

ANTINOMIAS ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO¹

FLÁVIA MARIA AIRES FREIRE ALLEMÃO

Juíza de Direito no Estado do Ceará

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Pós-graduada em Direito Processual pela ESMEC

E-mail: flaviaallemao@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Cuida o presente trabalho das discussões travadas sobre o tema do conflito ou antinomia, entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno, *antes e após* o advento da EC 45/04, que introduziu o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF\88, e que, *antes*, giravam em torno apenas do parágrafo segundo do mesmo artigo.

Serão abordadas as correntes acerca do assunto, as quais se embasam em critérios como: *da primazia ou hierarquia entre o direito internacional e direito interno, da primazia da norma mais favorável ao ser humano, do critério cronológico e do status ordinário, supralegal ou constitucional dos tratados internacionais*, tendo por base a doutrina e jurisprudência acerca do assunto, mostrado como estas vem se desenvolvendo no tempo.

Os que entendem pelo fim da problemática a partir da emenda constitucional supra citada defendem que os tratados internacionais de direitos humanos terão hierarquia constitucional apenas quando incorporados como emenda constitucional, se obedecido o *quorum* especial previsto na emenda constitucional em tela, ao passo que aqueles que defendem que a tal emenda deu a tais tratados

¹ Trabalho conclusivo do Curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC, desenvolvido sob a orientação do Prof. MS Paulo Henrique Gonçalves Portela

apenas a natureza *formal* de Constituição argüem que, antes de seu advento, tais tratados já eram *materialmente* constitucionais.

Por fim, acerca da aplicação das normas colidentes, Mazzuoli, ao contrário de Norberto Bobbio e Kelsen, seguindo os ensinamentos de Erick Jaime, propõe um *diálogo das fontes* e não simplesmente a exclusão de uma norma pela outra ou a exclusão de ambas².

1. CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL

Tratado é gênero no qual se incluem: *convenções, pactos, cartas e demais acordos internacionais*, os quais se celebram entre *Sujeitos do Direito Internacional*, sendo regulado pelo Direito Internacional.

Note-se que o conceito supra se reporta aos Sujeitos do Direito Internacional, ao passo que a Convenção de Viena, em seu artigo 2, 1, “a”, fala em Estados, o definindo como *acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*.

2. ELABORAÇÃO E INCORPORAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Inicia-se com a *negociação, conclusão e assinatura* do texto final. Tais atos competem ao Presidente da República que o executa por intermédio do agente diplomático (art. 84, VII e VIII, da CF/88). Cuida-se de mero aceite provisório, não vinculando o país signatário.

2.2. *Apreciação e aprovação (referendo)* pelo Poder Legislativo, através de Decreto Legislativo (art. 49, I, da CF/88).

² MASSUOLI, Valério de Oliveira – Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno, pp. 47/48.

2.3. Passa-se à *ratificação* ou à *adesão* (art. 84, inc. VIII, da CF).

2.3.a. *Ratificação* – Dá-se quando o Sujeito de Direito Internacional assina o texto original do tratado. Cuida-se de aceite definitivo, gerando efeitos no plano internacional e obrigando o Estado. É ato do Poder Executivo. Se bilateral, ratifica-se pela troca de notas, não se admitindo reservas. Se plurilateral, pelo depósito do instrumento (carta) de ratificação, em um Órgão Internacional que terá a custódia do documento, admitindo-se reservas.

2.3.b. *Adesão* - Ocorre quando um Sujeito de Direito Internacional, que não firmou um tratado, quer, posteriormente, fazer parte do mesmo.

2.4. *Promulgação e Publicação* – Destina-se à publicidade no país. Dá-se através de decreto do Chefe do Executivo, no qual se divulga o texto do acordo internacional.

Tal decreto presidencial de execução marca o início da vigência do tratado no plano interno, daí porque alguns entendem que no Brasil vigora o sistema do dualismo.

Segue tal corrente Flávia Piovesan³, a qual informa ser neste sentido a doutrina majoritária, mas que não se aplicaria aos tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 1º, da CF/88, que lhes dá *aplicação imediata*, com efeitos vinculantes, não necessitando, pois, do decreto presidencial de execução.

Já Carmen Tibúrcio⁴ informa haver divergência entre a doutrina e jurisprudência e que, nossos tribunais têm preferido o sistema do monismo moderado, pois não se exige a promulgação de *lei* reproduzindo os termos do tratado para que ele possa vigor no plano interno, tendo o tratado e a lei federal a mesma hierarquia, esclarecendo que, no dualismo, tal lei interna passa a ter existência própria independentemente do tratado, de modo que a denúncia deste último não a atingiria.

Esta última autora ressalva da teoria do monismo moderado os tratados internacionais que versem sobre direito tributário, que, segundo o CTN, em seu art.

³ I. GOMES, Luiz Flávio. II. Piovesan, Flávia. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, pp. 158/159.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... (et al). *Reforma do judiciário. Primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 125/126.

98, terão hierarquia superior à legislação interna, mas isto, como já decidiu o STJ, desde que se trate de *tratados-contratos*, de forma que, tratando-se de *tratados-leis*, aplica-se a regra *posteriori derogat priori*.

3. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Também chamados *direitos do homem* são, conforme definição de Lewandowski⁵, citado por Valério de Oliveira Mazzuoli⁶, aqueles *inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado*, dentre os quais se destacam o direito à vida e à liberdade.

Destaque-se que tais direitos não só existem *independentemente* do Estado, mas, por vezes, busca proteger o ser humano das ingerências deste.

Vê-se, portanto, que direitos humanos têm a mesma natureza dos *direitos fundamentais*, sendo que estes últimos assim são chamados no *plano interno constitucional*, ao passo que os primeiros o são no *plano internacional*.

Tais direitos foram desenvolvidos através do Jusnaturalismo e do Iluminismo e ganharam um maior destaque a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, após a qual foram proclamadas várias declarações e pactos neste sentido, destacando-se a Conferência de Viena de 1993, através de Declaração e Programa de Ação, que por sua vez se baseou na Carta das Nações Unidas de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, surgindo, assim, um *direito internacional dos direitos humanos*.

Segundo Valério Mazzuoli⁷, a Conferência de Viena trouxe um novo modelo de Direito Internacional Público para a pós-modernidade, destacando cinco pontos fundamentais: “a) a reafirmação dos propósitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e de que a *universalidade* dos direitos humanos é imune a dúvidas; b) a complementação do princípio da universalidade com os princípios da

⁵ LEWANDOWISKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1.

⁶ *In Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁷ *In Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

individualidade, interdependência e inter-relacionariedade; c) o reconhecimento da superioridade da visão universalista em relação à visão relativista, entendendo-se que as particularidades nacionais e regionais, bem como os diversos contextos históricos e culturais de um país *devem ser levados em consideração*, mas *sem prejudicar a proteção dos direitos humanos*; d) a reiteração de que os conceitos de democracia e desenvolvimento devem andar juntos e se complementarem mutuamente; e e) a reafirmação de que o *desenvolvimento* é sim um direito, que tem como destinatário final o ser humano”.

Firmou-se, então, a idéia de que, nas soluções de conflitos, deve-se colocar o ser humano em primeiro lugar e, assim, conseqüentemente, os direitos a ele inerentes, passando a pessoa humana a ocupar uma posição central no Direito Internacional, a qual antes era ocupada pelo Estado.

Deste modo, os tratados internacionais que cuidam dos direitos humanos diferem dos tratados comuns pelo seu objeto, uma vez que aqueles visam às pessoas que compõem os Estados, ao passo que os comuns têm por fim apenas os Estados.

A Constituição Federal de 1988 deu um grande avanço acerca do tema, fazendo constar, em seu art. 4º, II, como um dos princípios pelos quais se rege República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais, o da *prevalência dos direitos humanos*.

4. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente cumpre dividir os tratados internacionais entre os que versam sobre direitos humanos e os demais, chamados de comuns ou tradicionais.

Segundo Flávia Piovesan⁸, nossa Constituição adota um sistema misto conforme a natureza do tratado, de modo que, no caso de tratado de direitos humanos, estes teriam hierarquia de *norma constitucional*, em razão do parágrafo segundo do art. 5º da CF/88, o qual dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

⁸ *op. cit.* p. 159/173

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Fundamenta-se, ainda, para justificar tal interpretação: *nos princípios da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade das normas constitucionais referente a direitos e garantias fundamentais, na natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, no processo de globalização e na ampliação do bloco de constitucionalização.*

Já os demais tratados internacionais teriam força hierárquica *infraconstitucional*, conforme se infere da leitura do art. 102, III, *b*, da Lei Maior que admite recurso extraordinário de decisão que declarar inconstitucionalidade de tratado (tradicional).

Com relação aos tratados internacionais de *direitos humanos*, a doutrina majoritária é no sentido de que gozariam de hierarquia de norma *constitucional*.

Embasando-se no mencionado dispositivo constitucional, o STF, inicialmente, entendeu que *tratado internacional e lei federal teriam a mesma hierarquia*, tendo assim decidido no RE 80.004-1977 e na ADin 1.480/97⁹, ocasião em que aplicou a regra de que *norma posterior revoga anterior com ela incompatível*, informando que a última expressão de vontade do legislador nacional deve prevalecer, ressalvando, contudo, as conseqüências internacionais pelo não cumprimento do tratado, às quais o Estado deverá responder.

O Supremo manteve o referido posicionamento ao julgar o HC 72.131/RJ-1995, que trata da possibilidade da prisão civil do depositário infiel.

Houve forte crítica por parte da doutrina ao entendimento anterior da Corte Constitucional pela paridade entre a lei ordinária e o tratado, para a qual seria um retrocesso se desrespeitar tratados aos quais o país teria livremente se comprometido, o que feriria o princípio da boa-fé, além de violar ao art. 27 da Convenção de Viena sobre os Direito dos Tratados, assinada pelo Brasil em maio de 1969, embora ainda não ratificada, que dispõe que: *“Uma parte não pode invocar*

⁹ Esta última, contudo, após decisão liminar, foi extinta sem julgamento de mérito.

disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Defendem, ainda, os críticos da paridade do tratado internacional e da lei ordinária, o fato de que, apenas através da denúncia seria possível um Estado deixar de cumprir um tratado, dele se retirando formalmente.

Todavia, a partir do RE 466.343/SP-2006, o qual fora julgado conjuntamente com o HC 87.585/TO-2008 e o RE 347.703/RS¹⁰, o Supremo Tribunal Federal, vem entendendo, por maioria de votos, mais precisamente cinco ministros (Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Carlos Britto e Menezes de Direito), que os tratados internacionais de direitos humanos têm *caráter supralegal* contra quatro (Celso de Melo, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau) que lhe atribuíram caráter *constitucional*.

No RE 466343/SP, o Ministro Celso de Mello, “destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados¹¹:

1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento *anterior ao da promulgação da CF/88*, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que *formalmente* recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF;

2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data *posterior à da promulgação da EC 45/2004*, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF;

3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) *entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004*, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”.

Destaque-se que, com a edição da EC 45/04, para a maioria da doutrina não teria restado mais dúvidas, de modo que tais tratados somente gozariam de hierarquia de emenda constitucional desde que obedecido o quórum previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, qual seja, três quintos dos votos apurados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional.

¹⁰ No mesmo sentido - HC 90.172-7/2007

¹¹ INFORMATIVO DO STF Nº 498-5

5. CONFLITO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COM O DIREITO INTERNO

Pode haver conflitos de tratados internacionais, que *versem* ou *não sobre direitos humanos*, com o direito interno, nele incluído a *Constituição Federal* e as *leis ordinárias*.

Com relação aos tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, chamaremos, neste trabalho de tratados comuns.

5.1. CONFLITO ENTRE O TRATADO COMUM E A LEI ORDINÁRIA

Quanto a este tema, informa Carmen Tibúrcio¹² que não há posição uniforme entre doutrina e a jurisprudência, sendo que nossos tribunais têm se pautado, em sua maioria, pela *regra cronológica da prevalência da norma posterior*, isto porque adotou a teoria do monismo moderado, dando ao tratado internacional e à lei ordinária a mesma hierarquia.

Foi com base em tal regra que o STF julgou o seu famoso precedente, o RE 80004.

Também o STJ, assim decidiu no REsp. 58.736¹³, *in verbis*:

“Lei-tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal de normas, previstos na Lei de introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas contidas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transportes aéreos, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor”.

Excetuam-se desta regra as normas tributárias, em razão do art. 98 do CTN, que determina que: “*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*”. Supremacia esta dos tratados internacionais sobre a legislação interna que, segundo entendimento recente do STJ, só se dá no caso de *tratados-contrato*, não se aplicando aos tratados-lei.

¹² *op. cit* p. 125.

¹³ 3ª T, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.12.95, RSTJ 83.175.

Interessante trazer à colação a lição dos autores portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto De Quadros, citados por Flávia Piovesan¹⁴, os quais, divergindo do pensamento acima exposto, trazem uma posição hierárquica intermediária para os tratados, colocando-os *abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias*. Vejamos:

Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição, mas tem valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega.

Note-se que hoje o Supremo vem mudando seus julgados acatando tal hierarquia de norma supralegal dos tratados internacionais, todavia, apenas para os de direitos humanos.

5.2. CONFLITO ENTRE TRATADO DE DIREITOS HUMANOS E LEI INTERNA

Aqui trataremos, especificamente, dos conflitos que envolvam tratados *de direitos humanos* e a lei interna, seja ela *constitucional* ou *infraconstitucional*.

Flávia Piovesan (*aput. op. cit.* pp. 153/179), embasando-se no § 2º do art. 5º da CF/88, defende que, no caso dos tratados de direitos humanos, estes, ao contrário dos tratados internacionais comuns, teriam hierarquia de direito constitucional, isto porque dispõe o referido parágrafo que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”.

Tal não foi esta a posição adotada pelo STF conforme acima explicitado.

Tendo hierarquia constitucional, tais tratados, conseqüentemente, prevaleceriam a todas as normas *infraconstitucionais*.

Para a referida autora, contudo, tais tratados podem ainda prevalecer à própria Constituição, no caso de serem mais benéficas ao indivíduo titular do direito,

¹⁴ *Op. cit.* p. 171.

com acima foi exemplificado com a prisão do depositário infiel, ocasião em que a autora posicionou-se favoravelmente ao Pacto de São José da Costa Rica que não prevê tal hipótese.

Ensina a autora que¹⁵:

(...). Acredita-se, ao revés, que ao conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema.

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes hierarquia constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua opinião consultiva n. 2, de setembro de 1982: “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, lo Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia lo individuos bajo su jurisdicción”. Este caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos.

A mesma autora,¹⁶ embasando-se nas lições de Antônio Augusto Cansado Trindade, conclui que o critério a ser adotado é o da *norma mais favorável à vítima*, ou seja, da *primazia da norma que melhor proteja os direitos da pessoa humana titular do direito*, seja tal norma *de direito internacional ou de direito interno*, não se falando de primazia de um sobre o outro e deixando de lado o critério cronológico de que “lei posterior revoga anterior com ela incompatível”. *In verbis*:

(...) E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo titular do direito. O critério ou o princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no planos de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos

¹⁵ pp. 169/170.

¹⁶ *Apud. op. cit.* pp. 177/179.

pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os Direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Na lição lapidar de Antônio Augusto Cansado Trindade: '(...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno'

(...)

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados - reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.

Cita, ainda, a autora, o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que traz normas de hermenêutica determinando que: *“nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de convenções em que seja parte um dos referidos Estados”*.

5.3. CONFLITO ENTRE TRATADOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Quanto ao conflito do tratado internacional *em geral* com Constituição Federal, segundo Carmen Tibúrcio¹⁷, a doutrina e jurisprudência brasileiras são quase unânimes em afirmar que *prevalece a Constituição*, independentemente do critério cronológico.

Informa a autora que, em sentido contrário, dispõem a Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil, e a Convenção de Viena sobre direitos dos Tratados (1969), que ainda não foi ratificada, cujos artigos 11 e 27, respectivamente, têm o seguinte teor:

¹⁷ *Op. cit.* pp. 122 e 171.

Art. 11 – “Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições”.

Art. 27 – “Direito interno e observância dos tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46”.

5.3.1. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

A Convenção de Varsóvia prevê indenização tarifada para danos materiais decorrentes de transportes internacionais, não prevendo, contudo, indenização para danos morais.

O STF, com fulcro no art. 5º, V e X da CF/88 deferiu indenização por danos morais no RE 172.720-9¹⁸:

“O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados estes pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrente de extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art. 5º, no que se contrapõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil”.

Alguns tribunais estaduais, em especial no Rio de Janeiro, têm decidido de modo contrário, pelo indeferimento, sob o fundamento o de que o art. 178 da CF/88 determina que a ordenação do transporte internacional observará os acordos firmados pela União e que o fato da Convenção de Varsóvia ter como regra a indenização tarifada, por uma questão lógica, excluiria a pretensão relativa à reparação de danos morais¹⁹.

5.3.2. CONVENÇÃO 158 DA OIT

Prevê a Convenção 158 da OIT, a qual foi ratificada pelo Brasil, a reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa, ao passo que a Constituição Federal prevê, sem seu art. 7º, I, indenização compensatória.

¹⁸ 2ª T, Rel. Marco Aurélio, j. 6.2.96, DJ 21.2.97, p. 2.831.

¹⁹ Neste sentido: ApCív., 1.281/2002, 14ª, Câm. Cív., rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, j. 25.4.02, DORJ 6.5.02.

Tal divergência ensejou a ADIN nº 1480-3, proposta pela Confederação Nacional do Transporte e outro, contra o Decreto Legislativo nº 68/92, que aprovou (referendou) a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), e o Decreto nº 1.855/96, que promulgou esse mesmo ato de direito internacional público.

Nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Ministro Relator Celso de Mello, em seu voto, deixou clara a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade dos tratados internacionais, bem como entendeu que a regulamentação normativa da proteção do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa dependia de lei complementar, por expressa disposição constitucional, de modo que tratados e convenções internacionais que tratassem de tal matéria teriam apenas caráter programático.

Foi deferida medida cautelar, em setembro de 1999, em interpretação conforme a Constituição, nos moldes do voto do relator, sendo que, em junho de 2001, o processo foi extinto devido à denúncia à convenção pelo Presidente da República.

Nova ADIN, de nº 1.625-DF, contudo, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura, desta vez questionado o Dec. 2.100, que tornou pública a denúncia, na qual alegou a necessidade de manifestação do Congresso Nacional, consoante art. 49, I, da CF/88, tendo sido o pedido, em sede de liminar, deferido em parte pelo Ministro Relator Maurício Correia, em outubro de 2003, em interpretação conforme a Constituição, entendendo ser a vontade do Legislativo imprescindível para a denúncia, assim como o é para a sua aprovação.

5.3.3. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) E O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, ratificada pelo Brasil em 25.9.92 e promulgada, através do Dec. nº 678, de 6.11.92, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Políticos, também ratificado, em 24.1.92, e promulgado pelo Dec. nº 592 de 6.7.92, cuidam da questão da prisão civil por dívidas, em seus arts. 7.7 e 11, respectivamente, o primeiro admitindo-a apenas no caso do inadimplemento de pensão alimentícia e o segundo negando-a em qualquer hipótese de obrigações contratuais. Vejamos:

Art. 7.7. – “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Art. 11 – “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Note-se que os referidos pactos não colidem, posto que o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos veda a prisão por dívida oriunda de contrato, sendo que obrigação de pagar alimentos, excepcionada pelo Pacto de San José da Costa Rica, não tem natureza contratual, não incluindo-se na proibição trazida pelo primeiro.

A CF/88, por sua vez, em seu art. 5º, LXVII, proíbe a prisão civil por dívida, trazendo duas exceções: a do inadimplemento de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

A polêmica do tema gira em torno da divergência da Carta Constitucional, que permite as duas possibilidades supra de prisão civil, com os referidos tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil.

Especificamente com relação à prisão civil do depositário infiel, dispõe o art. 66 da Lei 4.728/65, com a redação dada pelo DL 911/69, que o devedor fiduciante a ele se equipara.

A esse respeito, o STF vinha decidindo, reiteradamente, embora apenas com maioria de seus membros, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, pela sua admissibilidade da prisão civil (HC 72.131-RJ, RE 206.482-SP, RE 293.378-MG, HC 73.044-SP, HC 76.561-SP, RE 243.613)²⁰.

Fundamentava-se o Supremo, com relação ao Pacto de São José da Costa Rica, no fato de, além do tratado internacional ter hierarquia

²⁰ V. GOMES, Luiz Flávio e MASSUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*, p. 74.

infraconstitucional, no caso espécie, o mesmo teria caráter geral, ao passo que a Lei 4.728/65, que cuida da alienação fiduciária, teria natureza especial e, ainda, que tal pacto internacional ingressara em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da CF/88, ainda não se admitindo, na época, tratado internacional com força de emenda constitucional. Vejamos:

“HC 72.131 / RJ - RIO DE JANEIRO
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação
DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650

Parte(s)

PACTE. : LAIRTON ALMAGRO VITORIANO DA CUNHA
IMPTE. : MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. : SATEPLAN CONSORCIOS LTDA
ADVDO. : VILMAR JOSÉ ARRABAL DE CARVALHO
ADVDS. : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida”.

“RE 253071 / GO – GOIÁS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 29/05/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação
DJ 29-06-2001 PP-00061 EMENT VOL-02037-06 PP-01131

Parte(s)

RECTE. : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECDO. : JOSÉ CARLOS OLIVEIRA NUNES
ADVDA. : HETIE MACEDO

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.
- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária,

bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Observação

Votação: unânime.

Resultado: conhecido e provido.

Acórdãos citados: HC-72131, HC-79870, RE-206482”.

Em tais julgados o Supremo trazia à baila, como argumentação, a questão da natureza contratual ou legal do depósito, conforme se verifica no HC 92.541, rel. Min. Menezes de Direito, e RHC 90.759/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, conforme explica o Informativo/STF nº 467, cujo teor transcrevo:

“Considerou-se que o depósito judicial, enquanto obrigação legal que estabelece relação típica de direito público e de caráter processual entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados, permite a prisão civil. Nesse sentido, a instrumentalidade do depósito judicial não se faz em função de obrigação jurídica decorrente de contrato ou de interpretação extensiva, mas como depósito necessário no qual a guarda dos bens penhorados objetiva garantir a opção futura do exeqüente quanto à adjudicação ou hasta pública, o que afastaria a aplicação do citado Pacto de São José da Costa Rica. Por fim, aduziu-se que o argumento acerca do furto carceraria de prova e, ademais, que a substituição de bens penhorados dependeria da comprovação da impossibilidade de prejuízo para o exeqüente. Vencido o Min. Marco Aurélio que, ressaltando que o Pacto de São José da Costa Rica não implicaria a derrogação da CF, mas resultaria no afastamento do arcabouço normativo das regras comuns alusivas ao depósito, dava provimento ao recurso por entender que só subsistiria regulamentada na Constituição a prisão decorrente da obrigação referente à prestação alimentícia inescusável. Precedentes citados: RHC 55271/PE (DJU de 26.8.77); RHC 80035/SP (DJU de 17.8.2001); HC 84484/SP (DJU de 7.10.2004). RHC 90759/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 15.5.2007. (RHC-90759)”.

Hoje, contudo, o posicionamento do STF vem mudando a partir do RE 466.343-SP (Rel. Cezar Peluso, j. 3.12.08), no qual o Min. Gilmar Mendes sustentou,

em seu voto, que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* supralegal, de modo que não mais se admite a prisão por dívidas, salvo a do devedor de alimentos. Vejamos:

“RE 466343 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009
EMENT VOL-02363-06 PP-01106
RTJ VOL-00210-02 PP-00745
RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

Parte(s)

RECTE.(S): BANCO BRADESCO S/A
ADV.(A/S): VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): LUCIANO CARDOSO SANTOS

Ementa

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, ue pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em

assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008”.

Vale a pena uma leitura dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, neste recurso extraordinário, os quais encabeçaram, respectivamente, as teses da hierarquia *supralegal* e *constitucional* dos tratados internacionais²¹.

Fundamento este que vem sendo mantido, inclusive no HC 90.172-SP²², nos seguintes termos:

"A Turma deferiu habeas corpus (...) Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel - (Rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007-grifos não originais)".

Destaque-se que, dos 11 (onze) Ministros do Supremo, 7 (sete) estão se posicionando contrariamente à prisão civil do depositário infiel.

Vale transcrever a ementa do HC 90.450/MG:

“HC 90450 / MG - MINAS GERAIS
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 23/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

NDJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009
EMENT VOL-02347-02 PP-00354
LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 316-355
RTJ VOL-00208-02 PP-00549

Parte(s)

²¹ < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+466343+%2E+OU+RE+466343+%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >

²² Segunda Turma, votação unânime, j. 05.06.07.

PACTE.(S): DEMÉTRIOS NICOLAOS NIKOLAIDIS
IMPTE.(S): DEMÉTRIOS NICOLAOS NIKOLAIDIS
ADV.(A/S): SÓCRATES SPYROS PATSEAS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

- Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de

direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 23.09.2008”.

No julgamento do HC 92.566/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, a Suprema Corte declarou expressamente a revogação a Súmula 619/STF, que *autorizava a decretação da prisão civil do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente do prévio ajuizamento da ação de depósito.*

Já o STJ, por sua vez, embora tivesse julgados tanto pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel (REsp 149.518-GO, HC 7.859-SP, REsp 7.943-RS e REsp 2.320-RS), como pela sua admissibilidade (HC 14.423-MG e RHC 14.691 / SC), preponderava a primeira posição.

Destaque-se, contudo, que o STF pôs fim a qualquer dúvida ao editar a Súmula Vinculante nº 25 em 16.12.09, com o seguinte teor: *“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”*²³.

Com relação à doutrina, Flávia Piovesan²⁴ entende que deve prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo titular do direito, no caso, a norma prevista no

²³ INFORMATIVO DO STF Nº 572

²⁴ *In op. cit.*, pp. 178/179.

pacto internacional, o qual teria ampliado e estendido o alcance da proteção nacional dos direitos humanos prevista na Constituição Federal.

6. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

A Reforma do Judiciário incluiu na Constituição Federal um novo parágrafo no art. 5º, versando sobre tratados de direitos humanos, pretendendo, assim, por fim a toda a polêmica, ora tratada neste trabalho, que cuida da hierarquia de tais tratados.

Dispõe o novo parágrafo 3º que:

“§ 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” - (grifos não originais).

Para a maioria dos doutrinadores a polêmica foi sanada, concluindo os mesmos que os tratados de direitos humanos só terão *status* de norma constitucional quando aprovados com o quórum especial previsto acima.

Todavia, há os que pensam diferente, no sentido de que o parágrafo 3º apenas serviu para dar eficácia *formal* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, posto que já eram *materialmente* constitucionais, em razão do parágrafo 2º do art. 5º da CF/88, que lhe confere tal *status*, dentre os quais podemos citar os seguintes doutrinadores: Valério De Oliveira Mazzuoli, Ingo Wolfgang Sarlet e Flávia Piovesan.

Segundo Valério Mazzuoli²⁵, tal natureza dupla, material e formalmente constitucional, confere aos tratados internacionais de direitos humanos dois efeitos: o de reformar a Constituição, por serem equivalentes a emendas constitucionais, e o de impossibilitar a denúncia de tais tratados, em razão de versar sobre matéria enquadrada como cláusula pétrea.

Leciona o doutrinador, em artigo publicado acerca do assunto, que:

²⁵ in <<www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf>>

Mas quais são esses efeitos mais amplos em se atribuir a tais tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional? São dois os efeitos:

1º) Eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, em que os tratados de direitos humanos (que tem nível de normas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da norma mais favorável ao ser humano* (expressamente consagrado no art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos”). Agora, uma vez aprovados pelo *quorum* que estabelece o § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa integração formal dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração material que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

2º) Eles não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento a esta regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem a emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.

Ingo Sarlet²⁶, comungando deste mesmo entendimento, leciona que:

“De qualquer modo, não nos parece correto argumentar – notadamente em favor da inconstitucionalidade substancial do § 3º do art. 5º - que o simples fato de os tratados posteriores à EC 45 poderem (ou deverem, a depender da posição adotada) ser aprovados por emenda constitucional, conduziria, inexoravelmente a uma decisão em prol da hierarquia meramente legal dos tratados anteriores. No tocante a este ponto, consideramos estar diante de um falso problema, visto que, como já demonstrado, a nova disposição introduzida pela EC 45 pode ser compreendida como reforçando o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia *materialmente* constitucional, sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3º do art. 5º. Pelo menos, se em tese é possível que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal seja o da manutenção de sua jurisprudência atual, no sentido da hierarquia legal dos tratados, não o será

²⁶ In <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338>>

necessariamente em virtude do teor do § 3º do art. 5º, já que a tese da paridade entre lei e tratado é anterior”.

Este último autor cita Flávia Piovesan, reportando-se ao seu texto intitulado Reforma do Judiciário e Direitos Humanos, contido em obra de Tavares, André Ramos e outros²⁷, *in verbis*:

“(…). Assim, como afirma Flávia Piovesan, quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas, em relação a estes se estaria apenas a reforçar, no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF. (...)”.

7. RESOLUÇÃO DAS ANTONOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES

Os métodos tradicionais de resolução de antinomias, trazidos pela teoria moderna do direito, consistem nos critérios da hierarquia, especificidade e cronologia, nesta ordem de prevalência.

Todavia, sob a ótica pós-moderna do direito, busca-se um *diálogo das fontes*²⁸, ou seja, busca-se conciliá-las para que possam ser aplicadas de forma harmônica, sem que haja necessidade de exclusão de uma pela outra ou até mesmo de ambas.

Assim, o critério hierárquico, como previa Kelsen, não será o mais importante na análise de aplicação das normas.

Aliás, pode-se até falar em hierarquia, mas não aquela formal referente à pirâmide Kelseniana, mas uma hierarquia material, ou seja, observando-se o conteúdo de direitos humanos de cada norma em jogo.

Deste modo será aplicável a norma que seja mais benéfica aos direitos do homem.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). Reforma do judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

²⁸ Esta nomenclatura foi dada por Erick Jaime em seu Curso de Haia de 1995. Cf. MASSUOLI, Valério de Oliveira – Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno, p. 132

Mais uma vez, amparo-me nos valorosos ensinamentos de Valério Massuoli²⁹, o qual assim explica o tema:

Em outras palavras, o que se deve entender doravante (em termos de pós modernidade) é que, no plano material, torna-se sem qualquer relevância jurídica falar em critérios *exaustivos* de solução de conflitos normativos, notadamente em hierarquia formal das mesmas, quando a matéria (conteúdo) em causa diz respeito a direitos humanos. Mas por que motivo? Pelo fato de no caso do conflito entre tratados de direitos humanos e norma de direito interno (ainda que esta última seja a própria constituição), deve sempre aplicar-se a norma que mais amplia o gozo de um direito ou liberdade ou de uma garantia a pessoa (princípio internacional *pro homine*). Materialmente falando, não é a norma hierarquicamente superior que deve prevalecer no caso concreto, mas aquela que melhor proteja e garanta os direitos das pessoas; ou seja, não é o *status* hierárquico (formal) que deve ter prevalência, mas sim o *conteúdo* da norma jurídica sempre mais protetiva nesse âmbito. (...).

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, tratando de conflitos de normas no âmbito interno, já acatou a teoria do diálogo no julgamento da ADIn nº 2.591, mais conhecida como ADIn dos Bancos, no qual entendeu aplicável o Código do Consumidor aos contratos bancários.

Portanto, no *diálogo das fontes* o aplicador da lei deverá, em atenção ao princípio internacional *pro homine*, no qual, inclusive, se ampara o princípio constitucional da pessoa humana, observar a abertura e proteção de cada norma relativamente a tais fins.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, pode-se dizer, como bem arrematou LUIS FLÁVIO GOMES, que existem quatro correntes acerca do *status* em que os tratados de direitos humanos são incorporados no direito interno, as quais me reporto na seguinte ordem hierárquica: 1) como Direito constitucional; 2) como Emenda Constitucional; 3) como Direito supralegal ou; 4) como Direito ordinário.

A primeira corrente tem por base o § 2º do art. 5º da CF e defende a natureza materialmente constitucional de tais tratados.

Ressalte-se que há os que entendem que, mesmo tendo o tratado de direitos humanos natureza constitucional, isto por si só não é requisito para prevalecer, devendo-se adotar o critério da norma mais favorável à vítima, ou seja,

²⁹ Op. Cit. - Item 27, p. 142

da primazia da norma que melhor proteja os direitos da pessoa humana titular do direito, seja tal norma de direito internacional ou de direito interno.

Já segunda fulcra-se no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45, a qual deu *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que sejam aprovados com o quórum especial nele previsto.

Quanto a esta corrente, há os que defendem que a emenda constitucional *apenas* passou a dar natureza constitucional *formal* a tais tratados, posto que os mesmos já o seriam *materialmente* em razão do § 2º acima mencionado.

A terceira corrente, que agora desponta no Brasil em razão do voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, que tem os tratados em tela como supralegais, já existia no direito comparado, como foi referido acima com a citação dos autores portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros.

Tal corrente coloca tem os tratados em tela em posição intermediária, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal, como o próprio nome está a dizer, mas abaixo da Constituição, só os igualando a esta se aprovados com o quórum previsto no § 3º do art. 5º da CF/88.

Quanto a quarta e última, que era antiga posição da jurisprudência do STF, defendia o critério da paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a lei ordinária, utilizando-se do critério cronológico para resolver os conflitos entre tais tratados e o direito interno.

Vejo como positiva a nova linha que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que caminha no sentido de fortalecer os direitos humanos, os quais são pressupostos para a concretização do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art.1º, III, da CF/88.

Destaque-se, ainda, que a própria Constituição determina, em seu art. 4º, II, que o Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo *princípio da prevalência dos direitos humanos*.

Não se pode aceitar que os Estados desrespeitem os tratados aos quais livremente se comprometeram, pois caso não tenham mais interesse em cumpri-lo existe a denúncia, devendo-se ressaltar, apenas, aqueles que firmam os direitos humanos.

Também não é admissível igualá-los à lei ordinária, haja vista que esta não envolve o outro pactuante, do que se conclui que são os tratados, que foram devidamente ratificados, sem dúvida, hierarquicamente superiores à legislação ordinária.

Bem sintetizou Luiz Flávio Gomes ao descrever a nova pirâmide jurídica no Brasil da seguinte forma: “no patamar inferior está a *lei* assim como os *tratados que não tratam de direitos humanos* (ressalvando-se os tributários); na posição intermediária estão os *tratados de direitos humanos* (aprovados sem o quorum qualificado do § 3º da CF) e no topo está a *Constituição* mais os *tratados de direitos humanos aprovados com quorum qualificado*”³⁰.

Divergência ainda existe na doutrina e jurisprudência acerca na natureza *materialmente* constitucional de tratados de direitos humanos que *não* foram aprovados com o quórum constitucional introduzido pela EC 45/04.

Todavia, a doutrina é unânime acerca da *preponderância da norma mais favorável ao homem*, de modo que, uma norma, ainda que hierarquicamente inferior, se mais ampla, deverá ser aplicada em detrimento de uma superior, conforme exposto na Norma de Interpretação contida no art. 29, “b”, do Pacto San José da Costa Rica, pondo, assim, por terra o critério hermenêutico da hierarquia, em atenção a um valor superior, qual seja, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio internacional *pro homine*.

³⁰ V. GOMES, Luiz Flávio e MASSUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*, p. 77.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luis Flávio. *Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição*. 07.2007. <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados de direitos humanos: nível supralegal*. http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo. RT. 2000;

GOMES, Luis Flávio e MASSUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo. RT. 2010. 3ª Ed.;

MASSUOLI, Valério de Oliveira – *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo. Saraiva. 2010;

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos*. http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf.

MESQUITA, Daniel Augusto. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo STF e Conseqüências da Emenda 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais*. <http://www.idp.org.br/download.php?arquivo=wo9j2g36jqh1.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição*. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Willian Santos. *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo. RT. 2005.