

Os tratados internacionais de direitos humanos e o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

René Zamlutti Júnior¹

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à luz da introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para tanto, impõe-se a abordagem das principais correntes doutrinárias acerca do tema, bem como das posições que o Supremo Tribunal Federal adotou ao longo do tempo.

Explicitada a problemática que a questão envolve, bem como a insuficiência das soluções até agora aventadas, tanto na seara doutrinária quanto em âmbito jurisprudencial, pretende-se oferecer proposta de hermenêutica que supere os impasses que as posições mais consolidadas não lograram refutar.

2. O Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos – os embates na doutrina

A análise do tratamento que a Constituição Federal de 1988 reserva aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos debates

¹ Procurador do Estado de São Paulo, Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Assistente do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional na COGAE – PUC/SP – e Professor de Ciência Política na Universidade São Judas Tadeu.

doutrinários e jurisprudenciais que se desenvolveram ao redor do tema, evidenciam a elaboração de um sistema jurídico obscuro e confuso, que (talvez deliberadamente) não apresenta dispositivos claros e precisos o suficiente para encerrar as inúmeras controvérsias que a matéria suscita.

Com efeito, em que pese o fato de a Constituição de 1988, como marco da redemocratização, atribuir aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana papel de centralidade e proeminência, com força irradiante por todo o sistema jurídico brasileiro, o legislador constituinte parece não ter atentado para a circunstância de que o processo de internacionalização dos direitos humanos, já em franca expansão por ocasião da Assembleia Constituinte, tornava imperativa a elaboração de um sistema jurídico apto a regular as tensões que inevitavelmente surgiriam entre direito interno e direito internacional na seara da proteção dos direitos humanos.

A Constituição resultante, por conseguinte, afigura-se lacunosa na questão da internacionalização da proteção dos direitos humanos, tendo deixado aos seus intérpretes a árdua tarefa de extrair-lhe um sentido condizente com o texto constitucional em sua integralidade.

Embora grande parte da doutrina sustente a existência de distinção axiológica entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais que tratam de outros temas, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu expressamente qualquer espécie de distinção entre os tratados, mormente de caráter hierárquico, situação que durou de sua promulgação até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da CF um § 3º, estabelecendo que tratados internacionais de direitos humanos passariam a ter hierarquia equivalente à das emendas constitucionais, desde que respeitado o procedimento elencado em tal dispositivo.

Se a intenção do poder constituinte derivado, com a elaboração dessa norma, era pacificar os intensos debates que se desenvolveram acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a estratégia revelou-se absolutamente falha. A questão não apenas não foi pacificada, como os debates se tornaram ainda mais acirrados. Não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal estabelecido

entendimento (de forma não unânime) sobre o tema, a doutrina ainda debate os acertos e os equívocos de tal decisão, não se vislumbrando qualquer horizonte de consenso.

O Brasil, em sua atual Constituição, embora reconheça a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, não traçou, de início, qualquer distinção procedimental entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais que versam sobre outros temas.

Assim, a rigor, à exceção da norma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição, o texto constitucional revela-se omissivo no que tange a suposta distinção entre os tratados internacionais, a depender da matéria sobre os quais versam.

É inegável, no entanto, o papel central que a Constituição atribui aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Com efeito, já em seu art. 1º, elenca a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso III). E, dentre os princípios que hão de reger as relações internacionais do Brasil, a Constituição destaca o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Além disso, o § 2º do art. 5º da Constituição consubstancia cláusula de abertura a outros direitos fundamentais, que não os previstos na Constituição (tal dispositivo, como apontado anteriormente, é o cerne de toda a controvérsia acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro).

Todavia, ao disciplinar a forma como os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica brasileira, a Constituição, como já mencionado, não faz qualquer distinção entre tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tratados internacionais concernentes a outros temas.

Ademais, independentemente da matéria sobre a qual versam os tratados internacionais, a Constituição Federal, de modo geral, foi indiscutivelmente lacônica, limitando-se a disciplinar a matéria, de modo superficial, em apenas dois dispositivos: os arts. 49, I, e 84, VIII.

Indiscutível se mostra, assim, a existência de amplo espaço de conformação pela via interpretativa acerca da sistemática processual de

ingresso dos tratados internacionais (versem estes ou não sobre direitos humanos) no direito brasileiro, espaço este usualmente preenchido por normas oriundas do costume. Essa situação se afigura inegavelmente inadequada, na medida em que, ainda que haja prática procedimental já consolidada, abre espaço a interpretações e posturas as mais distintas, em detrimento da segurança jurídica.

A celebração de tratado internacional (seja ele ou não de direitos humanos) constitui ato complexo no qual estão envolvidos os Poderes Executivo e Legislativo.

O procedimento tem início por iniciativa do Presidente da República, conforme determina o art. 84 da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Exercida tal competência pelo Poder Executivo, o Presidente da República, no exercício de seu poder discricionário, *poderá* enviar Mensagem ao Congresso Nacional, que, nos termos do art. 49 da Constituição, tem competência exclusiva para aprová-la. Trata-se de prerrogativa do chefe de Estado, inserindo-se na esfera de sua discricionariedade.

Caso o Presidente da República envie a Mensagem, caberá ao Congresso averiguar a constitucionalidade do tratado. A tramitação perante o Legislativo se inicia na Câmara dos Deputados, que posteriormente encaminha ao Senado o projeto de Decreto Legislativo. Havendo a aprovação de seu teor, o Presidente do Senado promulgará o respectivo decreto legislativo.

Aprovado o decreto legislativo pelo Congresso Nacional, é facultado ao Presidente da República, de forma discricionária, ratificar o tratado. Poderá o Presidente ratificá-lo com reservas, caso haja dúvida acerca da constitucionalidade de determinados dispositivos.

A ratificação consolida o compromisso do Estado brasileiro de respeitar o tratado *perante a comunidade internacional*, ainda que determinados tratados internacionais prevejam o início de vigência a

partir do momento em que se alcança determinado número de adesões ou ratificações.

Parte da doutrina entende existir duas formas distintas de ingresso de tratado internacional no Brasil, a depender da matéria sobre a qual versa, entendimento este que se torna mais complexo à luz dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988, *in verbis*:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

Com efeito, para os adeptos da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, como decorrência do § 2º do art. 5º da Constituição, é inviável o reconhecimento de discricionariedade ampla para os Poderes Executivo e Legislativo (mormente porque a Constituição, como já visto, não prevê prazos para as aludidas fases procedimentais), pois se violaria, em última análise, a norma prevista no § 1º do mesmo artigo.

A relevância prática da adoção de uma ou outra postura teórica é inegável. Com efeito, a adoção de posicionamento que reconheça diferença ontológica entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas, com amparo nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, implicará não apenas o reconhecimento de procedimentos de ingresso distintos, quer se trate de uma ou outra espécie de tratado, como também de consequências em relação à própria possibilidade de denúncia dos tratados. É este, por exemplo, o posicionamento de Antônio Augusto Cançado Trindade e de Flávia Piovesan, que entendem haver, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas de incorporação de tratados internacionais, a depender da matéria sobre a qual versam, denominando-as “incorporação automática” (para os tratados internacionais de direitos humanos) e “incorporação legislativa” (para os demais tratados), já que aqueles prescindiriam da regulamentação legislativa para ingressar no direito brasileiro.

Outra consequência do reconhecimento da hierarquia diferenciada (ou seja, constitucional) dos tratados internacionais de direitos humanos seria, *de lege ferenda*, a impossibilidade de sua denúncia.

Vale lembrar que tais construções teóricas têm por espaço o imenso vácuo normativo deixado pela Constituição de 1988 acerca do tema, razão pela qual não surpreende a intensa controvérsia que se verifica na doutrina a respeito da questão.

Com efeito, entendimento oposto ao de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade é defendido por Elival da Silva Ramos, para quem não é possível extrair do mencionado § 1º “a grave consequência da incorporação automática de tratados internacionais ao nosso direito interno, algo que, como já foi visto, demanda manifestação de vontade inequívoca do Constituinte”, destacando o entendimento de que “a posição dos tratados internacionais na hierarquia das fontes normativas internas não interfere nos mecanismos de sua incorporação ao ordenamento nacional e vice-versa, consubstanciando questões distintas”.

O debate acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos em face da ordem jurídica interna brasileira tornou-se ainda mais acirrado após a inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Indiscutivelmente, os §§ 1º e 2º do art. 5º (complementados pelos arts. 1º, III, e 3º, II) foram os fundamentos da elaboração da conhecida teoria do “bloco de constitucionalidade” que seria integrado também pelos tratados internacionais de direitos humanos, os quais teriam, de acordo com essa teoria, *status* de norma constitucional, por conta da cláusula de abertura inserta no destacado § 2º.

É também em torno da interpretação dada a esses dois dispositivos que estabeleceu a mais acirrada controvérsia acerca da aplicabilidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos, especialmente na hipótese de conflitos entre normas internacionais e normas internas – controvérsia esta que o legislador constituinte reformador tentou, sem sucesso, solucionar, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º os §§ 3º e 4º, com o seguinte teor:

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008, adotou, de forma não unânime, o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam força supra-legal, sendo, no entanto, hierarquicamente inferiores às normas constitucionais.

O posicionamento pretoriano, contudo, não encerrou a controvérsia doutrinária acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em face da realidade brasileira, nem, reconheça-se, logrou superar os problemas metodológicos que seu entendimento anterior criou, originando, ao revés, novas dificuldades.

A timidez do legislador constitucional, assim, deu ensejo a inúmeras possibilidades hermenêuticas.

Como já mencionado, a Constituição Federal, como um todo, ou seja, como sistema, estabelece a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade humana como valores essenciais, a permear toda a interpretação de seus dispositivos.

Os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, nesse tocante, são o fundamento ao redor do qual se construíram as teorias voltadas à solução das inevitáveis antinomias entre as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos e as normas internas.

Contudo, há de se reconhecer que, especialmente em relação ao § 2º, o texto constitucional é marcado pela ambiguidade e pela falta de precisão.

O dispositivo pode ser dividido em duas partes, sendo a primeira – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – uma norma tradicional no direito brasileiro, e a segunda – “[...] ou dos trata-

dos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – uma inovação da Constituição de 1988, sem precedentes na história constitucional brasileira.

Com efeito, a primeira parte do dispositivo – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” – não constituiu qualquer novidade por parte do Constituinte de 1987, pois previsões constitucionais de natureza similar são encontradas ao longo de toda a história constitucional brasileira, a partir da Constituição Republicana de 1891, que continha tal previsão em seu art. 78. Portanto, a tradição constitucionalista republicana no Brasil consolidou a prática de uma enumeração de direitos fundamentais não taxativa, consagrando, ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais, uma cláusula de abertura ao reconhecimento de outros direitos de similar natureza, por conta da qual tem a jurisprudência reconhecido que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 não se limitam ao rol daqueles elencados no art. 5º.

Sob essa ótica, destaque-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal, pela interpretação conjunta dos arts. 5º, § 2º, 60, § 4º, IV, e 150, III, *b*, todos da Constituição Federal, reconheceu que o princípio da anterioridade em matéria tributária, previsto nesse último dispositivo, constitui garantia fundamental do indivíduo.

Portanto, como visto, a primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição Federal não trouxe qualquer novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, que já consolidara tal norma desde o advento da primeira Constituição republicana.

A grande inovação trazida pelo dispositivo em tela – condizente, vale lembrar, com os objetivos da redemocratização do país e do deslocamento do princípio da dignidade humana para a centralidade do sistema jurídico – está na sua segunda parte, que traz um preceito até então inédito no Brasil: “[...] ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa segunda parte do dispositivo consagra um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, que passam a contar não apenas com a proteção interna, mas também com a proteção inter-

nacional, por meio dos tratados internacionais sobre o tema aos quais o Brasil vier a aderir. E é em razão dessa segunda parte do § 2º do art. 5º que se instaurou a acirrada polêmica que, até o momento, ainda não foi superada.

De modo geral, a doutrina divide-se em quatro grandes correntes em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em face das normas internas: ou se lhes reconhece natureza supraconstitucional; ou se lhes atribui *status* equivalente ao de normas constitucionais; ou se lhes confere um caráter supralegal, mas infraconstitucional; ou, finalmente, se lhes equipara às leis ordinárias.

Na doutrina brasileira, à luz das Constituições pátrias, as quatro doutrinas encontraram quem as defendesse.

A corrente que defendia a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Constituição Federal tinha, na doutrina pátria, entre seus defensores, Celso de Albuquerque Mello, não tendo alcançado ampla adesão.

Carlos Thompson Costa Fernandes observa que “essa posição jamais formou maioria na doutrina brasileira, nem tampouco foi contemplada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, esclarecendo:

Conforme se pode deduzir das decisões prolatadas nas Apelações Cíveis ns. 7.872/RS e 9.587/DF, respectivamente, nas décadas de 1940 e 1950, a Colenda Corte defendia a posição de prevalência das normas presentes em tratados internacionais em face da legislação interna, mas sempre em sujeição à Constituição brasileira.

O mesmo autor acrescenta ainda que

o obstáculo objetivo à adoção desse ponto de vista, acima sinalizado, reside no fato de que a própria Constituição Federal, em seu art. 102, III, *b*, admite a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, quando houver decisão negando aplicação de normas de tratado firmado pelo Brasil por vício de inconstitucionalidade, seja, também, por qualquer outro juiz ou Tribunal.

Portanto, no que concerne à realidade brasileira, o próprio direito positivo vigente inviabiliza a adoção desse posicionamento. Dessarte, à luz da Constituição brasileira, tal tese há de ser afastada.

O segundo posicionamento, que encontrou bastante acolhida na doutrina brasileira – embora não na jurisprudência –, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico equivalente ao de norma constitucional, notadamente por força da cláusula de abertura inserta na segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição, lido em consonância com o § 1º.

Uma das autoras mais consagradas a adotar essa tese no Brasil é, sem dúvida, Flávia Piovesan, que assim se posiciona:

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

[...]

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

É esse também o entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso, Ingo Wolfgang Sarlet, Vidal Serrano Nunes Jr., Valerio Mazzuoli, Carlos Roberto Siqueira Castro, Francisco Rezek e Cançado Trindade, dentre outros.

A despeito da prestigiosa doutrina que acolheu tal teoria, o entendimento não prevaleceu na seara jurisprudencial, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, circunstância que sempre gerou severa crítica, no âmbito doutrinário, por parte dos adeptos dessa corrente.

A força dessa teoria, no entanto, sofreu considerável abalo com a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que trouxe uma nova dimensão normativa aos tratados internacionais de direitos humanos e intensificou os debates doutrinários, elevando-os a novo patamar de complexidade e reforçando os argumentos dos críticos da teoria do “bloco de constitucionalidade”. Ainda assim, a inclusão dessa norma no texto constitucional não fez com que os defensores dessa segunda corrente enxergassem em seu teor elementos aptos a invalidar a tese até então defendida. Assim, de modo geral, os autores que, anteriormente à inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, defendiam a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não desanimaram diante da nova norma, nem viram nela motivo para alterar seu posicionamento.

Contudo, para significativa parcela da doutrina, o novo dispositivo encerrou a questão, estabelecendo, de forma peremptória, a natureza infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, os quais somente passariam a ter *status* hierárquico equivalente ao de emendas constitucionais se cumpridos os requisitos previstos no aludido parágrafo.

Nesse tocante, destaca-se o entendimento de José Afonso da Silva, autor que, inicialmente filiado à corrente que atribuía aos tratados internacionais de direitos humanos *status* hierárquico constitucional, reformulou seu entendimento após a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição – sem, no entanto, deixar de reconhecer a tais normas a condição de *materialmente constitucionais*, e sem traçar qualquer juízo de valor acerca do acerto ou desacerto da decisão legislativa. Relevante também é observar que, para o autor, o reconhecimento da *constitucionalidade material* dos tratados de direitos humanos não implica – ao menos a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 – a assunção de *status* formalmente constitucional, nem mesmo pela via da cláusula de abertura do § 2º.

Entendimento similar é adotado por Elival da Silva Ramos, para quem a segunda parte do § 2º do art. 5º “nada predica em relação ao posicionamento hierárquico dos tratados sobre direitos humanos incorporados ao direito interno brasileiro, que a interpretação sistemática da CF/88 remete ao nível de paridade com a legislação ordinária”.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, embora critique a opção do legislador constituinte (a qual considera um retrocesso no processo de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na esfera supranacional), entende que a única hermenêutica possível, à luz do § 3º do art. 5º da Constituição, consiste em atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos *status* constitucional apenas se estes forem aprovados com os requisitos previstos em tal dispositivo. “Não sendo aprovada nos moldes desse rito e com o *quorum* qualificado, terá força de lei ordinária, resolvendo-se eventual conflito pelas regras ínsitas a conflitos dessa envergadura”.

Constata-se, portanto, que a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal veio a robustecer a teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status* equivalente ao de lei ordinária, salvo na hipótese de aprovação com observância do rito especial previsto em tal dispositivo.

Finalmente, em relação à corrente doutrinária que sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos situar-se-iam em grau hierárquico intermediário entre as leis ordinárias e as normas constitucionais, sendo superiores àquelas, mas inferiores a estas, destaca-se o posicionamento defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário em *Habeas Corpus* n. 79.785/RJ (julgado em 29 de março de 2000), posição que, no entanto, no aludido recurso, restou vencida. Com efeito, embora parte de seu entendimento conste expressamente da ementa da decisão (“4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.”), a tese da supralgalidade dos tratados internacionais de direitos huma-

nos não prevaleceu, tendo o Pretório Excelso mantido o entendimento, então consolidado há mais de duas décadas, que equiparava os tratados internacionais à legislação ordinária.

Curiosamente, no entanto, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos viria a ressurgir no Supremo Tribunal Federal anos depois, por ocasião da mudança de um paradigma consolidado por quase três décadas.

3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, acolheu algumas das teorias anteriormente mencionadas. Cumpre notar, no entanto, que o Supremo não chegou a aceitar, em momento algum, a consagrada teoria que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional. Tampouco recepcionou a teoria que lhes atribuía hierarquia superior à das normas constitucionais.

Além disso, como observa Elival da Silva Ramos, a

jurisprudência do STF jamais acolheu o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos teriam tratamento diverso dos demais pactos internacionais no tocante ao posicionamento hierárquico em face das fontes normativas internas e à incorporação ao ordenamento nacional.

Contudo, Jacob Dolinger observa que

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 Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 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 n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda nesse sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que

estabelece: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”.

O alegado primado do direito internacional, no entanto, estabeleceu-se em face da legislação ordinária, e não das normas constitucionais.

Relevante, para o objeto do presente estudo, é a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 71.154, em 04 de agosto de 1971. Embora tal julgamento não tivesse por objeto qualquer tratado internacional de direitos humanos, mas sim a Lei Uniforme sobre o Cheque (adotada pela Convenção de Genebra), a decisão foi importante no sentido de consignar a desnecessidade da repetição de norma internacional pela legislação pátria, bem como, por outro lado, a imprescindibilidade da promulgação de decreto pelo Presidente da República.

Como visto anteriormente, parte da doutrina sustenta que, à luz da Constituição de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos teriam forma de incorporação à ordem jurídica brasileira distinta daquela aplicável aos demais tratados internacionais. Embora a decisão epigrafada seja anterior à promulgação da Carta de 1988 e não tenha por objeto tratado de direitos humanos, mas um tratado “comum”, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal jamais acolheu a tese da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, quer os tratados versem ou não sobre direitos humanos.

No mais, impende observar que a não aceitação, pelo Supremo, da distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, restou confirmada em 1997, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, ocorrido em 04 de setembro de 1997; portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988. Além disso, o objeto dessa Medida Cautelar era a análise da constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/92 e do Decreto n. 1.855/96 que incorporaram ao direito interno brasileiro a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Versando, portanto, sobre direitos humanos de natureza social (direitos trabalhistas), após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão da qual se defluiu a rejeição à

tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ingressariam na ordem jurídica interna brasileira por procedimento distinto daquele aplicável aos demais tratados internacionais. O não acolhimento da tese em âmbito pretoriano, contudo, não implicou sua rejeição na esfera doutrinária, na qual ainda conta com grande aceitação, como visto anteriormente.

A par do aspecto procedimental de incorporação dos tratados internacionais, acresce observar que, até o ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal manteve, acerca da questão concernente à hierarquia dos tratados internacionais em face da legislação interna, o entendimento exarado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977, que atribuía aos tratados internacionais, *independentemente da matéria sobre a qual versassem*, estatura hierárquica compatível com a de leis ordinárias.

Convém observar que a matéria versada no aludido recurso extraordinário não dizia respeito a direitos humanos. De fato, o tratado internacional acerca do qual se instaurou a controvérsia então dirimida foi a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Convenção de Genebra), que apresentava antinomia com o Decreto-lei federal n. 427/69, tema, portanto, estranho à temática dos direitos humanos. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu aplicável o entendimento a todo e qualquer tratado internacional. A decisão foi motivo de severa crítica por parte da doutrina que acolhia a tese do “bloco de constitucionalidade”, mas a crítica não sensibilizou o Pretório Excelso, que manteve seu entendimento em decisões posteriores.

A questão da antinomia entre tratados internacionais de direitos humanos e normas do ordenamento jurídico brasileiro interno ganhou novos ares a partir de 1992, com a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica. Com efeito, a adesão ao aludido tratado instaurou uma antinomia entre norma nele previsto e dispositivo inserto na Constituição de 1988, em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Como é sabido, a chamada prisão civil é prevista na Constituição Federal no inciso LXVII de seu art. 5º, que admite tal modalidade de prisão para o inadimplemento de obrigação alimentícia e para o depositário infiel.

Por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, vigia no Brasil (e ainda vige) o Decreto-lei federal n. 911/69, o qual, regulando o contrato de alienação fiduciária, equiparou, em seu art. 4º, o devedor fiduciante à figura do depositário. Assim, a não devolução de veículo alienado a instituição financeira (na qualidade de credora fiduciária), como garantia da dívida decorrente de financiamento para a aquisição de tal bem, em caso de não localização deste ou da transferência de sua posse direta a terceiro, implicaria a equiparação do devedor fiduciante à figura do depositário infiel, viabilizando sua prisão civil, nos termos do art. 652 do Código Civil, combinado com os arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

À luz do precitado inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, tal prisão seria admissível, diante da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, determinada pelo Decreto-lei em questão.

Em 1992, no entanto, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 7º, n. 7, estabelece:

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Há evidente contradição entre o dispositivo transcrito – que elenca como única hipótese de prisão civil por dívida aquela decorrente da obrigação alimentar – e o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que, além dessa hipótese, também prevê a prisão civil do devedor fiduciante, por sua equiparação ao depositário infiel. A contradição ensejou o surgimento de acirrada controvérsia doutrinária, até hoje ainda não pacificada.

Como visto, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, em 1977, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual os tratados internacionais, independentemente da matéria neles contida, teriam hierarquia idêntica à das leis ordinárias.

Embora a decisão tenha sido anterior à promulgação da Constituição de 1988, e tivesse por objeto matéria estranha ao tema dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se mani-

festar especificamente acerca da antinomia entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição e o art. 7º, n. 7, da Convenção Americana, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ, em 23 de novembro de 1995. E, em tal julgamento, o Supremo manteve o entendimento acerca da paridade hierárquica entre os tratados internacionais (em especial, nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos) e as leis ordinárias, não restando qualquer dúvida, por conseguinte, acerca da confirmação da postura adotada em 1977, mesmo à luz da nova Constituição e da Convenção Americana.

Releva notar que a votação, no julgamento do aludido *Habeas Corpus*, não foi unânime, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Contudo, apesar de quatro votos contrários, observa Flávia Piovesan que “esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998; ADI 1480-3-DF, 4.9.1997; e RE 243.613, 27.4.1999”.

Não obstante, acerca da divergência entre os votos, observa Elival da Silva Ramos que

esses votos, capitaneados pelo Ministro-relator Marco Aurélio, não discreparam da maioria relativamente à qualificação do Pacto de San José da Costa Rica como fonte normativa no âmbito infraconstitucional, equiparada à legislação ordinária. O que sustentaram os propugnadores da concessão da ordem de habeas corpus, naquela ocasião, foi a não recepção do Decreto-Lei n. 911/69 pela CF/88, na parte em que equipara, em sede de alienação fiduciária de bens móveis, a figura do devedor fiduciante à do depositário, com as decorrências legais de tal equiparação.

A questão ganhou novos aspectos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, de acordo com o qual os tratados internacionais de direitos humanos terão hierarquia equivalente à de emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

A alteração no texto constitucional, evidentemente, trouxe significativo impacto para a posição jurisprudencial acerca da matéria.

O próprio Ministro Celso de Mello, que defendera a natureza infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, reconheceu, em voto proferido no *Habeas Corpus* n. 87.585-8, a necessidade de reavaliação de seu posicionamento anterior, observando, em relação à inclusão do § 3º no art. 5º da Constituição, que

em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição [...]. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

O tema foi analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008, do qual se destaca o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

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 n. 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º [...].

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente 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.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de normas constitucionais, terão que ser aprovados em *quorum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [grifo nosso.]

Por fim, o Ministro conclui que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.

A conclusão a que chegou o Ministro Gilmar Mendes – e que foi endossada pela maioria da Corte, tornando-se o novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – pode ser sintetizada no seguinte trecho do aludido voto:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese 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.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello, no entanto, reiterou o entendimento exposto em seu voto no *Habeas Corpus* n. 87.585-8, posicionando-se, novamente, pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, não apenas em razão do § 3º do art. 5º, mas também por força do § 2º.

Vidal Serrano Nunes Júnior, observando que “o STF, em seus pronunciamentos mais recentes, vem incorporando a noção de que os tratados internacionais teriam caráter supralegal, estando, portanto, situados sob a Constituição, mas sobre a legislação ordinária”, traz ainda outro exemplo de decisão nesse sentido, consubstanciada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 95.967/MS (j. 11.11.2008).

Demonstrado, assim, o caminhar da jurisprudência acerca da intrincada questão, impende passar à análise crítica das soluções até agora buscadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, a fim de apontar seus acertos e equívocos, bem como proceder a uma avaliação acerca do grau de sucesso de tais soluções, à luz dos problemas práticos que a realidade contemporânea tem ensejado.

4. Análise crítica da questão, à luz da realidade brasileira

Em razão da dicção lacunosa da Constituição no que tange aos tratados internacionais, especialmente quanto aos que versam sobre direitos humanos – matéria que, por sua relevância, tanto na ordem interna quanto na internacional, deveria ter recebido maior atenção por parte do legislador constituinte –, doutrina e jurisprudência esforçaram-se para encontrar uma solução para a questão das eventuais (e inevitáveis) antinomias entre normas internacionais e normas externas.

Uma análise crítica das soluções até aqui apresentadas revela que nenhuma delas logra solucionar de modo satisfatório o problema. Cada proposta soluciona um aspecto da questão, dando ensejo, no entanto, ao surgimento de outros dilemas. Cumpre, assim, expor, ainda que de

forma breve, as correções e fragilidades das principais teorias que buscam resolver o impasse.

4.1. A teoria da força supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Essa teoria, como visto, não foi consagrada no direito brasileiro, notadamente porque, como bem afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, sua adoção implicaria a inviabilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

E se é certo que há autores, como Celso D. Albuquerque Mello, que veem tal impossibilidade como um aspecto positivo de tal teoria, não resta dúvida de que, à luz de um ordenamento jurídico que, como o brasileiro, consagra a supremacia formal e material da Constituição, sua adoção afigura-se inviabilizada.

Outrossim, esse entendimento jamais foi acatado pela jurisprudência, não tendo efetiva relevância prática, em especial se comparado às demais correntes de pensamento, que, como já visto, marcaram presença de modo mais marcante, ora na doutrina, ora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando não em ambas.

4.2. A teoria do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Como visto, tal teoria encontrou terreno fértil no campo doutrinário, embora a jurisprudência jamais a tenha acolhido, ao menos até o presente momento. Convém lembrar, no entanto, que o Ministro Celso de Mello, no voto proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, acenou para a aceitação dessa tese, que poderá, no futuro, vir a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, seja pelas premissas de que parte, seja pelas consequências que acarreta, a teoria da força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não parecia ser a mais adequada à realidade brasileira, ao menos até a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em primeiro lugar, a criação da dicotomia ontológica entre tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais sobre outros temas, a ensejar processos distintos de incorporação, não encontra, na Constituição Federal (que, repita-se, é lacônica e omissa em relação ao tema), amparo expresso.

A conclusão de que a Constituição passou a admitir a possibilidade de haver uma distinção hierárquica implícita (ou seja, que dispensa o rito especial previsto no § 3º) entre tratados de direitos humanos e tratados “comuns”, por decorrência da cláusula de abertura do § 2º, esbarra não apenas no silêncio constitucional que infirma tal presunção, mas também em aspectos práticos.

Com efeito, cite-se, à guisa de exemplo, a Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao analisar a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (que, a toda evidência, *não é* um tratado internacional de direitos humanos), se manifestou nos seguintes termos:

80. Da leitura conjunta dos textos citados, depreende-se que a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece, como uma função primordial do funcionário consular, a atribuição de assistência ao nacional do Estado remetente, na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Neste âmbito, a Corte estima que a norma que consagra a comunicação consular tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados em assistir aos seus nacionais, através das atuações do funcionário consular e, paralelamente, reconhecer o direito correlato que tem o nacional do Estado remetente de acessar o funcionário consular com a finalidade de procurar a referida assistência.

[...]

84. Portanto, a Corte conclui que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares reconhece ao estrangeiro detido os direitos individuais correspondentes aos deveres correlatos a cargo do Estado receptor. Esta interpretação é confirmada pela história legislativa do citado artigo. Desta, depreende-se que, mesmo quando desde o início alguns Estados consideraram que era inadequado incluir formulações quanto aos direitos que

assistiam aos nacionais do Estado remetente, no final estimou-se que não existia nenhum obstáculo para reconhecer os direitos ao indivíduo, no referido instrumento.

Conclui-se, à luz de tais excertos, que um direito fundamental foi reconhecido no bojo de um tratado internacional “comum”, que, a prevalecer a teoria em exame, haveria de ser recepcionado na ordem interna brasileira por meio de “incorporação legislativa”, e não por “incorporação automática”.

Esse exemplo concreto evidencia que a abordagem dicotômica pode levar a impasses concretos insuperáveis.

É certo que o § 3º, sob determinada ótica, favorece o acolhimento dessa dicotomia. Nesse sentido, Patrícia Cobianchi Figueiredo afirma que

o advento de tal disposição trouxe uma patente contribuição, pois reconheceu a distinção entre os tratados de direitos humanos e os demais tratados e que, por isso mesmo, devem receber um *status* diferenciado, diga-se, superior às demais normas jurídicas.

No entanto, o recebimento do tratado por meio de *quorum* qualificado não implica, *de per si*, uma *apriorística* distinção ontológica entre as duas espécies de tratados, mormente porque, para grande parte da doutrina, a submissão dos tratados ao procedimento especial constitui uma *faculdade* do poder público, e não uma obrigação. Ora, a se admitir a tese de que mesmo tratados internacionais de direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, impõe-se a conclusão de que estes *poderão* ter *status* diferenciado – logo, também poderão não tê-lo.

Há de se observar, ainda, que a interpretação dada por essa corrente aos §§ 2º e 3º da Constituição Federal nulifica a existência deste último.

Com efeito, se pela cláusula de abertura prevista na parte final do § 2º, os tratados internacionais de direitos humanos já gozam de *status* hierárquico equivalente ao das normas constitucionais, a inclusão dos tratados no chamado bloco de constitucionalidade já bastaria que estes passassem a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, bem como para que se “petrificassem” pela via do § 4º do art. 60.

A assim ser, a “constitucionalização formal” propugnada seria irrelevante, tornando o § 3º norma ociosa. Vale dizer, implicaria a aceitação do argumento de que o aludido parágrafo foi inserido à toa no art. 5º, já que sua presença ou ausência acarretariam a mesma consequência. Evidentemente, tal entendimento não pode ser acatado.

Além disso, a interpretação do § 2º feita por essa corrente, até o advento da EC n. 45/2004, era *uma das possíveis interpretações*. Como apontado anteriormente, a redação do § 2º é extremamente lacônica e imperfeita, abrindo espaço a diversas possibilidades hermenêuticas. Ocorre que, após a inserção do § 3º, tal interpretação não mais se afigura possível, sob pena de se inutilizar tal norma. Daí a constatação de que os defensores dessa corrente, após a alteração constitucional, redobram seus esforços argumentativos, sem, no entanto, chegar a qualquer resultado que não implique a absoluta desconsideração do § 3º.

Diga-se por oportuno, assiste razão ao Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido no RE n. 466.343-1/SP, que a inclusão do § 3º está a indicar que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

Some-se a isso o fato de que as outras correntes interpretativas analisadas tinham, dada a vaguidade do dispositivo, tanto potencial de aplicabilidade quanto a corrente do “bloco de constitucionalidade”.

Também não há como aceitar o argumento de que a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos deflui da existência do § 2º do art. 5º da Constituição, sendo o § 3º, como afirma Celso Lafer, apenas uma norma interpretativa, apta a validar o entendimento anterior à sua inserção no texto constitucional. Em primeiro lugar, porque a estrutura da norma em questão nada tem de interpretativa. Em segundo lugar, porque, se efetivamente pudesse ser assim considerada, a interpretação dela resultante militaria justamente no sentido contrário à tese do bloco de constitucionalidade.

Outras dificuldades exsurtem da adoção de tal entendimento.

Ingo Wolfgang Sarlet, que defende a teoria do “bloco de constitucionalidade”, reconhece, no entanto, a dificuldade de se atribuir, aos

tratados anteriores ao ingresso do § 3º do art. 5º na ordem jurídica (mormente com base na teoria da recepção), hierarquia constitucional.

A adoção da teoria do bloco de constitucionalidade resta dificultada também diante da possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do Poder Executivo federal, caso tais tratados não ingressem no ordenamento jurídico brasileiro pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Como já visto, a denúncia do tratado independe de atuação do Poder Legislativo (ao contrário do que ocorre com sua incorporação). Ora, é no mínimo estranho que uma norma jurídica detenha *status* constitucional e seja considerada cláusula pétrea, sendo inviável sua eliminação mesmo por Emenda Constitucional, cujo procedimento é o mais rigoroso dentre aqueles previstos na Constituição, e seja, ao mesmo tempo, eliminável por um único ato, de ampla discricionariedade, do Chefe do Executivo federal.

A questão da necessidade de referendo congressional está sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625, ainda pendente de julgamento, em que se contesta a validade do Decreto Presidencial n. 2.100/1996, que denunciou, sem referendo do Congresso Nacional, a Convenção Internacional n. 148 da OIT.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por seu turno, sustenta que “até mesmo tratado que não tenha sido internalizado no rito do artigo acima citado deve ser submetido à vontade congressional, para efeito de denúncia, conforme prescreve o art. 49, I, do texto constitucional, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para “resolver definitivamente sobre tratados”. Curioso é notar que tal posição é defendida por autor que sustenta que, sem passar pelo rito do § 3º, os tratados internacionais de direitos humanos terão *status* hierárquico equivalente ao de lei ordinária.

De qualquer forma, é imperioso reconhecer que a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal fragilizou sobremaneira a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos ostentam hierarquia constitucional por força do § 2º do mesmo artigo. Adotar tal entendimento, com efeito, implicaria, em última análise, negar vigência ao novo parágrafo.

4.3. A teoria da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos

Esta foi, como visto, a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008, consubstanciando mudança do paradigma adotado pela Corte desde 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE.

A mudança de paradigma, conquanto tenha representado um avanço no que concerne à proteção dos direitos humanos, não deixou de receber duras críticas da doutrina.

Elival da Silva Ramos, nesse tocante, afirma:

A despeito do esmerado rigor técnico-jurídico da jurisprudência do STF sobre celebração, incorporação e posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, dela transparecia o grande desconforto de Ministros com a situação dos devedores fiduciantes inadimplentes [...].

[...]

Sem embargo da qualificação jurídica dos atuais integrantes de nosso mais alto Tribunal, não posso deixar de lastimar que para se obter resultado correto, que a consciência ético-jurídica do País impunha, qual seja, a eliminação das graves consequências da equiparação entre o devedor fiduciante e o depositário infiel (art. 4º do DL n. 911/69), esteja o STF prestes a abandonar construção jurisprudencial impecável, no tocante ao *status* hierárquico dos tratados internacionais (em geral) incorporados ao direito nacional. Para tanto, ou se pretende, com elevada dose de voluntarismo, afirmar o posicionamento infraconstitucional, porém supralegal, dos tratados sobre direitos humanos anteriores à EC n. 45/04, ou, o que é mais grave, se propõe o reconhecimento da estatura constitucional (derivada) dessas convenções. [...]

Com melhores razões, e sem comprometer a solidez e coerência de sua conspícua jurisprudência sobre o tema, deveria o STF, na linha dos votos vencidos no HC n. 72.131/RJ, simplesmen-

te, ter considerado incompatível com a CF/88 a equiparação efetuada pelo Decreto-Lei n. 911/69 da alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, para efeito do exercício de maior coerção sobre o devedor fiduciante, recalcitrante na entrega do bem alienado.

Carlos Thompson Costa Fernandes, por sua vez, observa que esse entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

desprestigia completamente a regra trazida pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que possibilita a outorga de hierarquia normativa diversa aos tratados dos direitos humanos daquela encampada pela Norma Suprema, e à margem de qualquer intervenção legislativa.

Acrescenta, ainda, que “se o legislador constituinte tivesse demonstrado essa pretensão, não teria regulado o § 3º da forma como o disciplinou. Teria dado tratamento idêntico ao conferido, por exemplo, pela Constituição germânica”.

A par da aceitação teórica dessa tese – que, como observam os autores mencionados, não encontra esteio na gramática constitucional – acresce observar que, no plano prático, a aplicação da teoria à realidade brasileira, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, levou a impasses insuperáveis.

Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, o STF consolidou o entendimento de que o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza hierarquicamente superior ao Decreto-lei n. 911/69, cujo art. 4º viabiliza ação de depósito com pedido de prisão civil contra o depositário infiel, nas hipóteses de alienação fiduciária.

Decidiu a Corte na ocasião – acertadamente – que o contrato de depósito em questão não se revestia das típicas características do instituto, aproximando-se antes de uma ficção jurídica voltada à defesa dos interesses de grandes corporações financeiras. Sob tal ótica, e a toda evidência, não se configuraria a possibilidade da prisão civil, pois a situação fática não se amoldaria à hipótese prevista no inciso LXVII do art. 5º da Constituição.

Corretíssimo o raciocínio, quando aplicado às hipóteses de depositário infiel em face de contrato de alienação fiduciária. Contudo, a jurisprudência que se seguiu a tal julgamento não se restringiu apenas a essa hipótese, abarcando toda e qualquer possibilidade de prisão civil de depositário infiel.

O equívoco perpetrou-se, cumulando na aprovação, em 16 de dezembro de 2009, da Proposta de Súmula Vinculante n. 31 (convertida na Súmula Vinculante n. 25), que tem a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

A aplicação da Súmula em questão à realidade concreta contraria frontalmente o entendimento que o próprio Supremo espousa sobre o tema, uma vez que, de forma implícita, atribui ao art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, hierarquia superior à que possui o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Não bastasse o equívoco inicial – de estender a todo e qualquer depositário infiel os efeitos de uma decisão inicialmente relativa apenas a contratos de alienação fiduciária – que, em última análise, implica frontal violação ao princípio da igualdade (uma vez que trata igualmente situações desiguais) e que, *de per si*, já seria passível de severas críticas, a aprovação da Súmula Vinculante n. 25 consubstancia o coroamento desse equívoco, na medida em que “engessa” a atuação de qualquer Magistrado ou Tribunal que entenda que, não se tratando de contrato de alienação fiduciária, a Constituição Federal deve prevalecer sobre o Pacto de São José da Costa Rica.

Mais grave é a constatação de que o Supremo Tribunal Federal não atentou para o teor de seus próprios argumentos na construção do novo paradigma acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, criando a apontada inconsistência. Se esta será percebida, e, caso o seja, se haverá disposição – por parte do próprio STF – para corrigir o equívoco; e finalmente, quais serão as consequências para o futuro de um eventual reconhecimento desse erro, são questões que apenas o tempo poderá responder.

Ora, a interpretação jurídica tem por objeto a realidade, e não fornecer subsídios para discussões acadêmicas sem maior interesse concreto. A conclusão lógica a que se chega é a de que a decisão judicial, como

resultado da interpretação jurídica, não pode fazer sentido apenas no papel; deve fazer sentido também perante a realidade concreta. Por conseguinte, os juízes têm o dever de atentar para as consequências de suas decisões. Como afirma Neil Mac Cormick:

Há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis em casos que envolvessem o “problema de pertinência”, de “interpretação” ou de “classificação”.

Esclarece ainda o mesmo autor:

Um sistema jurídico não é uma ciência natural, e sob aspectos importantes, é fundamentalmente diferente. No entanto, do ponto de vista da lógica da justificação, existem dois pontos de contato: as decisões jurídicas tratam do “mundo real”, da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de “conhecimento” – nesse caso, todo o corpo do sistema de direito normativo, em vez de um corpo de teoria descritiva e explanatória.

Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico.

A análise atenta da decisão que levou à aprovação da Súmula Vinculante n. 25 deixa claro que o Pretório Excelso não atentou para as consequências concretas de sua decisão e, por conseguinte, acabou por negar vigência à norma constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel.

É certo que, à primeira vista, a decisão que reconhece a natureza “supralegal” aos tratados internacionais de direitos humanos não atingiria, aparentemente, a norma constitucional. Contudo, a norma constitucional se limita a autorizar a prisão do depositário infiel, sem elencar seus requisitos. Uma vez que estes sempre estiveram previstos na legislação infraconstitucional, a aplicabilidade da norma constitucional resta inviabilizada.

Poder-se-ia argumentar que tal situação se resolveria por emenda constitucional que incluísse na própria Constituição os requisitos, limi-

tes temporais da pena, etc. O raciocínio, à primeira vista, parece correto. Mas é justamente nesse ponto que a realidade – desconsiderada pelo STF na decisão – o inviabiliza.

Em uma série de decisões (citem-se, apenas à guisa de exemplo, as ADIns ns. 3.105-8/DF e 3.128-7/DF, e o MS n. 24.875-1/DF, dentre inúmeras outras), o Supremo já reconheceu a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social.

Isso significa que o próprio STF já consolidou o entendimento de que, uma vez que um direito fundamental alcança um determinado patamar, não se pode “retroceder” para o patamar anterior.

Ora, se com o reconhecimento da tese da “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos e a edição da Súmula Vinculante n. 25, o STF, *embora tendo em vista a legislação infraconstitucional*, reconheceu a ilegalidade da prisão civil de todo e qualquer depositário infiel, a alteração do texto constitucional para que nele constassem os requisitos necessários à implantação de tal modalidade de custódia implicaria um inequívoco retrocesso.

A assim ser, o argumento invocado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, no sentido de que o teor dos tratados inviabilizaria apenas a legislação infraconstitucional, mas não a Constituição, não tem como prevalecer.

Desse modo, impõe-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, por não ter atentado para as consequências de sua decisão, acabou por determinar que a legislação infraconstitucional (pois é esta a natureza que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos, como visto) negasse vigência a dispositivo constitucional, deitando por terra a “força normativa da Constituição” pela qual tanto lutou.

O exemplo exposto deixa claro, portanto, que uma decisão judicial que não leve em conta as consequências concretas do que foi decidido, uma decisão que, nas palavras de Mac Cormick, aparentemente faz sentido no sistema jurídico, mas não faz sentido no mundo, consubstancia gravíssimo equívoco interpretativo, de nefastas repercussões para a realidade concreta. Tratando de decisão proferida em Corte Constitucional, desnecessário observar que tais repercussões se afiguram ainda mais graves.

Procedente, nesse sentido, a crítica doutrinária que aponta a falta de técnica, oriunda talvez do excesso de voluntarismo que norteou a decisão paradigmática, a caracterizar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, e como bem observado por Elival da Silva Ramos, teria sido mais conformada ao texto constitucional uma decisão que, sem necessitar investigar a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos perante a ordem jurídica brasileira, simplesmente decidisse que o art. 4º do Decreto-lei n. 911/69 não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por ocasião de sua promulgação.

4.4. A teoria da equivalência hierárquica entre tratados internacionais de direitos humanos e leis ordinárias

Finalmente, resta analisar a teoria segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* equivalente ao das leis ordinárias, a não ser nos casos em que sua aprovação seguisse o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, assumindo, assim, grau hierárquico equivalente ao das emendas constitucionais.

Essa posição foi, como visto, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por mais de três décadas, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, sendo substituída, no âmbito pretoriano, pela tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP.

A teoria, sem dúvida, é a que melhor se amolda a uma leitura estrita e positivista do texto constitucional. Ainda assim, não se afigura imune a críticas.

No campo axiológico, tal entendimento contraria todo o sentido evolutivo da proteção dos direitos humanos, na medida em que fragiliza os dispositivos de tratados que contêm compromissos de ordem internacional. Significa, em última análise, que ainda que o Brasil tenha assumido um compromisso perante a comunidade internacional, o legislador pátrio pode inviabilizar o cumprimento de compromissos de tal natureza, com a simples promulgação de uma lei ordinária.

Mais do que isso, pode dar ensejo a graves contradições sistêmicas, tornando o aparato de proteção dos direitos humanos inconsistente e, por corolário, frágil.

Assim é que, ao se reconhecer que apenas os tratados internacionais de direitos humanos votados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição teriam hierarquia equivalente à das normas constitucionais, tendo os demais, inclusive aqueles anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, *status* equiparado ao de lei ordinária, estar-se-ia a admitir que diplomas que viessem a complementar tratados já existentes (com *status* de lei ordinária) pudessem ingressar na ordem jurídica brasileira com força constitucional.

Dessa forma, um tratado “principal” (a Convenção Americana, por exemplo) teria força de lei ordinária, mas um eventual Protocolo, que apenas o complementasse, teria *status* constitucional. A inconsistência que norteia tal raciocínio é gritante, e poderia levar a consequências práticas indesejadas.

Argumento similar é desenvolvido por Flávia Piovesan:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria um anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.

Vale lembrar que, ainda de acordo com o entendimento da citada autora, seria mesmo possível, nessa hipótese, a denúncia daquele, mas não a deste. Levada a hipótese ao paroxismo, a denúncia de um eventual tratado com força de lei ordinária poderia resultar na paralisação de

outro, com *status* equivalente ao de norma constitucional e, por conseguinte, elevado à condição de cláusula pétreia.

Ademais, a adoção de tal corrente doutrinária implica o grave inconveniente de se admitir a existência de tratados internacionais de direitos humanos com hierarquias distintas, dentro de um mesmo ordenamento jurídico – o que, se não chega a constituir uma inconstitucionalidade, nem uma ilegalidade, indiscutivelmente traduz uma ilogicidade sistêmica e uma ameaça, ao menos potencial, à segurança jurídica e à integridade e coerência interna do ordenamento.

Em suma, a despeito da alegada (por alguns autores) superioridade técnica de tal corrente de pensamento em relação às demais, uma reflexão atenta sobre seus postulados principais revela que, assim como as outras, esta também apresenta falhas que lhe maculam o rigor científico e, por corolário, impedem seu acolhimento, ao menos sem que haja uma boa dose de crítica a seus fundamentos.

4.5. Uma possível solução – o reconhecimento da cogência do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal

Do exposto, constata-se que a doutrina e a jurisprudência que se debruçam sobre o tema apresentam, em regra, soluções incapazes de resolver os sérios problemas que a quadra atual de desenvolvimento da internacionalização da proteção aos direitos humanos apresenta.

A responsabilidade por tal situação, contudo, não há de recair sobre a doutrina ou a jurisprudência, as quais, diante do quadro possível, desdobram-se em esforços hermenêuticos à procura de um eixo de coerência no sistema, e sim sobre o legislador constituinte, que, por ocasião da promulgação da Constituição, trouxe a lume um sistema (no que concerne ao objeto do presente estudo) falho, lacunoso e imperfeito, que dá espaço a inúmeras teorias – mas não admite a adoção indiscriminada e integral de qualquer delas.

Sem a pretensão de solucionar em definitivo um dilema que nem a doutrina nem a jurisprudência foram capazes de superar a contento, parece admissível, no entanto, sugerir uma proposta de solução, que, a par de, como as demais, ostentar imperfeições, afigura-se potencialmen-

te apta a dar, dentro do possível, uma resposta adequada ao problema da internalização, pelo direito brasileiro, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tal solução consiste, em síntese, em reconhecer, na norma insculpida no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, uma *cogência* para os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, por ocasião da adesão a *qualquer* tratado internacional de proteção aos direitos humanos.

A doutrina, como visto, divide-se acerca da obrigatoriedade ou não de respeito ao rito previsto no aludido parágrafo.

Para Carlos Thompson Costa Fernandes, inexisteria tal compulsoriedade. Valério Mazzuoli e Ingo Wolfgang Sarlet, por outro lado, sustentam a compulsoriedade do rito.

Atribuir ao § 3º do art. 5º da Constituição o caráter de obrigatoriedade para o ingresso de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro pode parecer, à primeira vista, entendimento que fragiliza a proteção de tais direitos na ordem brasileira. Contudo, como bem observa Sarlet, se analisado tal dispositivo à luz da intenção do legislador constituinte – que, obviamente, tinha por escopo robustecer, e não enfraquecer, tal proteção – e em cotejo com os §§ 1º e 2º desse mesmo art. 5º, tal exegese atribuiria a maior compatibilidade possível – dentre as teorias até agora examinadas – entre os três dispositivos. Além disso, passada a fase de internalização, é indiscutível que os direitos previstos em tais tratados encontrariam maior proteção jurídica, na medida em que restariam equiparados às emendas constitucionais.

É certo que a leitura isolada do § 3º, se *permite* tal interpretação, leva a crer, por outro lado, que não era esta a inteligência que o legislador pretendia decorrente da dicção da norma. Com efeito, desencaixado de seu contexto, o parágrafo em questão indicaria ser mais condizente com a intenção legislativa a opção pela discricionariedade.

Ocorre que a adoção da discricionariedade legislativa leva a toda a problemática até aqui exposta, sem vislumbre de solução. Por outro lado, a leitura de tal dispositivo *à luz dos dois primeiros parágrafos do artigo 5º* autoriza uma hermenêutica que atribua ao rito nele contido o caráter da obrigatoriedade.

A adoção desse entendimento leva, ainda, à superação de uma discussão que, conquanto não mais se encontre em debate no âmbito jurisprudencial, ainda tem bastante relevo na esfera doutrinária, a saber, a dúvida acerca dos procedimentos de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Como visto anteriormente, a doutrina divide-se acerca da existência ou não de dois procedimentos distintos de ingresso de tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. Parte da doutrina defende que a natureza de tais tratados levaria ao que Flávia Piovesan denomina “incorporação automática”, enquanto os demais tratados ingressariam no sistema brasileiro pelo método da “incorporação legislativa”; outra parte da doutrina entende que a inexistência de determinação legal expressa nesse sentido implica paridade de procedimentos para ambas as espécies de tratados.

Também já se observou que o Supremo Tribunal Federal não acolheu tal distinção entre “incorporação automática” e “incorporação legislativa”, consolidando seu entendimento nesse sentido quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, em 04 de setembro de 1997; portanto, após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Se, como já visto, a decisão pacificou a questão no âmbito da jurisprudência (embora não no campo doutrinário), não se pode deixar de reconhecer que tal decisão é anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. O acréscimo do § 3º do art. 5º ao texto constitucional, independentemente da celeuma causada e do acirramento dos debates doutrinários já existentes, indiscutivelmente acrescentou às discussões um novo elemento: pela primeira vez, o legislador constitucional efetivamente apontou para uma distinção entre os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versam sobre outros temas. Tal circunstância é mais do que suficiente para lançar novas luzes sobre a controvérsia acerca da forma de incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – e, por conseguinte, eventualmente levar ao ressurgimento de uma discussão que, ao menos em sede jurisprudencial, já se encontra encerrada.

No entanto, a se reconhecer um caráter de cogência ao § 3º, a discussão acerca da forma de incorporação de tais tratados perderia o sentido e

o objeto, pois o rito insculpido em tal norma, uma vez aplicado a todo e qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, tornaria tais diplomas forçosamente equiparados, em termos hierárquicos, às emendas constitucionais, num processo de internalização mais robusto.

Como afirmado anteriormente, ao se admitir que tratados internacionais de direitos humanos *podem* ingressar no ordenamento jurídico brasileiro sem passar pelo rito especial do § 3º, há de se reconhecer, por corolário, que tais tratados *poderão* ter *status* diferenciado, não que o terão obrigatoriamente. Ou seja, poderão também não receber tal *status*.

No entanto, a se atribuir um caráter de obrigatoriedade ao rito diferenciado previsto no art. 5º, tal objeção desaparece, tornando-se possível reconhecer que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, a Constituição passou a reconhecer uma diferença ontológica entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os tratados que regulam outras matérias.

Isso não significa que tal reconhecimento decorra da norma prevista no § 2º, como parte da doutrina já sustentava mesmo antes da entrada em vigor do § 3º. Ao contrário, é justamente o ingresso desse no sistema jurídico que permite, numa interpretação feita à luz dos parágrafos anteriores do art. 5º, chegar a tal conclusão.

O reconhecimento de uma natureza cogente ao § 3º soluciona, ainda, a questão do risco de denúncia daqueles tratados que eventualmente ingressem no ordenamento jurídico sem a submissão ao tratamento “diferenciado”, na medida em que simplesmente *não existirão* tratados internacionais de direitos humanos que ingressem no ordenamento brasileiro sem a proteção oferecida pelo § 4º do art. 60 da Constituição. Com efeito, se todos os tratados forem obrigatoriamente aprovados pelo procedimento especial previsto em tal dispositivo, tratando-se de direitos humanos, gozarão da proteção oferecida pelo aludido dispositivo, tornando-se cláusulas pétreas.

Dois outros aparentes problemas podem surgir diante da proposta hermenêutica ora apresentada.

O primeiro problema está na natureza a ser atribuída aos tratados anteriores, aos quais a jurisprudência reconheceu *status* equivalente ao

de lei ordinária – do qual decorre ainda o risco de que os tratados anteriores venham a ser denunciados, criando uma estranha situação em que o “principal” deixa de existir no ordenamento interno e o “acessório” remanesce, ainda por cima com o *status* de emenda constitucional.

O segundo problema está nas hipóteses em que, como ocorreu com o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (conforme estabelecido na Opinião Consultiva n. 16/1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos), normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não será garantida a hierarquia constitucional.

Os problemas, no entanto, como já indicado, são apenas aparentes. À luz de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, é possível solucioná-los.

Em relação à natureza equivalente à de lei ordinária, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos tratados anteriores à decisão proferida no RE n. 466.343-1/SP, não se pode desconsiderar a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes quando afirma, em seu voto proferido nesse mesmo Recurso Extraordinário, que a inclusão do § 3º indica que, para o legislador constitucional reformador, os tratados internacionais de direitos humanos *não tinham* hierarquia similar à das normas constitucionais. Do contrário, o aludido parágrafo não teria sido inserido no texto constitucional.

A despeito disso, uma vez que se reconheça força cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, a interpretação sistemática do texto constitucional e o princípio da unidade da constituição impõem uma leitura distinta daquela que até então fora feita pelo Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento da natureza equivalente à de emenda constitucional aos tratados submetidos ao rito previsto no parágrafo 3º há de levar, forçosamente, à releitura dos tratados anteriores *dos quais os posteriores são desdobramentos e especificações*, sob pena de, como afirma Flávia Piovesan, o objeto principal se sujeitar a uma proteção mais frágil do que o acessório, o que poderia levar, em última análise, à fragilização da proteção (equivalente à proteção que as emendas constitucionais recebem) atribuída a esse acessório.

Por outro lado, ainda que o raciocínio ora exposto tome por pressuposto a relação entre “principal e acessório”, no que tange aos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45 (no cotejo com os que lhe são posteriores, sempre pressupondo a obrigatoriedade do procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º), não haveria sentido em deixar os tratados anteriores que *não* tenham essa relação com os tratados novos numa espécie de vácuo normativo.

Com efeito, a se reconhecer a obrigatoriedade do rito especial previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição, torna-se possível afirmar que, a partir do ingresso de tal norma no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constitucional passou a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos um novo *status* normativo, equiparando-os, em termos de hierarquia, às emendas constitucionais. Tal grau hierárquico recairia sobre a espécie normativa em si, o que, evidentemente, acarretaria consequências para os tratados anteriores à inserção da nova norma na ordem jurídica.

Desse modo, a alteração constitucional implicaria uma forçosa modificação do grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, *inclusive daqueles anteriores ao ingresso da norma*, como forma de adaptação de tais diplomas normativos à ordem constitucional vigente.

O entendimento ora defendido guarda equivalência com a alteração de *status* normativo do Código Tributário Nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, como explica Sacha Calmon Navarro Coêlho:

A referência do CTN é a Constituição de 1946, emendada em sua parcela tributária pela Emenda nº 18, de 01.12.1965.

Hoje, vivemos sob a égide da Constituição de 1988, suas emendas e inúmeras leis complementares da Constituição, àquela época formalmente inexistentes.

[...] Como se vê, surdiu no mundo jurídico como lei ordinária. Ocorre que, ao dispor, desde então, sobre matérias que hoje são privativas de lei complementar, tem-se por assente que é uma lei complementar *ratione materiae*. Significa que suas regras somente podem ser alteradas por outras leis complementares da Constituição.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à inserção do § 3º do artigo 5º. Se o legislador constituinte reformador inseriu no texto constitucional uma nova norma, a partir da qual uma determinada espécie normativa (os tratados internacionais referentes a direitos humanos) assume um grau hierárquico similar ao das emendas constitucionais (entendimento que, repita-se, parte do pressuposto de que a aludida norma tem caráter cogente), a alteração do texto constitucional há de acarretar, forçosa e inevitavelmente, consequências para os diplomas normativos de mesma natureza que a antecederam.

Diante de tais circunstâncias, restaria impositivo atribuir a *todos os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n° 45* (guardem ou não relação temática com os tratados posteriores à aludida Emenda), a partir da entrada em vigor dessa Emenda, uma posição hierárquica equivalente à das emendas constitucionais.

Cumprе observar, no entanto, que o reconhecimento dessa posição hierárquica não implica o acolhimento dos argumentos invocados pelos defensores da teoria do “bloco de constitucionalidade”, que fundamentavam seu entendimento apenas e tão somente na norma contida no parágrafo 2º do artigo 5º – o que, como visto anteriormente, implicaria a total irrelevância do parágrafo 3º.

Pelo contrário, é justamente o ingresso do parágrafo 3º no artigo 5º que torna impositiva uma exegese capaz de harmonizar o texto constitucional como um todo, e em especial os parágrafos do artigo 5º. Para tanto, e para que a introdução desse parágrafo 3º consubstancie um avanço e não um retrocesso na proteção dos direitos humanos, é necessário buscar uma leitura dos dispositivos que confira coerência e unidade ao sistema constitucional, ainda que tal leitura contrarie as decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria – decisões estas que, como visto ao longo do trabalho, jamais deixaram de ser questionadas pela doutrina.

Há que se reconhecer, por conseguinte, que a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal (desde que reconhecida sua cogência) torna, por força do princípio da unidade da constituição, obrigatória a releitura também do parágrafo 2º, o que poderá

implicar em alteração inclusive da posição atual do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Finalmente, no que concerne à possibilidade de que normas protetivas de direitos humanos ingressem no ordenamento brasileiro no bojo de tratados internacionais “comuns”, aos quais não seria, em tal situação, garantida a hierarquia constitucional, não se vislumbra qualquer impedimento formal a que parte do tratado, ou alguns dispositivos apenas, sejam submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º, a fim de garantir sua proteção.

Em suma, o eventual reconhecimento de um caráter cogente ao parágrafo 3º do artigo 5º, sem o menosprezo (antes com a observância) das consequências ora apontadas (que exsurgem como obrigatórias, a fim de manter a coerência e a unidade do sistema) afigura-se a forma mais adequada de tornar a nova norma um instrumento de ampliação, e não de restrição, da proteção dos direitos humanos.

Se é fato que, do complexo processo legislativo gerado pela Assembleia Nacional Constituinte em 1987, resultou a Constituição *possível*, com suas qualidades e seus defeitos, as teorias que buscam solucionar o impasse oriundo da inércia do legislador constituinte no que concerne ao relevante tema hão de apresentar, ao menos até que haja uma regulamentação mais adequada da matéria pelo Poder reformador, também as soluções *possíveis*. Que as insuficiências do sistema constitucional reflitam nas insuficiências das soluções apresentadas, é fenômeno que a ninguém há de espantar.

11. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

AMARAL Jr., Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”.

In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.º. 63/64, jan./dez. 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIDART CAMPOS, Gérman J. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n.º. 182, jul./dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das organizações internacionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “O fim das ‘leis’ de autoanistia”. **Correio Braziliense**, 18.12.2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2.ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, et al. (org.). **Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUNNE, Tim e WHEELER, Nicholas J. **Human rights in global politics**. Cambridge: Cambridge University, 1999.

EVANS, Malcolm e MURRAY, Rachel (eds.). **The African Charter of Human and People's Rights: the system in practice: 1986-2000**. Cambridge: Cambridge University, 2002.

FERREIRA, Lauro César Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GORDILLO, Augustín. **Derechos humanos, doctrina, casos y materiales: parte general**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

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

LAFER, Celso. "O cinquentenário da Declaração Universal. A tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. Resistência e realizabilidade". In: **Comércio, desarmamento, direitos humanos, reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAC CORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *RIL*, 162/165.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SMITH, Rhona e VAN DEN ANKER. **The essentials of human rights**. Oxford: Hodder Arnold, 2005.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais**. 3^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

NUNES Jr., Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9^a. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (orgs.), **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas e desafios contemporâneos. v. II**. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RATNER, Steven S. e ABRAMS, Jason S. **Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg Legacy.** 2^a. ed. [s.l.p.]: Oxford University, [s.d.p].

REZEK, Francisco. **Direito internacional público – curso elementar.** 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Ordem Jurídica Nacional (Parecer).** Brasília, 20.04.1981.

RIBEIRO, Maria de Fátima e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional dos direitos humanos. Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan.** Curitiba: Juruá, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro”. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano I, n^o. 4, julho/setembro 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade.** 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Cristiane Oliveira Peter da e CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Ferreira Mendes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, G. E. do Nascimento e ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Rhona K. M. e ANKER, Christien Van Den (eds.). **The essentials of human rights**. London, Hodder Arnold, 2005.

STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International human rights in context – law, politics and morals**. 2^a. ed. Oxford: Oxford University, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILHENA, Oscar. “Supremocracia: vícios e virtudes republicanas”. In: **Valor Econômico**, edição de 06.11.2007.

VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VINCENT, R. J. **Human rights and international relations**. Cambridge: Cambridge University, 1986.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO