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular, e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais”*¹⁷.

Para o ilustre doutrinador Paulo Bonavides:

¹⁵ STF – Pleno – MS nº 22164/SP – Reator Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206, RTJ 164/158.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* 563.

¹⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. In: MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 166.

*“Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem –sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida a eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”.*¹⁸

Atualmente, surge na doutrina uma quinta geração de Direitos. Entretanto, não resta pacificada a classificação, sendo que deixarei de aprofundar no assunto por não ser o objeto principal do presente trabalho.

Entretanto, em linhas gerais, o direito de quinta geração é uma construção teórica de Paulo Bonavides (2011):

Para o referido doutrinador, Karel Vasak, o teórico das gerações de direitos, ao colocar o direito à paz como terceira geração, o fez de modo lacunoso e incompleto, vez que não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma, sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar, encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos.

Para o Paulo Bonavides, a dignidade da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rosseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit. 573.

Para o autor, dentre sua construção e conclusão teórica, o direito à paz era antes um direito fundamental teórico, sendo que agora é um direito positivado.

Assim, o direito à paz sairia da obscuridade e esquecimento da terceira geração subindo ao patamar da 5ª dimensão dos direitos fundamentais.

3 – TRATADOS INTERNACIONAIS.

Os tratados internacionais, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 2º da Convenção de Viena de 1969, podem ser conceituados como:

“Um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Interessante questão é a que, atualmente, não apenas os Estados possuem capacidade para a celebração de tratados. Nesse sentido, afirma o doutrinador Francisco Rezek:

“Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”¹⁹

Louis Henkin (1990, *apud* Flávia Piovesan, 2010, p.44), esclarece que:

“O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto,

¹⁹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.14.

*Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)”*²⁰.

Cumpre observar, em linhas gerais, que os tratados só criam obrigações para os Estados participantes. E quanto à sua eficácia, a referida Convenção de Viena, em seu artigo 27 alerta:

“Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Assim, verifica-se que os tratados internacionais geram direitos e obrigações às partes signatárias, subordinando-os inclusive ao direito interno dos Estados.

Relativamente à classificação dos tratados, no aspecto formal, podem ser bilaterais e multilaterais, dependendo da quantidade dos envolvidos na celebração de um tratado.

Quanto à competência, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 84, inciso VIII, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, acordos ou atos internacionais.

Entretanto, cumpre observar que o legislador constituinte estabeleceu no artigo 49, inciso I da referida Carta Magna, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

Observando referidas disposições constitucionais, Flávia Piovesan ensina que:

“Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa

²⁰ HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990. In: PIOVESAN, Flávia. *op. cit* p.44.

enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo ²¹.

Ainda, como bem observado por Louis Henkin (1990, *apud* Flávia Piovesan, 2010, p.50):

“Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘checks and balances’. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder” ²².

Por fim, cumpre ressaltar, e conforme será aprofundado no decorrer do trabalho, os tratados de Direitos humanos para serem incorporados à ordem interna, deverá também respeitar o quórum e o procedimento previsto no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

3.1 – FASES DE ELABORAÇÃO DOS TRATADOS.

As fases de elaboração de um tratado internacional possuem como norte a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Nessa convenção, estão previstos os procedimentos necessários para que o tratado seja juridicamente válido na ordem internacional e interna dos Estados.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *op. cit* p.48.

²² HENKIN, Louis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff, 1990. In: PIOVESAN, Flávia. *op. cit* p.50.

Ainda que existam algumas diferenças entre os tratados bilaterais e multilaterais, a doutrina majoritária leciona, em observância a Convenção de Viena, que são quatro as fases que compõem o procedimento na elaboração dos tratados internacionais.

Neste sentido, João Grandino Rodas aponta as seguintes:

“Negociação, assinatura ou adoção, aprovação legislativa por parte dos Estados interessados em se tornar parte no tratado e, finalmente, ratificação ou adesão”²³.

O doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli também aponta essas quatro fases como:

“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.”²⁴

Com base nesses ensinamentos, Patrícia Cobianchi Figueiredo, analisa que, de forma cronológica, os tratados internacionais comportam as seguintes fases em âmbitos internacional e interno:

“1) Ato internacional da assinatura pelo Presidente da República após negociações;

2) Ato interno da submissão do tratado assinado à apreciação do Congresso Nacional;

3) Ato interno da aprovação do Congresso Nacional mediante edição de decreto legislativo;

²³ RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991. p.14.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público. Parte Geral*. Vol. 2. 03. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.52.

4) Ato internacional da ratificação (ou adesão) seguida de depósito do instrumento.”²⁵.

De acordo com o procedimento proposto por Patrícia Cobianchi Figueiredo, a primeira fase, que é a fase negocial, há a discussão entre os signatários acerca dos termos e do conteúdo do tratado internacional.

A negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado. Nesta etapa os representantes do chefe de Estado, negociadores, se reúnem com a intenção de concluir um tratado.

Conforme já citado, a negociação, no Brasil, é da competência do chefe do Poder Executivo.

Segundo o art. 9º, da Convenção de Viena:

“A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria decidem aplicar regras diversas”.

Na fase da negociação, em linhas gerais, os representantes dos Estados visam debater eventuais pontos controvertidos e encontrar a melhor solução e adequação dos dispositivos debatidos.

Esta fase termina com a elaboração de um texto escrito que é justamente o tratado.

Assim, com os Estados em consenso, surge a segunda fase, que se refere à assinatura do Presidente da República.

Cumpre lembrar que o Brasil por ser uma República Federativa com forma de governo presidencialista, acarreta ao Presidente da República a cumulação da função de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

²⁵ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: LTR, 2011. p.68.

Logo, o Presidente da República, na sua função de Chefe de Estado, como representante do Estado brasileiro nas suas relações exteriores, é o quem detém a competência exclusiva de assinar tratados internacionais.

Porém, como leciona a doutrinadora Flávia Piovesan:

*“A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo”*²⁶

Para o doutrinador Celso Duvivier de Albuquerque Mello, a assinatura pode ser resumida nos seguintes fatores:

*“a) autentica o texto do tratado; b) atesta que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado; c) os dispositivos referentes ao prazo para a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação e adesão são aplicados a partir da assinatura; d) os contratantes devem se abster de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado (...) e) a assinatura tem valor político; f) pode significar que o Estado reconhece as normas costumeiras tornadas convencionais”*²⁷

Assim, após a assinatura do tratado, inicia-se a terceira fase, que é a apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

Conforme já citado, o artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988, estabelece que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

Assim, verifica-se que a intenção do legislador constituinte foi justamente a de garantir um dos princípios da República Federativa do Brasil, que é a separação dos poderes, a teor do disposto no artigo 2º da Carta Magna

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* p.47.

²⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Renovar, p. 226-227.

de 1988, constituindo, inclusive, cláusula pétrea, nos termos do parágrafo 4º do artigo 60 da Lei maior.

A deliberação dos membros do Congresso Nacional resulta na aprovação do tratado, por quórum de maioria simples, instrumentalizada no texto de um Decreto de Legislativo.

O referido decreto legislativo dispensa a sanção ou a promulgação por parte do Presidente da República e contém um duplo teor: a aprovação e, simultaneamente, a autorização para o Presidente da República ratificá-lo.

Nos termos do artigo 48, inciso XXVIII do regimento interno do Senado Federal, é de competência de seu presidente promulgar as resoluções do Senado e os decretos legislativos.

Entretanto, Patrícia Cobianchi Figueiredo ressalta que o referido decreto legislativo:

“Não tem o condão de, por si só, fazer com que o tratado venha a surtir efeitos de norma jurídica seja na ordem interna, seja na internacional (...) Não há falar que o decreto legislativo transforma o tratado internacional em lei em âmbito internacional, mesmo porque, em nenhuma hipótese, o tratado é transformado em lei. É o próprio tratado internacional que, após sua regular formação, incorpora-se ao ordenamento jurídico. A expedição do decreto legislativo significa tão somente que os representantes do povo e dos Estados aprovam o que foi anteriormente assinado e, a partir de então, está o chefe do Poder Executivo autorizado para ratificar o tratado”²⁸.

Questão interessante que a doutrina esclarece é que a aprovação do tratado pelo Poder Legislativo, não vincula o chefe do Poder Executivo, cabendo-lhe a decisão de ratificar ou não. A vinculação existe caso o Congresso Nacional não aprove o tratado, impedindo assim a ratificação.

²⁸ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *op. cit.* p.68.

Por fim, a quarta e última fase refere-se à ratificação da assinatura pelo Presidente da República, bem como a edição de decreto promulgando o tratado internacional.

A ratificação é a confirmação por um Estado que se obriga ao tratado. É o ato pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional.

Logo, verifica-se que a ratificação é o último ato de formação do tratado internacional. Não há para o Estado um tratado antes da ratificação e promulgação, mas tão somente um projeto, uma intenção, que só se aperfeiçoa com os atos citados.

Como bem observada o doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli:

*“Antes da ratificação, todos os direitos e obrigações expressos no ato internacional ficam restritos às relações mútuas dos contratantes, não tendo se incorporado, ainda, no ordenamento jurídico interno desses mesmos Estados. No Brasil, após a sua ratificação, o tratado, ainda, é promulgado por decreto do Presidente da República, e publicado no Diário Oficial da União. São etapas complementares adotadas pelo Estado brasileiro para que os tratados possam ter aplicabilidade e executividade internas”.*²⁹

Com a promulgação, o tratado internacional é concluído e, a partir de então, começa a surtir seus efeitos internacionalmente. Entretanto, cumpre verificar qual é o status normativo que mantém perante o ordenamento jurídico interno.³⁰

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.* p.52.

³⁰ A título de informação, é certo que os tratados internacionais também podem ser extintos e denunciados pelos Estados, sendo que me absterei de citar suas formas, justamente para não perder o foco do presente trabalho.

3.2 – STATUS NORMATIVO.

Os tratados internacionais “comuns”, ou seja, aqueles que não versam sobre direitos humanos, possuem status normativo de paridade legal na posição majoritária e atual do Supremo Tribunal Federal.

A concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentam a mesma hierarquia jurídica, para alguns doutrinadores, pode ser extraída da própria Constituição Federal, com base no disposto no artigo 102, inciso III, alínea “b” da Carta Magna de 1988:

“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;”

Com base nesses parâmetros, a doutrina entende que é aplicável o princípio da “lei posterior revoga a lei anterior”, ou seja, um tratado internacional poderá ser revogado por uma lei ordinária posterior e incompatível com a matéria regulada.

Porém, referente ao dispositivo citado, Valério de Oliveira Mazzuoli entende que:

“À primeira vista, a conclusão que se extrai do dispositivo é a de que os tratados internacionais (tradicionais ou comuns, tão somente) apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável, no caso de conflito, a regra lex posterior derogat priori (...). Mas, segundo já assentamos, os tratados internacionais (comuns) incorporados ao ordenamento brasileiro, estão, na escala hierárquica das normas, numa posição intermediária, situando-se abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei

*posterior, posto que os tratados têm sua forma própria de revogação, que é a denúncia”.*³¹

Nesse aspecto, Flávia Piovesan faz duras críticas no sentido de que a revogação de um tratado por lei, viola o artigo 27 da Convenção de Viena, estabelecendo que uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.

Justamente por isso, alguns doutrinadores, como, por exemplo, Luiz Flávio Gomes e o já citado Valério de Oliveira Mazzuoli, entendem que todos os tratados internacionais, inclusive os comuns, possuem, no mínimo, status supralegal.

Nesse sentido, lecionam que:

“é importante indagar qual seria o nível hierárquico do Direito internacional que não cuida dos direitos humanos? Essa é ainda uma questão aberta na jurisprudência brasileira, não obstante a doutrina internacionalista já entender (há muitos anos, desde as primeiras lições de Accioly no Brasil) que tais tratados já valem mais do que a lei. Tal doutrina (com a qual concordamos inteiramente) fundamenta-se no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (...) Contudo, no que tange ao Supremo Tribunal Federal a questão realmente ainda se encontra em aberto. A velha doutrina do STF diz que o status normativo de um tratado comum no plano do nosso direito interno seria o mesmo das leis ordinárias. Mas esse é um tema do qual o próprio STF terá que refletir. Cuida-se de uma zona do Direito (ainda) indefinida naqueles países dos quais o Brasil indubitavelmente faz parte. A tendência da Corte Suprema (ao que tudo indica) consiste em reconhecê-los

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.* p.93-94.

como direito ordinário. Exceção a essa regra constituiria o Direito Tributário (art. 98 do CTN)”³².

Entretanto, por motivos de didática, será estudado e aprofundado no tópico 5.0 do presente trabalho que a jurisprudência do Supremo Tribunal nem sempre foi nesse sentido.

4 – TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Os tratados internacionais de direitos humanos consolidaram-se após a segunda guerra mundial, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Assim, pode-se afirmar que a internacionalização dos direitos humanos surgiu como resposta aos eventos cometidos durante o nazismo.

Não há dúvidas que a internacionalização dos tratados de direitos humanos traz benefícios para a humanidade, como a ampliação dos titulares de direito, independente da nacionalidade e lugar de residência.

Os tratados internacionais de direitos humanos possuem um cunho principiológico e programático, uma vez que orientam as Constituições dos Estados dentro dos limites justificáveis pelo particularismo regional e pela diversidade, firmada no princípio da autodeterminação dos povos.

O Brasil expressamente afirma seu compromisso com a realização dos direitos humanos nas relações internacionais, nos termos do artigo 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988, reconhecendo, desse modo, que o exercício do poder não se limita à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania.

³² Gomes, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou supraconstitucional?. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/895/625>> - acessado em 04/07/2012.

Ademais, vigora no plano internacional o princípio do “pro homine”, sendo que toda divergência entre a Constituição Federal, leis e os tratados de direitos humanos, deverá ser aplicado a norma mais benéfica no caso concreto, ainda que seja a infraconstitucional.³³

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do “pro homine” pode ser extraído do artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que garante a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais onde a República Federativa do Brasil seja parte.

Para a efetiva aplicação do princípio em comento, o aplicador do direito conjugando as fontes jurídicas aplicáveis ao caso concreto, o que se denomina “diálogo das fontes”, aplica àquela que melhor satisfaz as necessidades da hipótese *sub judice*.

Nesse sentido, havendo aparente conflito entre normas, os critérios típicos de exclusão da antinomia, tais como a prevalência da norma especial sobre a geral ou a revogação de lei por norma posterior incompatível, não são mais suficientes para proteger os direitos humanos.

Assim, por esse princípio, busca-se sempre a norma mais favorável e protetiva à dignidade humana.

Os tratados internacionais de direitos humanos são de suma importância que, independente dos mecanismos de controle do direito interno, existe a possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa, pelo sistema global e regional de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, a doutrinadora Patrícia Cobianchi Figueiredo, ensina que a Declaração Universal de 1948:

“É o marco do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Inaugura a contemporânea concepção de direitos

³³ Gomes, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou supraconstitucional?. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/895/625>> - acessado em 04/07/2012.

humanos sob o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e consolida a internacionalização desses direitos. Composta por 30 artigos, é originalmente a declaração solene dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, a nortear a elaboração dos diversos tratados internacionais de direitos humanos.”³⁴

Nesse sentido, conforme lecionado pela ilustre doutrinadora Flávia Piovesan, há 03 sistemas regionais de controle e proteção internacional de direitos humanos, a saber: O Sistema Regional Europeu (instituído em meados de 1950); o Sistema Regional Interamericano (instituído no final da década de 60) e o Sistema Regional Africano (da década de 80).

Segundo seus ensinamentos:

“(...) dos sistemas regionais, é o sistema europeu o mais democratizado, na medida em que é o único a permitir o acesso direto de indivíduos, grupo de indivíduos e ONGs à Corte Européia de Direitos Humanos. No caso do sistema interamericano este acesso é restrito à Comissão Interamericana e aos Estados, enquanto que no sistema africano, a partir do Protocolo à Carta Africana, o acesso à Corte é limitado à Comissão Africana, aos Estados e às organizações inter-governamentais africanas, sendo previsto por meio de cláusula facultativa (a depender de declaração expressa do Estado-parte para este fim) o acesso de indivíduos e ONGs à Corte Africana”.³⁵

Assim, verificamos que no sistema normativo global, dois são os principais instrumentos para a proteção dos direitos humanos, quais sejam:

³⁴ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *op. cit.* p.36.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/pdf/ndh_boletim_02_esp.pdf>. Acesso em 04/07/2012.

O primeiro instrumento, de alcance geral, objetiva a proteger toda e qualquer pessoa, independente da raça, etnia, religião. Tem alcance geral e possui como exemplos a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais de 1966.

O segundo instrumento, de alcance especial, objetiva a proteger determinadas pessoas como, por exemplo, raça e gênero para promover direitos.

Na doutrina, é tida como o “direito a diferença” e possui como exemplos: a Convenção que protege as mulheres; crianças; pessoas com deficiência física, o qual reflete na legislação interna dos países (ECA, Lei Maria da Penha, Estatuto do Idoso, etc.).

Por sua vez, os sistemas regionais visam a justicialização dos direitos humanos, por meio da criação de cortes de Direitos Humanos.

Ainda que não haja uma Corte Internacional de Direitos Humanos, o que presume que a Declaração Universal de 1948 é desprovida de força vinculante, Fábio Konder Comparato alerta que:

“Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não (...). Já se reconhece, aliás, de há muito tempo, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art.38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje,

como normas imperativas de direito internacional geral (jus cogens).”³⁶

A Flávia Piovesan, no mesmo sentido, aponta que:

*“Deste modo, em virtude da inexistência de uma Corte Internacional de Direitos Humanos, a proteção dos direitos humanos no sistema global restringe-se ao power of shame e ao power of embarrassment da comunidade internacional, destituída de “garras e dentes”, ou seja de capacidade sancionatória para enfrentar, como maior juridicidade, violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados. Observa-se que, no plano global, a justicialização dos direitos humanos operou-se na esfera penal, por meio da criação do Tribunal Penal Internacional cuja competência é julgar os mais graves crimes contra a ordem internacional, fixando a responsabilidade internacional dos indivíduos, com sanções de natureza retributiva e reparatória”*³⁷

Quanto a sua distinção dentre os demais tratados, Patrícia Cobianchi Figueiredo, cita 06 peculiaridades, a saber:

“1) veiculam direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos como parâmetros mínimos de proteção aos indivíduos, independentemente de qualquer condição;

2) trazem obrigações para os Estados, entre elas, a de adequar o ordenamento jurídico interno;

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.227.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/pdf/ndh_boletim_02_esp.pdf>. Acesso em 04/07/2012.

3) *preveem mecanismos de monitoramento e controle sobre as obrigações assumidas pelos Estados mediante órgãos administrativos e judiciais com procedimento próprio;*

4) *para a interpretação de seus comandos, impõem-se os interesses relativos à promoção, à implementação e à garantia de direitos fundamentais, não interesses outros dos Estados;*

5) *causam impacto positivo no ordenamento jurídico interno ao reforçar, ampliar ou até mesmo inovar os direitos constitucionalmente reconhecidos;*

6) *dispõem para o caso de conflito entre normas a primazia da norma mais favorável ao ser humano, prevista em instrumentos internacionais ou internos”.*³⁸

Portanto, verificamos que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma maior valoração do que os tratados “comuns”, não só moral ou política, mas principalmente jurídica.

Como bem observa Flávia Piovesan:

*“O tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-parte, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados Pactuantes, tendo em vista que objetivam salvaguardar os direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”.*³⁹

³⁸ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *op. cit.* p.66-67.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* p.368.

No direito brasileiro, essa importância também é verificada, tanto que após a vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum qualificado previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, serão equivalentes às emendas constitucionais.

E é exatamente pela inclusão desse dispositivo que há na doutrina controvérsias acerca do status normativo dos tratados de direitos humanos.

4.1 – STATUS NORMATIVO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004.

O status normativo dos tratados de direitos humanos, anterior à emenda constitucional nº 45/2004, sempre foi motivo de críticas e divergências na doutrina e jurisprudência brasileira.

A razão da divergência se verifica justamente no fato de o constituinte originário de 1988 ter se mantido inerte quanto à hierarquia desses tratados.

Assim, surgiram quatro correntes clássicas na doutrina nacional acerca do status normativo dos tratados de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45/2004, a saber:

- a)** Status de natureza supraconstitucional;
- b)** Status de natureza constitucional;
- c)** Status de natureza supralegal; e
- d)** Status de paridade legal.

a) A primeira corrente, cujo maior defensor dessa tese foi Celso de Albuquerque Mello, baseia-se na premissa de que nem as emendas constitucionais podem suprimir os tratados de direitos humanos, pela importância da matéria, acreditando que esses tratados estão no plano acima da Constituição Federal de 1988.

Defensores dessa tese, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros advogam que:

“No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá”⁴⁰

Nesse mesmo sentido, Vicente Marotta Rangel, afirma que:

“A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o pacta sunt servanda e o voluntas civitatis maximae est servanda”⁴¹

Entretanto, a referida tese da supraconstitucionalidade não obteve grande aceitação na doutrina brasileira.

⁴⁰PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Almedina, 2007. p. 103/107.

⁴¹PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* p. 70

Os principais argumentos para refutar essa tese, giram em torno do princípio da Supremacia da Constituição Federal, típico de constituições rígidas, como o caso do Brasil.

No Brasil, a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico pátrio, servindo como fundamento de validade para todas as demais espécies normativas.

Assim, uma vez admitida a superioridade de um tratado ante a Constituição Federal, anularia o próprio controle de constitucionalidade dessas normas internacionalizadas.

Ademais, insta ressaltar que, a própria constituição em seu art. 102, inciso III, alínea “b”, prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados, cabendo ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle concentrado e os demais órgãos e tribunais exercerem o controle difuso.

Por fim, o argumento de que os tratados internacionais de direitos humanos, pela matéria, devem ser superiores a própria constituição não prevalece para os que refutam essa tese, uma vez que, pelo princípio do “Pro Homine,” se as leis forem mais benéficas que a Constituição Federal e os tratados de Direitos Humanos, elas que devem ser adotadas.

b) A segunda teoria do status normativo dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, é a que consideram como constitucional.

Isso se deve pelo fato que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante que:

“§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Pela redação do parágrafo mencionado, a Constituição Federal de 1988 alargou, através de normas não escritas, o chamado “bloco de constitucionalidade”.

Por bloco de constitucionalidade se entende a reunião de vários diplomas legais considerados como materialmente constitucionais, ainda que elaborados em momentos distintos.

Os defensores dessa tese, adeptos ao voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 87585/TO, se baseia no sentido de que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 teria recepcionado, com status constitucional, os tratados ratificados anteriormente à CF de 88.

Segundo o voto proferido pelo ilustre ministro naquele julgamento:

“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 constitucionalidade (...)

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos(...).”⁴²

Assim, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal prevê três vertentes dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam: os direitos e garantias expressos na Constituição; outros decorrentes do regime e princípios por ela adotadas e dos tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Logo, temos que o primeiro item faz referência aos direitos explícitos enquanto que os demais itens, aos implícitos.

Flávia Piovesan observa que:

“A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”.⁴³

Assim, verifica-se que Flávia Piovesan defende a tese de que o artigo 5º, parágrafo 2º é o fundamento legal para colocar os tratados de direitos humanos no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais.

É certo que os defensores dessa tese, argumentam, ainda, que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco

⁴² STF – HC nº 87585-8/TO – Relator Ministro Celso de Mello. Dje nº 118. Divulgação: 25/06/2009. Publicação: 26/06/2009. Ementário nº 2366-2.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *op. cit* p.58.

dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Do mesmo modo que Flávia Piovesan, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, analisando o 1º e 2º parágrafo do artigo 5º da Constituição, entendem que:

“(...) se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais (...) é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Para nós, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.”⁴⁴

Outro argumento utilizado pelos defensores dessa tese, extraído por Patrícia Cobiachi Figueiredo (2011), é no sentido de que os tratados internacionais trazem obrigações de adequação do ordenamento jurídico interno do Estado.

Assim, se os tratados de direitos humanos determinam como as normas internas, referentes a determinadas matérias, devem ser elaboradas, aqueles são superiores e essa superioridade equivale à superioridade constitucional.⁴⁵

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em 04/07/2012.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Patrícia Cobiachi. *op. cit.* p.80-81.

Entretanto, a tese de status constitucional, não foi adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, conforme veremos, adotava a tese da paridade legal antes da emenda constitucional nº 45/2004.

c) A terceira teoria defende a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos anteriores à emenda constitucional 45/2004.

Por motivo de didática, referido item será analisado no tópico 5.3, considerando ser a tese atual adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

d) Já a quarta e última teoria apontada pela doutrina e jurisprudência, paridade legal, é a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal, que conforme veremos no tópico 5.2, firmou entendimento no Julgamento do Recurso Ordinário nº 80.004, prevalecendo essa posição até o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

4.2 – STATUS NORMATIVO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo quórum qualificado previsto parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, passou a ser equivalente às emendas constitucionais.

Pelo conteúdo extraído do referido dispositivo constitucional, a doutrina crítica que houve uma restrição interpretativa ao parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Isso, porque, o parágrafo 3º citado delimita o procedimento para que os tratados internacionais de direitos humanos possam ser internalizados como equivalentes às emendas constitucionais.

Conforme verificamos no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que os direitos e garantias previstos 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, permitia, para aqueles que adotavam essa teoria, a recepção de status constitucional dos tratados de direitos humanos.

Ademais, com o advento da emenda constitucional 45/2004 que inclui o parágrafo 3º no artigo 5º da Carta Magna, não foi feita nenhuma ressalva quanto ao status normativo dos tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil, que conforme verificaremos foi sanada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343-1 SP.

Comentando a inserção de referido dispositivo constitucional, o doutrinador Alexandre Miguel aduz que:

“É inegável que a introdução do §3º ao art. 5º da CF/88 teve o propósito de reafirmar a importância dos direitos humanos e a necessidade de sua proteção, e o de tentar acabar, ou ao menos minimizar, as discussões a respeito da primazia constitucional sobre os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Assim, é que, tomando o exemplo de outras nações, o Brasil erigiu os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, à categoria equivalente às emendas constitucionais, elevando-se expressamente à hierarquia constitucional.”⁴⁶

Nesse sentido, a doutrinadora Giuliana Redin conclui que:

“qualquer tratado internacional sobre direitos humanos, que não tenha merecido o quórum qualificado atribuído à emenda constitucional, seria, não obstante seu conteúdo constitucional, tratado como norma infraconstitucional; todos os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e

⁴⁶ MIGUEL, Alexandre. A constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 55, p. 287 – 324.

convertidos em lei interna anteriormente à vigência do § 3.º do art. 5.º da CF/88 receberiam tratamento infraconstitucional, diante da formalidade legislativa imposta pelo respectivo dispositivo constitucional.”⁴⁷

Flávia Piovesan, por sua vez, defendendo o status constitucional de todo e qualquer tratado de direitos humanos, assinala que:

*“Com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem, assim, duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos : a) os materialmente constitucionais ; e b) os material e formalmente constitucionais (...)”.*⁴⁸

Assim, não obstante os tratados de direitos humanos não terem sido aprovados pelo quórum qualificado das emendas constitucionais, seriam materialmente constitucionais, em virtude do “bloco de constitucionalidade” atribuído pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli, na mesma linha de raciocínio de Flávia Piovesan, adverte que deve se excluir, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado do parágrafo 3º, artigo 5º da Carta Magna:

*“equivaleiriam hierarquicamente à lei ordinária federal, em razão de terem sido aprovados apenas por maioria simples (...) e não pelo quórum que lhes impões o referido parágrafo. O que se deve entender é que o quórum que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já tem em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição”.*⁴⁹

⁴⁷ REDIN, Giuliana (2007), “Crítica ao §3.º do art.5.º da CF/88 à luz da internacionalização dos direitos humanos”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 59, 345-357.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 367

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit. p. 101

Em outras palavras, para Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, a ausência do procedimento previsto no dispositivo citado não retira o atributo da constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos.

Para a doutrinadora Patrícia Cobianchi Figueiredo, independente da inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos já ratificados possuem status constitucional pelo seguinte, dentre outros, argumento:

*“O novo comando constitucional, não dispondo contrariamente e silenciando quanto ao passado, apenas pode surtir efeitos para o futuro. Não há que exigir, para reconhecimento da hierarquia constitucional desses instrumentos, a observância de regras que não existiam quando foram elaborados. Mesmo no plano infraconstitucional, são respeitadas as normas vigentes no momento da elaboração da lei. Não por outra razão, a inconstitucionalidade formal, por incompatibilidade com nova norma constitucional, é sempre desconsiderada.”*⁵⁰

Reconhecendo o status constitucional dos tratados de direitos humanos, e com o advento da emenda constitucional 45/2004, o Ministro Celso de Mello observa a existência de três distintas situações concernentes ao status normativo dos tratados internacionais:

- “(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);*
- (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas*

⁵⁰ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *op. cit.* p. 85.

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(...)).⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, adotou tese diversa ao (a) da doutrina majoritária, concluindo que os tratados de direitos humanos já ratificados sem o procedimento especial das emendas constitucionais, possuem status de norma suprallegal, cujos argumentos verificaremos no tópico 5.3 do presente trabalho.

Por fim, é certo que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes à emenda constitucional nº 45/2004, podem ser submetidos pelo legislador constitucional ao procedimento especial de aprovação previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

Essa possibilidade se verifica justamente pelo fato do parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna não ter delimitado a sua incidência temporal. Desse modo, não há restrição para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam submetidos ao quórum qualificado objetivando a equiparação às emendas constitucionais.

⁵¹ STF – RE nº 466.343/SP – Ministro Celso de Mello. Dje nº 104. Divulgação 04/06/2009. Publicação: 05/06/2009. Ementário nº 2363-6.

5 – POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.

O presente tópico focará como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos vem evoluindo nas últimas décadas.

Assim, verificaremos que antigamente era adotada a tese de que os tratados internacionais, tanto os comuns quanto os de direitos humanos, eram superiores à lei ordinária, mas inferiores à Constituição Federal, portanto supralegal, prevalecendo essa tese até os meados de 1977.

A partir de 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no Julgamento do Recurso Ordinário nº 80.004, que os tratados internacionais são equivalentes à lei ordinária, não fazendo distinção da matéria, prevalecendo essa posição até o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

Por fim, já no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes à vigência da emenda constitucional nº 45/2004, concedendo-lhes status supralegal.

5.1 – SUPRALEGALIDADE.

Em 11 de outubro de 1943, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872 – Rio Grande do Sul, de relatoria do ilustre ministro Philadelpho Azevedo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento de que os tratados internacionais, sem distinção da matéria, não poderiam se revogados por lei.

Entretanto, Flávia Piovesan menciona diversos outros acórdãos em que o tratado internacional prevalece à lei ordinária:

“anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal

vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951) , em que o Supremo Tribunal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação nº 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele O acórdão na Apelação Cível nº 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado(...).⁵²

Assim, verificamos que por muito tempo o Supremo Tribunal Federal deu primazia as normas de tratados internacionais, independente da matéria, sobre a legislação ordinária interna.

Ademais, a Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional, prevê no seu artigo 98 que:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

No julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS, o Ministro Philadelpho Azevedo assentou que:

“(...) Tarefa interessante é, porém, a de situar esses atos (tratados internacionais) em face do direito interno, especialmente do nosso, ainda que sem o deslinde do problema filosófico da primazia do direito internacional sobre o interno (...) A dificuldade está, porém, no efeito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir – o tratado é revogado por lei ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado,

⁵² PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 62

qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.

(...) Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário (...) Esse era, aliás, o princípio já codificado por Epitácio Pessoa que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula rebus sic stantibus subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado.

(...) Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos (D.T. Público, vol. 2, pgs. 31 e 32) (...) É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritivamente.

(...) Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11) (...) Diz, por exemplo, Oscar Tenório: ‘uma lei posterior não revoga o tratado por ser este especial’ (op. cit. pgs. 45).

(...) Corroborando-o Acioli: ‘os tratados revogam as leis anteriores mas posteriores não prevalecem sobre eles, porque teriam de o respeitar’ (op. cit. vol 1 § 30)’.

(...) O atual Procurador-Geral da República também acentuou que contra o acordo internacional não podiam prevalecer nem o regimento desta Corte, nem quaisquer normas de direito interno, salvo as consagradas na Constituição (Rev. de Jurisprudência Brasileira, vol. 52, pgs. 17) (...) O mesmo se nota nos países europeus, onde também prevalece a regra de imodificabilidade unilateral dos tratados (Paul Fauchille – Droit International Public – 8ª ed. Paris – 1.926 – t. 1º, III, § 858).” (grifei)

53

Assim, verificamos pelo teor do voto acima transcrito, que o ilustre ministro Philadelpho Azevedo citando o direito comparado e disposições de alguns tratados, demonstra que os tratados internacionais (não diferenciando a matéria), prevalecem sobre a lei ordinária, mas devem observar os termos da Constituição.

Nesse mesmo sentido, o ministro Orosimbo Nonato, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, sustentou que:

*“Os tratados são interpretados de acordo com sua própria finalidade, e não em conformidade com as disposições legais restritivas do país contratante. O tratado é lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada à lei geral de cada país (...).” (grifei).*⁵⁴

Já na Apelação Cível nº 9.587, de 1951, o citado Ministro Orosimbo Nonato, reitera o quanto decidido no voto acima mencionado, nos seguintes termos:

⁵³ STF – ACi nº 7872/RS – Ministro Philadelpho Azevedo. 11.10.1943. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=519551&codigoClasse=161&numero=7872&siglaRecurso=&classe=ACi>> Acesso em: 09/07/2012.

⁵⁴ STF – ACi nº 9583 - embargos/RS – Ministro Orosimbo Nonato. 22.06.1950. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31070i>> Acesso em: 09/07/2012.

*“Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que **os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.** O saudoso Philadelpho Azevedo pronunciou-se brilhante e longamente sobre o assunto fazendo ressaltar a força de um tratado na legislação dos países que a ele se obrigaram.(...) Sem dúvida **que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional.**”⁵⁵ (grifei).*

Por fim, cumpre mencionar que a tese da supralegalidade foi defendida em 29/03/2000 pelo ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ, período em que, conforme verificaremos, prevalecia à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que pacificou o entendimento da paridade normativa.

Cumpra observar, entretanto, que a tese da supralegalidade defendida pelo ministro mencionado se refere apenas aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Assim, estabeleceu o ilustre ministro que:

“De logo, participo do entendimento unânime do tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (...). 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 como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista,

⁵⁵ STF – ACi nº 9587/RS – Ministro Orosimbo Nonato. 21.08.1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>> Acesso em: 09/07/2012.

*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 (...) 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 constante**".*⁵⁶ (grifei).

Portanto, verificamos que por muito tempo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que os tratados internacionais, de modo geral, eram leis especiais e que, por isso, não poderiam ser revogadas por lei interna do Estado, quer seja essa norma anterior ou posterior ao referido pacto internacional, devendo, entretanto, estrita observância aos ditames Constitucionais.

5.2 – PARIDADE LEGAL.

Após algumas décadas de jurisprudência do Supremo Tribunal federal priorizando os tratados internacionais ante as demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico, houve um rompimento deste entendimento na data de 01/06/1977.

Nesta época, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, a maioria dos ministros da corte entenderam que a Convenção de Genebra poderia ser modificada por lei nacional posterior.

⁵⁶ STF – RHC nº 79785/RJ – Ministro Sepúlveda Pertence. 29.03.2000. DJ nº 22/11/2002. Ementário nº2092-2 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>> Acesso em: 09/07/2012.

Assim, ficou consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico, ou seja, a lei posterior revoga a anterior.

Cumpra esclarecer que os ministros não fizeram distinção entre tratados de direitos humanos e os comuns, vez que a Convenção em debate se trata de Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias, sendo que ambos, possuindo força de lei ordinária, podem ser revogados por outra de mesma hierarquia.

A mudança do entendimento foi exposta no voto do Ministro Cunha Peixoto, que relatou:

*“Bem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no artigo 98 do Código Tributário Nacional (...) declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna (...) **Por isso mesmo, o art. 98 só se refere à legislação tributária, deixando, destarte, claro, não ser o princípio de ordem geral. Se a lei ordinária não pudesse, pela constituição, revogar a que advém de um tratado, não seria necessário dispositivo expresso de ordem tributária**”⁵⁷. (grifei)*

Nesse mesmo sentido, o Ministro Leitão de Abreu sustentou a tese da **paridade** entre os tratados e as normas infraconstitucionais de direito interno. Entretanto o ministro ressaltou, ao contrário dos demais, que no caso a lei não revoga um tratado, e sim afasta sua aplicação:

“(...) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que

⁵⁷ STF – RE nº 80004/SE – Ministro Cunha Peixoto. 01.06.1977. DJ: 29/12/77. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>> Acesso em: 09/07/2012.

contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado.

Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio 'lex posterior revogat priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação.

A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória.

Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.⁵⁸

(grifei)

De todo modo, a doutrina critica o entendimento da paridade legal firmado pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo como um retrocesso comparado à jurisprudência anterior de supralegalidade.

⁵⁸ STF – RE nº 80004/SE – Ministro Leitão de Abreu. 01.06.1977. DJ: 29/12/77. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>> Acesso em: 09/07/2012.

Nesse sentido, Flávia Piovesan acredita que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004:

“enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu”.⁵⁹

Valério de Oliveira Mazzuoli compartilhando da crítica da doutrinadora citada complementa que:

“Este entendimento do STF, portanto, não é aceitável e muito menos permitido. Não ratas as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários. Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. (...) Admitir, pois, que o Legislativo possa editar lei, revogando o tratado anteriormente firmado, é reconhecer o predomínio das Assembléias, em oposição ao dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado brasileiro”.⁶⁰

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 62-63.

⁶⁰ MAZZUOLIO, Valério de Oliveira. op. cit. p. 82-83.

Não obstante às críticas efetuadas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a matéria voltou a ser discutida em 23/11/1995 no julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/RJ.

Neste julgamento, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra da lei posterior revoga a anterior que com ela seja incompatível.

Nessa linha, o ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

*“Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno (...). **A circunstância do Brasil haver 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 (...). Parece-me irrecusável, 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 (...) o próprio***

*exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica (...) função de legislar (...).*⁶¹ (grifei).

A tese da paridade legal ainda prevaleceu no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3/DF de 04 de setembro de 1997.

Neste julgamento, o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, que pode ser resumido no voto do ministro relator Celso de Mello:

“Sabemos que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou entre nós, a tese – até hoje prevalecente na jurisprudência da corte – de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, mera relação de paridade normativa.

A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, por isso mesmo, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas (...). A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do

⁶¹ STF – HC nº 72.131-1/RJ – Ministro Celso de Mello. 23.11.1995. DJ: 01/08/03. Ementário 2117-40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>> Acesso em: 09/07/2012.

critério da especialidade (RTJ 70/333 – RTJ 100/1030 – RT 554/434).

*É certo que já se registra no direito comparado uma clara tendência no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas (...). Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.”.*⁶² (grifei).

A tese de paridade normativa também foi apreciada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 206.482-3/SP, de 27/05/1998, de relatoria do ministro Maurício Côrrea, o ministro Marco Aurélio em uma das passagens de seu voto afirmou:

*“Tenho presente, também, que o Pacto de São José da Costa Rica, subscrita pelo Brasil e, portanto, em pé de igualdade com a legislação ordinária, restringe – e aí teria havido a derrogação do Decreto-Lei nº 911, e chegaríamos, inclusive, à derrogação do próprio Código Civil quanto ao depositário infiel propriamente dito – a prisão por dívida à problemática alusiva aos alimentos”.*⁶³

Ainda, nesse mesmo julgamento, o ministro Celso de Mello afirmou que:

⁶² STF – ADI 1480 MC – Ministro Celso de Mello. 04.09.1997. DJ: 18/05/01. Ementário 2031-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>> Acesso em: 09/07/2012.

⁶³ STF – RE nº 206482-3/SP – Ministro Marco Aurélio. 27.05.1998. DJ: 05/09/03. Ementário 2122-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>> Acesso em: 09/07/2012.

“É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas de caráter meramente ordinário, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RJT 58/70 – RJT 83/809 – ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (...). Inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República”⁶⁴. (grifei).

Por fim, no julgamento do Habeas Corpus nº 81.319-4/GO, publicado em 19/08/2005, de relatoria do ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, decidiu pela tese da paridade legal entre os tratados internacionais, sem distinção da matéria, com a lei ordinária interna.

Em referido acórdão, o ministro relator utilizou-se praticamente das mesmas palavras e argumentos proferidos no acórdão nº 206482-3/SP acima citado e destacado.⁶⁵

Assim, verifica-se que, não obstante as críticas doutrinárias, por muitas décadas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o status normativo dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é a de paridade legal, ou seja, equivalência com a lei ordinária.

⁶⁴ STF – RE nº 206482-3/SP – Ministro Celso de Mello. 27.05.1998. DJ: 05/09/03. Ementário 2122-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>> Acesso em: 09/07/2012.

⁶⁵ STF – HC nº 81.319-4/GO – Ministro Celso de Mello. 24.04.2002. DJ: 19/08/05. Ementário 2201-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700>> Acesso em: 09/07/2012.

5.3 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466343-1/SP.

O objeto do Recurso Extraordinário nº 466343-1/SP é a de aferir se a possibilidade de prisão civil, inerente à ação de depósito, numa expressa exceção constitucional, poderia ser estendida ao devedor fiduciante, equiparado a depositário infiel pela legislação infraconstitucional brasileira.

Segundo Christiane Oliveira Peter da Silva, trata-se de um julgamento histórico:

*“cuja discussão não coube em apenas um processo, sendo necessário três deles (RE 349.703, RE 466.343 e HC 87.585) para que a questão pudesse ser enfrentada em sua plenitude. O julgamento do RE 466.343 foi o mais relevante, seguindo-se do julgamento do RE 349.703 e do HC 87.585. Este último foi de importância crucial para a afirmação de posição da Suprema Corte brasileira acerca do status jurídico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio.”*⁶⁶

No que tange ao status normativo dos tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil antes à emenda constitucional nº 45/2004, restou o Supremo Tribunal Federal dividido em duas teses:

A primeira, da supralegalidade, seguindo o voto do ministro Gilmar Mendes, e a segunda tese, da constitucionalidade, seguindo o voto do ministro Celso de Mello, sendo que a primeira tese foi a majoritária.

Entretanto, em relação à tese da paridade legal, Patrícia Cobiانchi Figueiredo observa que:

“Diante do retrocesso do entendimento prevalente no julgamento do RE nº 80.004/SE, o adotado no julgamento do RE nº 466.343/SP, distinguindo-se devidamente os tratados internacionais de direitos

⁶⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. (2010), “A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel: considerações sobre o RE 466.343”. *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. Org. MENDES, Gilmar Ferreira et. al. São Paulo: Saraiva, p. 85-93.

*humanos dos demais tratados e da legislação infraconstitucional, revela um significativo avanço”.*⁶⁷

Em linhas gerais, assim votaram alguns dos ministros que, direta ou indiretamente, adentraram no mérito do status normativo dos tratados de direitos humanos, tanto no Recurso Extraordinário 466.343/SP, quanto no julgamento do Habeas Corpus nº 87585/TO:

O ilustre ministro Celso de Mello, defendendo a posição hierárquica de norma Constitucional, assim votou:

“Após longa reflexão sobre o tema em causa (...) os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004 (...) revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. (...)”

Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, reconsiderando o seu anterior entendimento, tal como eu próprio ora faço neste julgamento, destacou, em momento que precedeu a promulgação da EC nº 45/2004, que o § 2º do art. 5º da Constituição – verdadeira cláusula geral de recepção – autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-

⁶⁷ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *op. cit.* p.77-78.

se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade”⁶⁸. (grifei)

O ministro C  zar Peluso em sua confirma  o de voto esclareceu o seguinte:

“Eu estava até recentemente algo hesitante em rela  o    taxinomiados tratados em face da nossa Constitui  o, mas estou seguramente convencido, hoje, de que o que a globaliza  o faz e opera em termos de economia, no mundo, a temática dos direitos humanos deve operar no campo jurídico. Os direitos humanos já não são propriedade de alguns países, mas constituem valor fundante de interesse de toda a humanidade.

Por isso, adiro    posi  o do grande publicista Paulo Borba Casella, o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constitui  o,    sempre ipso facto materialmente constitucional. E    possível extrair da conjugac  o dos às 2   e 3   do art. 5   que o que temos a     , pura e simplesmente, uma distin  o entre os tratados sem status de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do    3  , que são material e formalmente constitucionais (...).”⁶⁹ (grifei).

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa, não adotando uma tese em concreto, acredita que:

“Para mim, porém, o essencial    que a primazia conferida em nosso sistema constitucional    prote  o    dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a

⁶⁸ STF – RE n   466343/SP – Ministro Celso de Mello. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

⁶⁹ STF – RE n   466343/SP – Ministro Cezar Peluso. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo”⁷⁰.

A ministra Ellen Gracie assim procedeu em seu voto:

*“Pedirei vênia, porém, ao Ministro Menezes Direito, cujo voto muito louvo, e aos colegas que o acompanharam, para subscrever inteiramente a posição defendida originalmente pelo Ministro Celso de Mello (...). Tal qual Sua Excelência, **entendo que a exata aplicação do § 2º do artigo 5º garante que esses tratados (...) 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 direito que, além de expressamente previsto na Constituição, integram-se a ela por compromisso nacional”⁷¹. (grifei)*

Para o ilustre ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“(...) antes de qualquer outra consideração, fixar o status que essas espécies normativas ocupam no ordenamento jurídico nacional (...). A questão se põe, sobretudo, em vista do que estabelece o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que “os direitos e garantias expressas nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”. (...).

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

⁷⁰ STF – RE nº 466343/SP – Ministro Joaquim Barbosa. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

⁷¹ STF – HC nº 87585/TO – Ministra Ellen Gracie. 03.12.2008. DJ: 25/06/09. Ementário 2366-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>> Acesso em: 10/07/2012.

*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 constitucional”.*⁷². (grifei).

Já o ministro Eros Grau, não obstante usando como fundamentos o voto no ministro Menezes Direito, assim se manifestou:

*“(...) não posso deixar também de mencionar a erudição, a consistência do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (...). Apesar desse brilhantismo, quero fazer uma pequena observação no sentido de que – parece-me- esses tratados integram o chamado bloco da constitucionalidade. Faço-a única e exclusivamente porque cabe toma-los como parâmetro para o controle de constitucionalidade.(...) **Sim, confirmo hierarquia constitucional.**(...)”*⁷³ (grifei).

Já quanto ao voto proferido pelos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio:

“o ministro Carlos Britto posiciona-se pela afirmação dos direitos humanos e sua prevalência no ordenamento jurídico nacional, ainda que se considerem as normas de direito internacional apenas como leis ordinárias. É uma posição marcada pela diplomática posição de que pouco importa o reconhecimento formal de hierarquia constitucional ou supralegal às normas de direito internacional de direitos humanos, tais normas devem ser consideradas pelo Estado e sociedade brasileiras como integrantes de seu patrimônio jurídico e social. (...)

⁷² STF – HC nº 87585/TO – Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 03.12.2008. DJ: 25/06/09. Ementário 2366-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>> Acesso em: 10/07/2012.

⁷³ STF – HC nº 87585/TO – Ministro Eros Grau. 03.12.2008. DJ: 25/06/09. Ementário 2366-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>> Acesso em: 10/07/2012.

A posição de Marco Aurélio é a da força normativa das normas internacionais de direitos humanos como, no mínimo, normas supralegais, a qual teria o condão de recusar vigência a qualquer norma infraconstitucional com ela incompatível.”⁷⁴

5.3.1 – VOTO DO MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES.

A tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, já ratificados pelo Brasil antes ao advento da emenda constitucional nº 45/2004, foi proferida no voto do ilustre ministro Gilmar Mendes.

A referida tese é a que predomina no Supremo Tribunal Federal atualmente.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes citou as quatro correntes doutrinárias acerca do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, a da supraconstitucionalidade, a tese da constitucionalidade, a da paridade legal e, finalmente, a da supralegalidade.

Quanto a tese da Supraconstitucionalidade, o ministro ressaltou que:

“A dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais. (...) Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.(...) O argumento de que existe

⁷⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. (2010), “A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel: considerações sobre o RE 466.343”. *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição. Org. MENDES, Gilmar Ferreira et. al.* São Paulo: Saraiva, p. 85-93.

*uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. **A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.** A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional”⁷⁵. (grifei).*

Quanto à tese do status constitucional dos tratados de direito humanos, pré-emenda constitucional 45/2004, o ministro ressalva que:

*“Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (...).**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 constitucionais .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 jurídico.”⁷⁶*

⁷⁵ STF – RE nº 466343/SP – Ministro Gilmar F. Mendes. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

⁷⁶ STF – RE nº 466343/SP – Ministro Gilmar F. Mendes. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

Referente à tese da paridade legal, assim se manifesta o ministro:

“Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para esta tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.”⁷⁷ (...)

Após refutar tese por tese, para o ministro Gilmar Mendes é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, vez que equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

A tese adotada pelo ministro, pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Para argumentar sua tese, o ministro além de citar jurisprudências do direito comparado, cita que a supralegalidade é prevista na Constituição do Paraguai (artigo 9º), da Argentina (artigo 75, inciso 24), da França (artigo 55) e pela Constituição da Grécia de 1975 (artigo. 28).

No direito brasileiro, o ministro ressalta que vigora o princípio em matéria tributária da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional:

⁷⁷ Idem ibidem.

*“No Direito tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo artigo 98 do CTN. **Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por lei simples**”*⁷⁸. (grifei).

O ministro relembra ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era firme no posicionamento da suprallegalidade, e cita acórdãos que já estudamos no tópico 5.1.

Para Gilmar Mendes, eventuais conflitos entre os tratados de direitos humanos e a legislação interna:

*“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 (...).** Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.**”* (grifei)⁷⁹.

Por fim, o ministro ressalta que o legislador constitucional não fica impedido de submeter os tratados de direitos humanos já ratificados antes da emenda constitucional nº 45/2004 ao procedimento especial do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal:

⁷⁸ STF – RE nº 466343/SP – Ministro Gilmar F. Mendes. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

⁷⁹ STF – RE nº 466343/SP – Ministro Gilmar F. Mendes. 03.12.2008. DJ: 04/06/09. Ementário 2363-6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 10/07/2012.

*“De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, **conferindo-lhes status de emenda constitucional ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional**”⁸⁰. (grifei).*

6.0 – CONCLUSÃO.

Com o advento da emenda constitucional nº 45/2004, o legislador constituinte reformador, buscando pacificar a questão do status normativo dos tratados de direitos humanos, procedeu à inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, estabeleceu que o status normativo daqueles tratados fosse o de emenda constitucional.

Entretanto, permaneceu a lacuna no ordenamento jurídico quanto aos tratados especiais já ratificados pelo Estado antes da entrada em vigor da referida emenda 45/2004.

Assim, não obstante surgirem diversas teorias com relevantes fundamentos jurídicos, conforme apresentadas no tópico 4.1, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de conferir status normativo supralegal aos tratados de direitos humanos já ratificados no

⁸⁰ Idem ibidem.

ordenamento pátrio, revendo seu antigo e consolidado posicionamento de paridade legal.

As principais características em se conferir força supralegal a um tratado internacional é que, além de possuir nível hierárquico superior à legislação ordinária, mas inferior à própria Constituição Federal, possui o condão de suspender a eficácia de norma com ele conflitante, ainda que compatível e decorrente do texto constitucional.

Pelo posicionamento majoritário da suprema corte vigente, só há de se conferir status de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito declinado pela própria Constituição Federal.

Como uma maneira de amenizar as críticas por parte da doutrina, o supremo não descartou a hipótese de conferir status normativo constitucional aos tratados já ratificados antes da emenda nº 45/2004, desde que passem por um novo processo legislativo, nos ditames do parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna de 1998.

Porém, não parece que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja o mais adequado à solução que a importância da matéria exige.

Isso, porque, conforme verificamos no item 3.1, um tratado internacional de direitos humanos é ratificado pelo Estado mediante decreto legislativo, o que pressupõe quórum de maioria simples para a sua aprovação.

Assim, inconcebível imaginar que uma norma aprovada por maioria simples possa, por exemplo, ser hierarquicamente superior a uma lei complementar, que para a sua aprovação depende de maioria absoluta.

Com a mesma razão, não parece juridicamente adequado suspender a eficácia de norma que esteja de acordo com a constituição, mas incompatível com o tratado de direitos humanos, ao menos não como norma supralegal.

Neste sentido, acredito que também há dificuldades em se aceitar a tese da supraconstitucionalidade, contrária ao próprio princípio da supremacia da Constituição, sendo que inevitavelmente obstará qualquer tipo de controle de constitucionalidade, gerando insegurança jurídica.

Por outro lado, a tese da paridade legal não parece condizente com os objetivos e a realidade jurídica-internacional que visa à proteção dos direitos do homem.

Se aceitar que uma lei ordinária possa revogar um tratado internacional de direitos humanos, não só desconsideraria a relevância da matéria tutelada pelo instrumento internacional, acarretando a insegurança e o desprestígio do país perante a comunidade internacional, mas também a violação do artigo 27 da Convenção de Viena, que estabelece a proibição da parte invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.

Portanto, parece-me mais adequada a teoria que considera os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da emenda constitucional nº 45/2004 como status normativo constitucional.

E isso devido ao fato que, não obstante os tratados já ratificados serem aprovados como quórum de lei ordinária, a intenção do legislador constituinte originário foi a de preservar a importância dos direitos e garantias fundamentais humanos.

Essa intenção se verifica justamente no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que é preexistente à própria Emenda Constitucional 45/2004.

Assim, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico é certo que, sendo o tratado de direitos humanos, será este integrado pelo bloco de constitucionalidade, integrando o rol dos direitos fundamentais.

Não podemos esquecer que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, a teor do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Logo, se a própria lei maior confere essa proteção aos direitos fundamentais, esses devem possuir força normativa, no mínimo, constitucional.

E cabe ressaltar que o próprio artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garante a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais onde a República Federativa do Brasil seja parte.

Ademais, ao elaborar a emenda constitucional 45/2004, o próprio constituinte reformador garantiu a qualidade de status de emenda constitucional aos tratados aprovados com base no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde se verifica o caráter especial e a relevância da matéria de direitos humanos.

Portanto, certo é que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal prevê três vertentes dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil faça parte, justificando a tese ora entendida como a mais adequada de status normativo constitucional.

Pelo exposto, verifica-se a relevância acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, considerando que ao longo das últimas décadas é tema que ainda gera controvérsias na doutrina e jurisprudência.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002;

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996;

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: LTR, 2011;

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou supraconstitucional?*. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/895/625>> acessado em 04/07/2012.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em 04/07/2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público. Parte Geral*. Vol. 2. 03. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15^a. ed. São Paulo: Renovar, 2004;

MIGUEL, Alexandre. A constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 55;

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005;

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Almedina, 2007;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano* disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/pdf/ndh_boletim_02_esp.pdf>. Acesso em 04/07/2012.

REDIN, Giuliana (2007), “Crítica ao §3.º do art.5.º da CF/88 à luz da internacionalização dos direitos humanos”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 59;

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991;

SILVA, Christine Oliveira Peter da. (2010), “A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel: considerações sobre o RE 466.343”. *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. Org. MENDES, Gilmar Ferreira et. al. São Paulo: Saraiva, p. 85-93.

STF, ACi nº 7872/RS, Relator Philadelpho Azevedo, Brasília, 11 de outubro de 1943;

STF, ACi, Embargos, nº 9583/RS, Relator Lafayette de Andrada, Brasília, 22 de junho de 1950;

STF, ACi nº 9587/RS Relator Lafayette de Andrada, Brasília, 21 de agosto de 1951;

STF, ADI 1480, MC, Relator Celso de Mello, Brasília, 04 de setembro de 1997;

STF, HC nº 72131-1/RJ, Relator Marco Aurélio, Brasília, 23 de novembro de 1995;

STF, HC nº 81319-4/GO, Relator Celso de Mello, Brasília, 24 de abril de 2002;

STF, HC nº 87585-8/TO, Relator Marco Aurélio, Brasília, 03 de dezembro de 2008;

STF, MS nº 22164/SP, Relator Celso de Mello, Brasília, 30 de outubro de 1995;

STF, RE nº 80004/SE, Relator Xavier de Albuquerque, Brasília, 01 de junho de 1977;

STF, RE nº 206482-3/SP – Relator Maurício Corrêa, Brasília, 27 de maio de 1998;

STF, RE nº 466343/SP, Relator Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008;

STF, RHC nº 79785/RJ, Relator Sepúlveda Pertence, Brasília, 29 de março de 2000;

STJ, RHC nº 2777-0/RJ, Relator Pedro Acioli Brasília, 30 de junho de 1993.