

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO E HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

FLÁVIA DE ÁVILA¹
flaviadeavila@gmail.com

Segundo Marçal (2008), o Direito é produzido de maneira autoritária em sociedades nas quais tanto a educação quanto o exercício da cidadania não tornam efetiva a participação crítica dos cidadãos, pelo livre exercício de sua racionalidade e autonomia. Esta é a realidade do Estado brasileiro, responsável pela instituição do Estado Democrático de Direito neste território, que, mesmo depois da edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ainda não permite que práticas emancipatórias ocorram no âmbito de seus poderes instituídos. Isto, porque, conforme enfatiza Marçal, o *Colonialismo* português deixou marcas socioculturais profundas no país, que se impregnaram na tradição jurídica brasileira e ainda hoje são “[...] responsáveis pela escassa participação cidadã no processo de efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil”.

Primeiramente, Marçal (2010, p. 9) identificou o “[...] *idealismo dogmático e dedutivista* [...]” como fator que se reflete no modo de pensar e operar dos agentes do Direito brasileiro, tanto no que diz respeito à sua formação educacional quanto na atitude adotada em relação à reprodução de fórmulas legais arcaicas e interpretações judiciais deficientes. O segundo fator, a “[...] *postura parasitária e frequentemente ilegal de agentes públicos* [...]”, relaciona-se com a postura dos administradores estatais, que se comportam como senhores da coisa pública e beneficiários últimos dos fins do Estado. Deste modo, os cidadãos são encarados como seres desprovidos de autonomia, relegados a coadjuvantes no exercício da cidadania ou mesmo coagidos por pessoas que utilizam do aparato legal para se portarem de maneira “[...] *autoritária, formal e cartorial* [...]”.

¹ Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutora de Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), pesquisadora e professora do Núcleo de Relações Internacionais da Universidade Federal de Sergipe. Email: flaviadeavila@gmail.com

Por fim, Marçal (2010, p. 9) chama a atenção para a presença do ardiloso “[...] *paternalismo simbiótico* entre Estado e governados, largamente difundido e estruturalmente reforçado pelas práticas sociais, econômicas, jurídicas e políticas brasileiras [...]”, pelo qual a apatia e o descrédito dos cidadãos são fomentados. Nesta perspectiva, o Estado é encarado como um utópico provedor, do qual tudo se pode esperar em termos de promessas proclamadas, mas não cumpridas e muito menos cobradas. Deste modo, torna-se cômodo ao cidadão simplesmente aguardar, portanto sem exercer seu direito de reivindicação, por soluções pouco realistas para problemas eminentemente públicos, enquanto a impunidade dos administradores fica sem apuração.

Desta maneira, continua Marçal (2010, p. 10), o eminentemente formal Estado Democrático de Direito, instituído no país, acarreta a “[...] *descrença do cidadão e mediação providencialista* dos agentes públicos: tanto o cidadão como o agente público conhecem o jogo que estão jogando e acreditam-se ganhadores [...]”. E, ainda conforme Marçal (2010, p. 10), a experiência construída pelo cidadão, que sempre conviveu com práticas e linguagens que refletem esta mentalidade sociocultural, a ele se revela e convence que de nada adiantaria se posicionar ativamente ou se comprometer com atitudes garantidoras da mudança de suas condições desfavoráveis, o que perpetua a anulação da incapacidade de o modelo institucional efetivar direitos. Assim, o tão prolatado Estado Democrático de Direito, que se diz consagrado pela Constituição Cidadã de 1988, torna-se simulacro da real situação do país, que ainda é a dessa retroalimentada e alimentadora simbiose.

O mesmo se pode dizer em relação à efetividade dos Direitos Humanos no Brasil, que estão previstos em tratados internacionais, dos quais o país faz parte de maneira apenas formalizada, mas cujos empecilhos para a efetiva aplicação advêm das mais diversas frentes. Mesmo assim, pouco a pouco, se percebem brechas neste sistema, principalmente causadas pela engajada atuação de alguns setores da sociedade civil, em articulada conjugação com pressões externas, muitas delas provenientes de organismos internacionais de Direitos Humanos.

Um exemplo das contradições que o Brasil apresenta no âmbito da proteção de direitos diz respeito à participação brasileira em fóruns e organizações internacionais sobre Direitos Humanos, bem como no que diz respeito à adoção de tratados internacionais que versam sobre a matéria. Cançado Trindade (2000, p. 35) afirma que, no plano das relações internacionais, percebe-se a ativa participação dos representantes brasileiros na redação de

instrumentos internacionais de Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que, no plano interno, tais tratados não eram adotados em razão de desrespeitos aos Direitos Humanos que ocorriam no país. Loureiro, por sua vez, (2004, p. 22) enfatiza as pressões que o país começou a receber principalmente dos Estados Unidos em razão do redimensionamento da política externa norte-americana ocorrida durante o governo Carter.

No âmbito das Américas, a proposta de criação de um tribunal que tivesse competência para julgar os Estados no que diz respeito a violações de Direitos Humanos foi brasileira, apresentada na IX Conferencia Internacional Americana, ocorrida em Bogotá, no ano de 1948. Esta proposta se transformou na Resolução XXI da OEA, que dispunha sobre a necessidade da criação de órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Por ocasião da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, ocorrida em Santiago do Chile em 1959, o representante brasileiro apresentou projeto de resolução com finalidade de fortalecimento da democracia nas Américas, sustentando a superioridade da lei sobre os governos, bem como a incorporação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, ao direito positivo dos Estados. O Brasil também se manifestou em favor da celebração de uma convenção que tivesse o propósito de proteger regionalmente os Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 40).

Desta reunião, originou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada pela Resolução VIII, que, em razão de seu estatuto, de 1960, tinha poderes limitados para a promoção e proteção dos Direitos Humanos. Assim, na VIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Punta del Este, em 1962, por meio da Resolução IX, estipulou-se que houvesse ementa ao tratado constitutivo da OEA, o que veio a ocorrer na II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965. Nesta ocasião, foi adotada a Resolução XXII, que ampliou os poderes da Comissão para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos. Em todas estas situações, o Brasil sempre foi considerado um dos grandes interlocutores em favor dos Direitos Humanos, tendo inclusive defendido a posição de que acordos regionais e universais de Direitos Humanos coexistiriam em harmonia (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 39-48).

Contudo, depois do Golpe de Estado de 1964, o Brasil procurou manter sua tradição de grande interlocutor pela defesa dos Direitos Humanos nas Américas, porém adaptando tais expedientes a sua situação interna. Este paradoxo, segundo Carvalho Ramos (2012, p. 202), pode ser esclarecido pela tentativa das ditaduras em comunicar uma aspecto de normalidade para os demais países da sociedade internacional, o que legitimaria seu poder e daria apoio para sua perpetuação. Para isto, seria necessário “[...] mimetizar o discurso de respeito a direitos humanos e democracia, mesmo sem qualquer intenção de pô-lo em prática”.

Deste modo, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida na cidade de San José, na Costa Rica, em 1969, o Brasil foi um dos maiores defensores da criação da CADH, mas apresentou a proposta de cláusula facultativa de reconhecimento da jurisdição da CorteIDH, constante do art. 62 do texto da convenção, que não permite o reconhecimento automático da jurisdição da Corte a partir do momento da ratificação ou da adesão do Estado ao tratado. No âmbito da Assembleia Geral da OEA, por exemplo, em 1979 o Brasil fez reservas em relação a atribuições que seriam conferidas à Comissão Interamericana de DH para que tratasse de matérias de cunho econômico, social e cultural em nome da não intervenção em assuntos internos (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 49, 58).

A respeito das posições brasileiras em foros multilaterais de Direitos Humanos, o Brasil se mostrava um participante ativo, como na I Conferencia Mundial de Direitos Humanos da ONU, ocorrida em Teerã, em 1968, da qual resultou a Proclamação de Teerã e 29 outras resoluções sobre a matéria. Todavia, a incongruência da atuação internacional brasileira em relação aos Direitos Humanos, a despeito de sua ativa participação internacional, fez com que o país apresentasse posições dúbias perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU. Ou seja, ora o Brasil reafirmava sua suposta convicção nas obrigações internacionais do país frente aos Direitos Humanos, mas ora também defendia que caberia aos Estados a responsabilidade exclusiva sobre a matéria (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 55-57).

A posição paradoxal brasileira também era constatada em razão da ausência de vontade política para que houvesse a adesão do país ao PIDCP, ao PIDESC e à CADH, dentre outros tratados, apesar do parecer emitido por Cançado Trindade, ao Ministério das Relações Exteriores, declarando que não havia qualquer impedimento constitucional e relembrando às autoridades brasileiras sobre a participação ativa de seus representantes em

foros nos quais estes documentos foram negociados (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 57).

Somente nos primórdios do processo de redemocratização do Brasil, em 1985, é que o presidente José Sarney assumiu publicamente o compromisso de aderir a tratados de Direitos Humanos, o que de fato começou a se concretizar em 1998, como se verá mais à frente. Apesar disso, o texto constitucional de 1988 não dispôs diretamente sobre o processo de aprovação de tratados desse tipo, portanto ficando considerado análogo ao da legislação ordinária e herdando, assim, todos os entraves burocráticos que tornaram o processo legislativo bastante moroso no país. No início dos anos 90, após a mobilização da opinião pública, o país aderiu à CADH e aos pactos internacionais de 1966, além de outros documentos internacionais importantes (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 57-72; CARVALHO RAMOS, 2012, p. 203).

A nova ordem constitucional brasileira, apesar de não conter um artigo sobre a hierarquia de tratados internacionais de Direitos Humanos, dispôs sobre uma cláusula aberta, pela qual os direitos dos cidadãos brasileiros não se esgotariam no texto da constituição. No âmbito formal, a CRFB/88 contém extenso rol de direitos e garantias constitucionais, que abarca vários artigos e numerosos incisos. Desde seu art. 1º, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dentre outros, são fundamentos do Estado Democrático de Direito. O conteúdo conceitual tanto de cidadania quanto de dignidade da pessoa humana abrange, em tese, os preceitos jurídicos estipulados nos artigos posteriores, a exemplo do art. 5º, cujo caput e maioria dos incisos estipulam formas de exercício da cidadania e maneiras de desenvolvimento de linguagem, bem como práticas associadas à dignidade da pessoa humana. Contudo, enfatiza-se, a própria CRFB/88, no seu art. 5º, § 2º, determina que os dispositivos expressos no diploma constitucional não esgotam os direitos dos cidadãos brasileiros, que podem recorrer a tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, para integralizar tanto a linguagem quanto as práticas cidadãs do país.

Este regime, chamado de *paridade constitucional* entre normas constitucionais e tratados internacionais sobre os Direitos Humanos, no âmbito material, também se estende para o aspecto formal, em razão do art. 5º, §3º da CRFB/88, acrescido ao texto original pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que assim dispõe: “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”.

Desta maneira, segundo Mazzuoli (2009, p. 751-752), os tratados de Direitos Humanos aprovados no Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, apesar de não terem passado por procedimentos mais rígidos para sua aprovação, gozam do regime constitucional previsto pelo legislador originário, pelo qual o sistema usual de aprovação de tratados seria utilizado, mesmo sem a exigência de quórum qualificado e de votação em dois turnos. Conseqüentemente, e em razão do §2º do art. 5º, estes tratados seriam constitucionais não só em relação ao conteúdo mas também no que respeita à forma, configurando-se verdadeira emenda à Constituição.

Ainda de acordo com Mazzuoli (2009, p. 752-767), aqueles que fossem ratificados pelo Brasil após a edição da Emenda Constitucional nº 45, só poderiam ser formalmente constitucionais se aprovados pelo quórum exigido no § 3º do art. 5º da CRFB/88, mas, mesmo não aprovados pelo quórum especificado, ainda assim teriam conteúdo constitucional em razão da *paridade constitucional* estabelecida pelo §2º desse mesmo art. 5º. Atualmente, a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York no dia 30 de março de 2007 e promulgado no Brasil pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009 (publicado no DOU de 25 de agosto de 2009), é o único tratado internacional que passou pelos procedimentos especiais, previstos pela Emenda Constitucional nº 45.

Contudo, esta orientação de Mazzuoli não é a mesma acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que tem divergências sobre a matéria desde os primeiros anos de vigência da CRFB/88. Em razão da ausência de dispositivo que mencione a hierarquia normativa dos tratados internacionais no texto constitucional brasileiro, desde a edição da Constituição o Supremo Tribunal Federal (STF) determinara que os tratados internacionais, que vinham sendo incorporados ao ordenamento jurídico interno, teriam status equivalente ao de lei ordinária, pois o quórum de votação aplicados aos tratados coincide com os da lei ordinária, em razão da aplicação do art. 47 da CRFB/88².

É importante destacar que até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia ao tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de 1977, o SFT tem adotado o sistema de *paridade legal*, segundo o qual Tratado e lei interna têm o mesmo status de lei ordinária, valendo-se

² Na ausência de outro dispositivo constitucional específico sobre a aprovação de tratados, aplica-se o art. 47, contido no título IV, *Da organização dos poderes*, do Cap. I, *Do Poder Legislativo*, da seção I, *Do Congresso Nacional*, cuja redação é a seguinte: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*) e/ou de especialidade (*lex specialis derogat legigenerali*)³. Desta maneira, era possível que ocorresse o chamado *treaty override*, doutrina desenvolvida a partir do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos anos 50 e 60 do séc. passado, a respeito da *cláusula de supremacia* da Constituição contida no art. 6º, § 2º do texto constitucional estadunidense⁴.

Contudo, uma polêmica se instaurou quando o Brasil aderiu à CADH, em 1992, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, tratamento mais usado pelo STF. De acordo com o art. 7º, § 7º da CADH, a possibilidade de prisão por dívida só poderia ocorrer em razão de débito alimentar, o que se confrontava frontalmente com o disposto no inciso LXVII do art. 5º, pelo qual a prisão civil por dívida poderia ocorrer não só devido a obrigações alimentares, como também para quem se encontrasse na situação de depositário infiel. As decisões do STF nestes casos foram taxativas, determinando que o sistema constitucional brasileiro não admitisse que tratados internacionais tivessem paridade constitucional, apesar de o constituinte originário se ter expressado no sentido oposto.

A decisão do Habeas Corpus 77.631-5, de 1988, em que estava em discussão o mencionado art. 7º, §7º do Pacto San Jose da Costa Rica face ao art. 5, inciso LXVII da CRFB/88, que havia recepcionado o Decreto-lei nº 911/69, este regulamentando a prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel, foi bastante questionada à época em que foi proferida. A decisão final do caso, exarada em 1998, sentenciou que a norma internacional estava prejudicada por se tratar de norma geral e hierarquicamente

³ O Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1977, determinou que a Lei Uniforme de Genebra (LUG), que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, havia sido revogada por lei posterior, o Decreto-lei 427/69 – exigia aval apostado na nota promissória, uma exigência formal que não constava da LUG.

⁴ Antes da Primeira Guerra Mundial, os debates sobre a supremacia dos tratados, em relação à Constituição, eram frequentes no Congresso Norte-americano. A argumentação defendida pelos Estados da federação norte-americana era a de que não cabia ao governo federal firmar tratados em relação a matérias contidas na 10ª Emenda à Constituição, que estipula que os poderes governamentais não listados no texto constitucional são poderes dos Estados da federação. No caso *Missouri v. Holland* (1920), que envolveu a validade de um tratado entre Canadá e Estados Unidos sobre a regulação da caça de aves migratórias, o Estado de Missouri, local de maior concentração destes animais, arguiu que o tratado feito pelo governo federal havia invadido os poderes reservados aos Estados da federação pela 10ª Emenda. Neste caso, o juiz Oliver Wendell Holmes defendeu o posicionamento de que poderia haver situações em que, no caso do interesse nacional, atos do Congresso poderiam não ser aptos a lidar com tais questões, mas tratados seriam. Holmes, portanto, sugeriu que as restrições constitucionais ao *treaty making power* não seriam as mesmas referentes à separação de competências entre os entes federados. Assim, os poderes dos Estados federais não seriam uma limitação inerente ao poder de se firmar tratados. Esta polêmica ressurgiu no caso *Reid v. Covert* (1957), em que os dependentes civis de militares americanos no exterior têm direito a julgamento civil. Nenhum tratado poderia conferir poderes ao Congresso ou a qualquer parte do governo fora dos limites da Constituição. Este caso determinou a *Supremacy Clause* em relação aos efeitos dos tratados, comparados à normativa infraconstitucional interna (HALL, 2005, p. 1026-1027).

inferior à norma especial da CRFB/88 e do Decreto-lei nº 911/69. Assim, e reiterando, o Pacto de San José não poderia revogar a CRFB/88, por ser norma hierarquicamente inferior. Também não poderia revogar o Decreto-lei nº 911/69, mesmo tendo status de lei ordinária, pois, e apesar de sua adesão ter sido em data posterior à da sua recepção, representaria uma norma geral, ou seja, que expandia direitos e não os limitava por ser específica, como no caso da legislação infraconstitucional que regulamentava a questão do depositário infiel.

A decisão deste caso, o primeiro a ser julgado depois da adesão do Brasil ao Pacto de San José, serviu de precedente para os demais, pelo qual o STF passou a adotar tanto o critério cronológico quanto o da especialidade para determinar a validade de tratados internacionais no Brasil, ignorando o já mencionado art. 5º, §2º, bem como o §1º daquele mesmo dispositivo legal, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata. Este entendimento perdurou até que a edição da Emenda Constitucional nº 45 obrigou a sua revisão, conforme será visto adiante.

Retomando a anteriormente mencionada promessa do presidente José Sarney à adesão de tratados de Direitos Humanos, logo no início do processo de redemocratização em 1985, daí em diante essa questão começou a ser viabilizada no âmbito do poder público federal e o primeiro deles (a *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*) foi ratificado em 1989. Contudo, e apesar de a postura das relações internacionais brasileiras sinalizar para o resto do mundo que o Brasil passaria, daquele momento em diante, a dar prevalência aos Direitos Humanos, conforme disposição do art. 4º, II da CRFB/88, esta não era a realidade doméstica quanto aos então recém-aprovados tratados de Direitos Humanos. Ademais, convém destacar que, no mesmo ano em que a decisão do STF sobre o status normativo CADH foi emitida, o Brasil passou a reconhecer, por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 03 de dezembro de 1998, a competência obrigatória da Corte IDH, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, desde que ocorridos a partir do citado Decreto, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do seu artigo 62.

Consequentemente, esse posicionamento de âmbito interno do STF, mas enquanto órgão encarregado de interpretar a Constituição, desferiu duro golpe contra a própria ordem constitucional brasileira. Mais uma vez, os brasileiros receberam a mensagem, do máximo órgão oficialmente instituído como assegurador de direitos e garantias próprios do Estado Democrático de Direito, de que a luta por práticas que

incentivassem a cidadania se definiria na encurralada burocracia dos concernentes trâmites jurídico-legislativos.

Esta incoerência brasileira, em relação a normas de Direitos Humanos, já à época se contrastava com os novos diplomas constitucionais de outros países latino-americanos, ou com reformas constituintes que integravam os Direitos Humanos aos textos constitucionais. Quase todas as constituições latino-americanas, à exceção de Cuba, Chile, México e Panamá, contêm cláusulas abertas que, a exemplo do art. 5º, §2º da CRFB/88, declaram que os direitos contidos no âmbito do texto constitucional não excluem outros enumerados em tratados de Direitos Humanos. Muitas delas se utilizam de expressões, tais como *direitos inerentes* ou *inalienáveis*, derivadas de concepções jusnaturalistas.

Entretanto, o STF brasileiro continuou à margem destas discussões, defendendo a teoria da *paridade legal* dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, até que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, produziu grandes alterações no texto constitucional, promovendo a denominada *reforma do judiciário*, e introduzindo novos parágrafos ao art. 5º. Conforme pesquisa de Cunha (2010, p. 58-67)⁵, apesar de os internacionalistas brasileiros, como Piovesan (2006), Cançado Trindade (1991) e Mazzuoli (2002), dentre outros, terem alertado para o fato de que tratados versando sobre Direitos Humanos possuem status diferenciado na ordem constitucional brasileira, este entendimento não era compartilhado pela maior parte da magistratura, inclusive dos ministros do STF. Esta Corte considerava que qualquer tratado, incluindo os de Direitos Humanos, poderiam ser revogados tacitamente quando a lei lhe sobreviesse e lhe fosse contrária, em razão de lhe aplicarem as teses sintetizadas nos brocardos latinos anteriormente mencionados “*lex posteriori derogat priori*” e “*lex specialis derogat legi generali*”.

Contudo, a alteração constitucional de 2004 reacendeu os debates entre os magistrados sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos no Brasil. Segundo LAFER (2005, p. 16), a inclusão do §3º ao art. 5º teria sido a maneira encontrada

⁵ Pesquisa resultado do Projeto de Iniciação Científica (ProPic) da Universidade Fumec, de Belo Horizonte, Brasil. A pesquisa foi conduzida entre os anos de 2009 e 2010 e coordenada por Flávia de Ávila, denominado *A hierarquia dos tratados internacionais: a tese da supralegalidade das leis e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Seus resultados foram publicados por Brenda Cunha no livro coordenado pela Universidade Fumec de divulgação de pesquisas selecionadas, que foram conduzidas na instituição naquele período.

pelo legislador para introduzir uma lei interpretativa, destinada a acabar com controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias sobre a aplicação do § 2º do artigo 5º.

Em 2008, o Recurso Extraordinário 466.343/SP, relatado pelo ministro Cezar Peluso e julgado em 3 de dezembro, determinou que o Pacto de San José da Costa Rica tenha nível hierárquico diferenciado em relação às leis ordinárias. A maioria dos ministros do STF acompanhou o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que defendeu a teoria da *supralegalidade*. Divergiu desta opinião o voto-vista do Min. Celso de Mello, que adotou a *paridade constitucional*, baseado no art. 5º, §2º da CRFB/88, acompanhado apenas pelos ministros Cezar Peluso e Menezes Direito. Desta forma, a partir desse julgamento, foi abandonado o posicionamento que igualava os tratados internacionais ao nível da legislação ordinária, mas conferido ranqueamento hierárquico aos tratados de Direitos Humanos condizente com o texto constitucional brasileiro.

Neste caso, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello apresentaram interpretação sistemática dos artigos 5º, LXVII, §§1º, 2º e 3º da CRFB/88, bem como do art. 7º, §7º do Pacto de San Jose da Costa Rica, e do art. 11 do PIDCP, este que dispõe sobre a proibição da prisão em razão de descumprimento contratual. Especificamente sobre a alienação fiduciária, foi analisado o Decreto-Lei 911/69, que até então regulamentava o art. 5º, inciso LXVII, que permitia a prisão civil por dívida. Este tipo normativo previa a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Para o relator, ministro Cezar Peluso, não era necessária a discussão sobre o status normativo do Pacto de San Jose, pois a CRFB/88 somente teria excetuado a proibição da prisão civil por dívida do inadimplente de obrigação alimentar e de depositário infiel, não do alienante fiduciário. Por esta razão, a equiparação prevista no art. 4º do Decreto-Lei 911/69 a tornava inconstitucional, visto que o depositário infiel não teria prerrogativas próprias do direito de propriedade, pois o alienante continuaria sendo proprietário, embora limitado em seu domínio. Com base neste entendimento, e não querendo se comprometer com o status dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, o ministro defendeu que o Decreto-Lei 911/69 seria inconstitucional. O ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto do relator, utilizou dos mesmos argumentos, acrescentando que, com o advento do Pacto de San José da Costa Rica, teria se tornado ainda mais insustentável a tese que acolhia a prisão civil nos casos que envolvem alienação fiduciária em garantia, com base na proibição taxativa do art. 7º, § 7º, que contraria frontalmente o Decreto-Lei de 1969.

O ministro Cezar Peluso, que seguiu a fundamentação teórica do voto do ministro Celso Mello, conforme será visto adiante, afirmou que a CRFB/88 apresentou duas regras sobre a prisão civil: a principal, que a proíbe, e a secundária, que abre a possibilidade de exceção, significando que a Constituição apenas autoriza o legislador a adotar a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. Por outro lado, se o legislador infraconstitucional, usando da competência que lhe é conferida pela Constituição, na norma excepcional contida na cláusula final do art. 5, LVII, optar pela incorporação dos termos restritivos da Convenção à ordem jurídica interna, observa-se que terá adotado a regra principal, a da exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário. Por esta razão, seria indiferente a posição hierárquica dos tratados, pois tanto o legislador infraconstitucional quanto o constitucional poderiam se utilizar da regra principal, referente à prisão civil, que impede a restrição de direitos na maioria das situações, para também inadmitir seu emprego ao depositário, qualquer que seja a qualidade ou a natureza do depósito.

A ministra Carmem Lúcia se utilizou de parte deste entendimento, declarando que o devedor fiduciante não era depositário. Contudo, sobre a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, a ministra defendeu que o art. 4º do decreto-lei n. 911/69 não teria sido recepcionado pela Constituição. No seu lugar, teria sido acolhido o dispositivo do art. 7º, §7º do Pacto de San José da Costa Rica de maneira *supralegal*, em razão da impossibilidade de se dar interpretação extensiva a tudo que limita a liberdade, como no caso da prisão por dívida.

Já o ministro Ricardo Lewandowski entendeu igualmente que a alienação fiduciária não se encaixa na exceção prevista no art. 5º, LXVII e defendeu interpretação proativa dos direitos fundamentais, para que os mesmos sejam efetivados. Entretanto, não tratou com mais detalhes das questões ligadas à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas acrescentou que os Direitos Humanos não seriam *numerus clausus*, mas *apertus*. Citou a *teoria geracional* de direitos, pela qual os direitos de *quarta geração* estariam em pleno desenvolvimento, alguns já internacionalmente em fase de reconhecimento, como os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. Tais direitos foram considerados pelo ministro de difícil compreensão e, portanto, não passíveis de lhes atribuir status constitucional.

Em seu voto, o ministro Carlos Britto também acompanhou o relator, ainda fundamentando sua decisão no princípio da *proporcionalidade*, também invocado pelo ministro Gilmar Mendes, bem como os princípios da *dignidade humana* e da *prevalência dos Direitos Humanos*, que constam da CRFB/88. O Pacto de San José seria, no entender do ministro, uma norma *supralegal* também em razão da proibição do retrocesso, que não permitiria à lei ordinária recuar quanto à tutela dos Direitos Humanos, comparados às conquistas dos tratados internacionais.

Para o ministro Marco Aurélio, que em julgamentos anteriores sempre havia sido contra a admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, explicitou em seu voto que, ainda que fosse possível confundir a figura do devedor fiduciante com a do depositário infiel, o Brasil, como parte do Pacto de San José da Costa Rica, teria de fazer cumprir seu dispositivo, que suplantou a legislação regulamentadora do texto constitucional sobre a prisão por dívida. Contudo, o tratado não estaria no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais em virtude de não ter sido submetido, por ocasião de sua aprovação, às maiores solenidades envolvidas nos procedimentos referentes a emendas à Constituição.

O extenso voto do ministro Gilmar Mendes foi o que mais discorreu sobre a questão da posição hierárquica dos tratados internacionais, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, além do voto proferido pelo ministro Celso Mello. Assim, confrontando a questão do devedor fiduciante e a previsão do Pacto de San José da Costa Rica, o ministro enfatizou que as legislações mais avançadas em matéria de Direitos Humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excetuando-se apenas o caso de inadimplência alimentar. Com a adesão do Brasil aos documentos internacionais mais importantes de Direitos Humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica e o PIDCP, iniciou-se intenso debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5, especialmente da expressão *depositário infiel*, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele se fundamentava direta ou indiretamente.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, em razão do disposto no §2º do art. 5º, algumas correntes foram defendidas no âmbito do direito brasileiro em relação ao status dos tratados de Direitos Humanos, sendo elas: *supraconstitucionalidade*, defendida por Albuquerque Mello; *paridade constitucional*, conforme Cançado Trindade e Flávia Piovesan; *paridade legal* com a lei ordinária, conforme precedente do Recurso Especial

80.004 SE, de 1977, que teve como relator o ministro Xavier de Albuquerque; e a *supralegalidade*, constante nas Constituições da Alemanha (art. 25), França (art. 55) e Grécia (art. 28).

Com base no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, a tese da *supraconstitucionalidade* seria inviável por não permitir o controle de constitucionalidade de tratados internacionais, apesar de não conter cláusula constitucional expressa sobre o assunto. Esta não seria necessária, porque o art. 102 da Constituição já estipula o controle de constitucionalidade de tratados internacionais. O ministro Gilmar Mendes também citou o RHC 79.785/RJ, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence no recurso de Habeas Corpus 79.785/RJ, decidindo que os representantes brasileiros deveriam sempre observar a Constituição, de forma que os tratados e convenções fossem celebrados em consonância com o procedimento formal, bem como respeitassem as limitações materiais impostas pela Constituição brasileira, especialmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

No entender do ministro Gilmar Mendes, a ampliação inadequada do conteúdo material, relativo aos Direitos Humanos, poderia ser perniciosa para o sistema jurídico brasileiro, pois permitiria produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna e inviabilizaria o controle de sua constitucionalidade pelo STF. Os tratados deveriam ser considerados como princípios interpretativos no sentido de conduzirem os julgados a aplicarem a norma mais favorável à vítima, titular do direito. Deste modo, tanto o Direito Interno quanto o Direito Internacional estariam interagindo para a realização de propósito convergente e comum em relação à proteção dos direitos e interesses humanos.

No que diz respeito à *paridade legal*, o ministro Gilmar Mendes se pronunciou no sentido de afirmar que a mudança constitucional de 2004 foi responsável por evidenciar o apego que existia no Brasil a uma tese que não mais prevalece na maioria dos países e que desrespeita o art. 5º, §2º da CRFB/88. Além do mais, o fato de o art. 27 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, impedir que os Estados invoquem disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, tornaria inócua a teoria da *paridade legal*. Em relação à *paridade constitucional*, o ministro Gilmar Mendes considera esta teoria como fonte de insegurança jurídica, no Brasil, pois, como há polêmica sobre a distinção do conteúdo material referente a Direitos Humanos, o bloco de constitucionalidade brasileiro sempre estaria aberto.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes acolheu a tese da *supralegalidade* em relação ao caráter especial que os tratados de Direitos Humanos têm frente ao ordenamento jurídico nacional, o que os colocaria acima das leis ordinárias, sem afrontarem a Constituição Federal. Entretanto, defendeu que os tratados mais importantes sobre os Direitos Humanos, aprovados antes da Emenda Constitucional de 2004, sejam novamente submetidos a processo de aprovação no Congresso Nacional, em virtude dos procedimentos contidos no art. 5, §3º da CRFB/88, o que lhes conferiria status de emenda constitucional. Deste modo, em razão da *supralegalidade*, toda normatividade infraconstitucional conflitante com tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados ou aderidos pelo Brasil, teria paralisada sua eficácia jurídica, o que tornaria inválido o Decreto-Lei 911/69.

O voto-vista do ministro Celso de Mello acolheu o entendimento da *paridade constitucional*, ao defender que o Poder Judiciário constitui o meio para garantir as liberdades civis e os direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Deste modo, o magistrado teria o dever de atuar como garantidor da supremacia da Constituição, bem como das garantias das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A CRFB/88, como resposta da sociedade brasileira ao totalitarismo que desconsiderava direitos básicos da pessoa humana, consagrou como princípios a *dignidade da pessoa humana*, a *prevalência dos Direitos Humanos*, o *repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante*, e a *impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas*, dentre outros. Desta maneira, conforme a orientação de Cançado Trindade, Piovesan e Mazzuoli, reconhece-se que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna, *paridade constitucional*.

Assim, as convenções internacionais de Direitos Humanos, celebradas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, como o Pacto de San José da Costa Rica, revestir-se-iam de caráter materialmente constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade brasileiro. Além disso, sua promulgação, de acordo com a ordem jurídica interna, lhes teria conferido status constitucional formal, em razão da recepção operada pelo art. 5º, §2º da CRFB/88. Para aqueles que venham a ser adotados após a inclusão do §3º no art. 5º, o ministro Celso de Mello entende que, devido à vigência

de procedimentos diferenciados terem sido introduzidos no sistema constitucional brasileiro, em relação a tratados de Direitos Humanos, devem seguir o *iter* determinado, a fim de que possam ser considerados formalmente constitucionais.

Deste modo, situações diferenciadas poderiam ocorrer em relação aos tratados internacionais no que diz respeito à sua natureza constitucional: se anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, seriam tanto materialmente quanto formalmente constitucionais; se posteriores, somente seriam formalmente constitucionais se observados os procedimentos do §3º do art. 5º, mas teriam conteúdo constitucional em razão da recepção do §2º do art. 5º, por constituírem o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Contudo, se porventura tais tratados viessem a restringir, suprimir ou modificar de maneira gravosa as prerrogativas essenciais ou as liberdades fundamentais, reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, a Constituição teria status superior, em razão de as *cláusulas pétreas* definidas no art. 60 da CRFB/88 limitarem o poder reformador. Ademais, o exercício do *treaty making power* estabelecido nos arts. 26⁶ e 46⁷ da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, não dá discricionariedade ao poder Executivo brasileiro, atuando como agente representante do Estado brasileiro na esfera internacional, para adotar textos convencionais que estejam em desconformidade com os limites do texto constitucional.

A Constituição, como lei fundamental do Brasil, ainda subordinaria todos os tratados e leis celebrados pelo país, atribuindo irrestrita precedência ao texto constitucional, à exceção dos que versem sobre Direitos Humanos, de acordo com a aplicação da própria CRFB/88, pelos §§ 2º e 3º do art. 5º. Deste modo, o Decreto-Lei 911/69, em razão da incompatibilidade material com o texto constitucional, não teria sido recepcionado pela ordem jurídica vigente⁸.

⁶ O art. 26 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, é assim redigido: “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

⁷ Segundo o art. 47 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, “Restrições Específicas ao Poder de Manifestar o Consentimento de um Estado. Se o poder conferido a um representante de manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um determinado tratado tiver sido objeto de restrição específica, o fato de o representante não respeitar a restrição não pode ser invocado como invalidando o consentimento expresso, a não ser que a restrição tenha sido notificada aos outros Estados negociadores antes da manifestação do consentimento”.

⁸ Contudo, apesar de o ministro não ter se referido no seu voto, a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que positivou os dispositivos sobre o *treaty making power* advindos do costume internacional, estabelece, segundo seu art. 27, que uma das partes no tratado não pode invocar “[...] as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Esta regra, também contida no art. 46 do mesmo dispositivo legal, determina que disposições sobre o Direito Interno dos Estados sobre sua divisão de competências, via de regra, não podem ser invocadas para descumprimento de um tratado internacional, a não ser que esta violação dissesse respeito a uma norma de importância fundamental.

O voto-vista do ministro Menezes Direito reproduziu voto anterior, que adotou no Habeas Corpus 87585/TO, no qual defendeu que tratados internacionais de Direitos Humanos têm superioridade jurídica face às leis internas, reconhecendo neles a qualificação constitucional, desde que não venham a suprimir ou modificar, de maneira gravosa, liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo texto constitucional. Para o ministro, não seria razoável considerar as relações entre Direito Internacional e o Direito Interno como subordinadas à primazia absoluta de um ou de outro, em razão de ambas possuírem conteúdo material semelhante.

De acordo com a posição do ministro Menezes Direito, em razão de os Direitos Humanos não estarem circunscritos unicamente a esferas domésticas, por se constituir tema de legítimo interesse internacional, seria necessário que o conceito de soberania, que passa por processo de relativização, admitisse que o indivíduo devesse ter direitos protegidos, não só internamente como também em esfera internacional, na condição de sujeito de direito. Deste modo, o próprio constituinte teria reconhecido a importância da matéria, lhe conferindo hierarquia especial frente ao ordenamento jurídico interno.

Esta polêmica decisão do STF exemplifica os problemas que o Brasil tem para a efetivação dos Direitos Humanos em seu território. A falta de fundamentação filosófica, baseada nas práticas e necessidades da população, gerou um arcabouço jurídico confuso e desconectado das expectativas da sociedade. E isto quer dizer que a atuação jurídica no Brasil se mostra incompatível com as esperanças depositadas no texto constitucional de 1988, em relação à conformação do Estado Democrático de Direito, inclusive no que respeita à efetividade dos Direitos Humanos, principalmente no que se refere à efetiva aplicação das Sentenças da Corte IDH.

BIBLIOGRAFIA

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

Segundo interpretação de Macedo (MACEDO, 2011, p. 195), tal disposição não interessa à hierarquia que um tratado poderá ter internamente, mas a seu cumprimento. Macedo (p. 197) ainda assegura que a exceção do art. 46 não é propriamente exceção, mas a nulidade que pode ocorrer em virtude de um consentimento eivado de vício, denominada ratificação imperfeita.

- CANÇADO TRINDADE, A. A. **A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- CARVALHO RAMOS, A. D. **Processo internacional de direitos humanos:** análise dos sistemas de apuração de violações ds direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CUNHA, B. G. D. A hierarquia dos tratados internacionais: a tese da supralegalidade das leis e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: UNIVERSIDADE FUMEC **Iniciação científica:** monografias da Universidade Fumec. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010. p. 35-94.
- LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.
- LOUREIRO, S. M. D. S. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MACEDO, P. E. V. B. D. Comentários ao artigo 27. In: SALIBA, A. T. **Direito dos Tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 191-197.
- MARÇAL, A. C. **Metaprincípios do Estado Democrático de Direito:** um ponto de vista pragmatista. In: MARÇAL, A. C. et al (org.). *Os princípios na construção do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 9-35.
- MAZZUOLI, V. D. O. **Direitos Humanos, Constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: LTr, 2009.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e justiça internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.