

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

* **Priscilla Damasceno Silveira**

Advogada, graduada pela Faculdade de Direito de Ipatinga. Email: pridamasilveira@gmail.com

****Selme Maria de Atayde**

Mestre em Direito, graduada em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo. Atuando principalmente no seguinte tema: e Município, Poderes Públicos, Independência e harmonia. Professora da Fadipa. Email: selme.a@uol.com.br

RESUMO

O objetivo central do presente estudo foi confrontar a Constituição da República de 1988 com as normas infraconstitucionais e os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, para fins de aferir a possibilidade de estes servirem como parâmetro para o controle de constitucionalidade, considerando-se, para tanto, seu *status* normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Depois de verificada a hierarquia dos referidos tratados, há a possibilidade de analisar-se qual direito se sobrepõe em razão de conflito entre um tratado internacional de direitos humanos e a Constituição Federal ou entre o referido diploma internacional e uma lei ordinária. Entretanto, para o alcance de tal conclusão, é imperioso considerar qual o momento da ratificação do tratado pela República Federativa do Brasil, ou seja, se antes ou depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, uma vez que esta introduziu o §3º ao art. 5º da CF/88. Dessa forma, para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e qualitativa, além de ter sido utilizada a técnica de documentação indireta e estudo documental. Assim, após o estudo do assunto em voga e superadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, conclui-se, em suma, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no período pré Emenda Constitucional nº 45/2004 têm *status* hierárquico supralegal, enquanto os ratificados pós Emenda Constitucional nº 45/2004, se promulgados com *quorum* especial relativos aos das emendas constitucionais, apresentam força de norma constitucional, enquanto os demais têm caráter supralegal. Ressalta-se, por fim, que quando o tratado possui *status* supralegal, situa-se entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais, não sendo considerado, portanto, parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: *Status* hierárquico; Tratados Internacionais de Direitos Humanos; Controle de Constitucionalidade; Constitucional; Supralegal.

1 INTRODUÇÃO

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos nasceram no contexto de pós II Guerra Mundial, como resposta às atrocidades do nazismo. Desde então, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, à luz da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, verifica-se

que no art. 5º, §2º, da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a Carta Magna estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, a CF/88 protege tanto os direitos constitucionais quanto os enunciados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Entretanto, existem correntes que divergem, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Tais divergências, portanto, têm sido imperiosamente sanadas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a hierarquia de tais tratados, em se tratando de direitos humanos, no Estado Social de Direito, implica diretamente na aplicação prática dos direitos e garantias fundamentais por eles abordados quando em contraponto com aqueles trazidos no corpo do texto constitucional.

A partir da introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e considerando-se a internacionalização dos direitos humanos e a ratificação de tratados internacionais que versam sobre tal matéria, verifica-se a suma importância do assunto do presente trabalho.

Ao considerar que os tratados internacionais, em especial os que versam sobre os direitos humanos, visam, primordialmente, assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao Estado, mister se faz a avaliação do nível hierárquico daqueles ratificados pré e pós EC nº 45/2004, com o escopo de determinar qual norma deve prevalecer na hipótese de conflito entre os direitos consagrados pelo tratado e pela Constituição Federal, e entre tratado e lei ordinária.

Diante do exposto, relevante é a indagação: qual a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, pré e pós Emenda Constitucional nº 45/2004?

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A Constituição Federal de 1988 é um marco na história constitucional brasileira, no que tange aos direitos humanos. Conforme preleciona André de Carvalho Ramos:

Em primeiro lugar, introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de prever várias garantias constitucionais, algumas inéditas, como mandado de injunção e *habeas data*. Além disso, essa enumeração de direitos e garantias não é exaustiva, uma vez que o seu art. 5º, §2º, prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1891, também denominado *abertura* da Constituição aos *direitos humanos*, dispondo que os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes do (i) *regime*, ii) *princípios* da Constituição e em iii) *tratados* celebrados pelo Brasil.

De forma inédita na história constitucional brasileira, a abertura da Constituição aos direitos foi baseada *também nos tratados internacionais* celebrados pelo Brasil. (RAMOS, 2014, p. 365)

Assim, com o intuito de aumentar o quadro de proteção aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, inovou ao aduzir, em seu art. 5º, §2º, 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 seja parte”. Portanto, verifica-se que a nova ordem incluiu os tratados de que a República Federativa do Brasil participa no rol de direitos tutelados pelo texto constitucional.

Já a EC nº 45/2004 é um marco temporal na avaliação da hierarquia dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dividindo a análise do tema entre as ratificações feitas pré e pós a promulgação da referida emenda.

Até o ano de 2004, a Carta Magna pronunciava-se genericamente acerca dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil era parte, não abordando nem discriminando procedimento de aprovação específico a ser seguido para que os direitos resguardados fossem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, conforme o preceituado no §2º, do art. 5º, da CF/88 – cujo conteúdo faz parte do texto original da Carta Magna –, esta não confere legitimidade apenas aos direitos e garantias abordados no corpo de seu texto, mas também àqueles decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado.

A EC nº 45/2004 incorporou à Carta Magna o §3º em seu art. 5º, estatuiu um procedimento especial de aprovação para que os tratados e convenções

internacionais de direitos humanos fossem equivalentes às emendas constitucionais, estabelecendo um *quorum* especial de aprovação por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

Destarte, percebe-se que a Constituição Federal, de sua promulgação até a vigência da EC nº 45/2004, não fez menção ao processo legislativo a ser utilizado para que fosse conferido determinado *status* hierárquico ao referido diploma internacional quando ratificado pelo Brasil.

A partir da emenda EC nº 45/2004, a Constituição Federal conferiu *status* constitucional àqueles tratados e convenções de direitos humanos aprovados com a observância do procedimento especial do art. 5º, §3º, não se pronunciando, entretanto, em relação àqueles aprovados por procedimento ordinário.

Dessa maneira, considerando-se a omissão constitucional, várias teorias foram elaboradas doutrinária e jurisprudencialmente, com o intuito de averiguar a hierarquia dos direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pelos respectivos tratados internacionais, principalmente no que tange àqueles ratificados entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a EC nº 45/2004, e àqueles ratificados via procedimento ordinário após a entrada em vigor da referida emenda.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E PRÉ EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A Constituição Federal de 1988 marca a abertura do Estado a ordens jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos. Primeiramente, em seu art. 4º, parágrafo único, a Constituição optou pela integração da República Federativa do Brasil em organismos supranacionais, ao visar à formação de uma comunidade latino-americana de nações¹.

Em um segundo momento, estabeleceu, em seu art. 5º, §2º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime

¹ Art. 4º, Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

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

Especificamente, em relação ao §2º, do art. 5º, a Constituição incluiu no rol de direitos e garantias protegidos constitucionalmente, aqueles que foram adotados pelos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A redação do dispositivo acima gerou diversas interpretações que destacaram tratamentos diversos aos tratados que versavam sobre direitos humanos. Assim, a fim de dar aplicabilidade aos tratados internacionais em que o Brasil é parte e dar-lhes correta interpretação, surgiram quatro correntes acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

A primeira corrente, defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1999), afirma que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia supranacional ou supraconstitucional, tendo em vista o caráter universal dos direitos ali salvaguardados.

Dessa maneira, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais, tampouco emenda constitucional poderia suprimir a normativa internacional ratificada pelo Brasil em tema de direitos humanos.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio prima-se pelo princípio da supremacia da Constituição, encontrando-se esta na ponta do sistema jurídico nacional, não podendo nenhuma norma contrariá-la material ou formalmente, sob pena de inconstitucionalidade. Nessa linha, o doutrinador Gilmar Mendes aponta importante crítica à referida corrente:

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade de controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais (GILMAR MENDES, 2014).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC nº 79.785/RJ, manifestou-se, na pessoa do Relator Ministro Sepúlveda Pertence:

(...) assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela

Constituição (...) e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b) (RHC nº 79.785/RJ, 2002).

Assim, uma vez que tal teoria vai de encontro à soberania constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos não seriam objeto do controle de constitucionalidade. Quando houvesse conflito entre o Tratado e a Constituição Federal, ou entre o Tratado e lei ordinária, aplicar-se-iam os direitos privilegiados no Tratado.

A segunda corrente, defendida por Flávia Piovesan (1996), atribui hierarquia constitucional aos referidos diplomas internacionais, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns (art. 49, inciso I, da CF/88), uma vez que regulam matéria de natureza constitucional, embora não tenham forma constitucional.

Segundo esta corrente, a Constituição Federal de 1988, ao inovar em seu §2º, art. 5º, aduzindo que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, incluiu, no rol não exaustivo dos direitos constitucionalmente protegidos, aqueles enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, entendendo a Constituição como “cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”, assegurando-lhes “aplicabilidade imediata nos planos nacionais e internacionais” (RE nº 466.343/SP, 2009).

Dessa forma, aplicando-se uma interpretação sistemática e teleológica do texto do art. 5º, §2º, da CF/88, conclui tal posicionamento que os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, de que o Brasil é parte, integra o rol de direitos constitucionalmente consagrados, ou seja, apresentam natureza materialmente constitucional, situando-se aqueles que não versem sobre direitos humanos, entretanto, no plano infraconstitucional.

A doutrinadora Flávia Piovesan defende sua tese afirmando que essa interpretação tem consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais:

Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido

que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. (...) Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, §2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos. (PIOVESAN, 2014)

Assim, eventuais conflitos entre tratado internacional de direitos humanos e a Constituição Federal, resolver-se-iam, no plano prático, pela aplicação da norma mais favorável à vítima.

Entretanto, tal posicionamento caiu por terra com a incorporação do §3º ao art. 5º, da CF/88, que aduz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A partir da interpretação de tal redação, pode-se afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil antes de tal mudança constitucional, e que não foram submetidos ao processo legislativo legalmente previsto à emenda constitucional, não teriam natureza constitucional.

A terceira corrente, defendida pioneiramente pelo Ministro Xavier de Albuquerque, no julgamento do RE nº 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977, tende a reconhecer o *status* de lei ordinária federal aos tratados internacionais de direitos humanos.

Para esta corrente jurisprudencial, tais acordos não possuiriam legitimidade nem para afrontar nem para integrar o disposto na Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

Tal posicionamento, que teve origem na vigência do ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1967, fora reproduzido, por demais vezes, já sob a vigência da Carta Magna de 1988, como, por exemplo, nos seguintes julgados: HC nº 72183, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/1996, DJ 22-11-1996; HC nº 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE nº 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002; RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005.

Especialmente no HC nº 72.131-RJ, julgado em 22.11.1995, que impugnava a prisão civil por dívida de depositário infiel, com o argumento de que o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º, VI, somente autoriza a prisão civil por dívida em caso de ausência de prestação alimentícia, proibindo, portanto, a prisão de depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal manteve-se filiado à jurisprudência do RE nº 80.004/SE, o qual conferiu aos tratados internacionais *status* de lei ordinária federal, afirmando que:

(...) inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República (RE nº 80.004/SE, 1977).

Neste contexto, extrai-se o entendimento de que eventuais conflitos normativos entre os Tratados Internacionais e leis internas, resolver-se-iam pela regra *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, aplicar-se-ia o princípio de solução de antinomias normativas em idêntico grau hierárquico, que preconiza que lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível.

No entanto, críticas podem ser apontadas frente a tal concepção, uma vez que compromete tanto o princípio da boa-fé, tendo em vista que o Estado deve dar cumprimento aos tratados que livremente consentiu, quanto afronta a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, especificamente seu art. 27, que preconiza: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A quarta e última corrente, apresentada de forma pioneira pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785-RJ, julgado em 15 de agosto de 2000, em que se discutia o alcance da interpretação do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como adepto, também, o doutrinador e Ministro Gilmar Mendes, adota a teoria da hierarquia supralegal dos tratados e convenções sobre direitos humanos, prelecionando que os mesmos seriam infraconstitucionais, porém, supralegais, tendo em vista seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que era unânime no Supremo Tribunal Federal a recusa da prevalência sobre a Constituição de qualquer

convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADI 1.480, cit., Inf. STF 48) (Flávia Piovesan, 2014, p. 132), suprimindo, assim, o posicionamento da corrente que defendia a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, e acrescentou:

(...) a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta aos direitos humanos – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (PIOVESAN, 2014).

Ou seja, os tratados sobre direitos humanos não poderiam ir de encontro à supremacia da Constituição Federal, mas, em contrapartida, teriam *status* especial no ordenamento jurídico brasileiro. Equipará-los à legislação ordinária seria mitigar a suma importância dos direitos da pessoa humana, uma vez que a proteção aos direitos humanos é corolário daqueles.

Assim, percebe-se que a jurisprudência desvencilhara-se do entendimento firmado anteriormente, em que considerava os tratados internacionais em grau de paridade com as leis ordinárias federais. Entretanto, tal tese somente fora aceita como majoritária pelos Ministros do STF no RE nº 466.343-SP, julgado em dezembro de 2008.

Interessante explicar que tal decisão alterou fundamentalmente a Pirâmide de Kelsen, esta que, sinteticamente, apresenta em seu topo a Constituição, logo abaixo as normas abstratas – infraconstitucionais – e, na base, as normas individualizadoras – infralegais –, tendo em vista o tratamento inovador dado aos tratados internacionais de direitos humanos, atribuindo-se-lhes caráter supralegal e alocando-lhes entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Nesse íterim, privilegiando-se a supremacia da Carta Magna, quando em conflito o tratado internacional e a Constituição Federal, poderia o documento internacional sofrer controle de constitucionalidade, tendo em vista seu caráter infraconstitucional.

Já em conflitos entre o tratado e lei ordinária, em razão de sua característica supralegal, iriam prevalecer os direitos ressalvados nos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos.

Após a apresentação das quatro correntes acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos, interessante

destacar aqueles principais que foram ratificados pelo Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, porém, anterior à vigência da EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada em 20 de julho de 1989; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada em 28 de setembro de 1989; c) Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada em 24 de setembro de 1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 24 de janeiro de 1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, ratificada em 25 de setembro de 1992; g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 27 de novembro de 1995; h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, ratificado em 13 de agosto de 1996; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador –, ratificado em 21 de agosto de 1996; j) Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada em 15 de agosto de 2001; k) Estatuto de Roma – que institui o Tribunal Penal Internacional –, ratificado em 20 de junho de 2002; l) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificado em 28 de junho de 2002; m) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, ratificado em 27 de janeiro de 2004; n) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografias Infantis, ratificado em 27 de janeiro de 2004.

Interessante destacar o julgamento histórico do RE nº 466.343-SP, em dezembro de 2008, interposto pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação nº 791.031-0/7, tendo em vista ter este julgado inconstitucional a prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia.

Logo, cabe apontar as antinomias presentes do referido julgamento. Primeiramente, a prisão civil do depositário infiel está prevista, no Direito Interno, no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal² e no art. 652 do Código Civil³.

² Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Entretanto, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1992, sendo que ambas afastam qualquer hipótese de prisão civil por dívidas, com exceção da prisão do devedor de alimentos, respectivamente, em seu art. 7º, 7⁴ e art. 11⁵. Insta explicar que tais tratados não foram incorporados ao arcabouço jurídico pátrio por processo legislativo especial, qual seja, específico para a aprovação de emenda constitucional.

Assim, face às disposições contrárias entre tais normas do direito interno e normas de tratados acima referidos, discutiu-se no respectivo julgado a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil entre a Constituição Federal de 1988 e a EC nº 45/04.

No bojo do RE nº 466.343-SP, duas correntes foram formadas no Supremo Tribunal Federal. A primeira, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, que atribuía valor supralegal aos tratados; e a segunda, defendida pelo Ministro Celso de Mello, que sustentava o valor constitucional dos tratados. Em decisão acirrada, por cinco votos a quatro, a corrente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes fora a vencedora. Segue abaixo a ementa da decisão:

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, inciso LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do Artigo 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

A partir de uma análise imatura da ementa colacionada, pode-se ter a falsa impressão de que a norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos revogara o texto constitucional. Entretanto, tal interpretação não está correta.

O que houve foi a revogação da legislação infraconstitucional que conferia aplicabilidade ao texto constitucional. O fato de o Pacto de San José da Costa Rica ter *status* supralegal suspende a eficácia da legislação infraconstitucional que rege a

³ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

⁴ Art. 7º, 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁵ Art. 11º. Ninguém será encarcerado pelo simples facto de não poder cumprir uma obrigação contratual.

prisão do depositário infiel. Assim, apesar de a Constituição autorizar a referida prisão, a legislação infraconstitucional está proibida de determiná-la nesse caso.

Dessa maneira, pode-se concluir que, a partir desse julgamento, a Suprema Corte consolidou o posicionamento de que os tratados internacionais ratificados anteriormente à EC 45/2004 podem ter *status*: I) supralegal, se versarem sobre matéria de direitos humanos; ou II) legal, ou seja, equivalente às normas ordinárias federais, se não tratarem de direitos humanos.

4 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

Dando sequência à abertura do Estado a ordens jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45/2004, incorporou ao art. 5º da Constituição Federal, o §3º, que aduz: “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”.

Tal dispositivo tornou-se imprescindível para a classificação da hierarquia dos tratados internacionais, uma vez que instituiu distinção em razão da matéria (sobre direitos humanos) e da forma como devem ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro (processo legislativo da emenda constitucional) para conferir-lhes *status* constitucional.

Dessa maneira, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pós EC nº 45/2004, existem duas correntes.

A primeira corrente, defendida por Flávia Piovesan (2014), afirma que, independentemente do *quorum* de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, todos são munidos de *status* constitucional.

Tal posicionamento sustenta que todos os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, tendo a Constituição, com o advento da inovação do §3º, do art. 5º, apenas consagrado a constitucionalização formal daqueles no âmbito jurídico interno. Dessa forma, formou-se duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

A classificação dos referidos tratados em simplesmente materialmente constitucionais, e em material e formalmente constitucionais, embasa importante desdobramento, o qual permite concluir que os primeiros são suscetíveis à denúncia – ato unilateral do Estado signatário que o retira de um tratado –; e os segundos não podem ser denunciados, tendo em vista que compõem o quadro constitucional, também, no campo formal, ou seja, foram aprovados pela maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, não tendo, portanto, o Poder Executivo legitimidade nem competência para subtrair os direitos humanos preconizados naqueles tratados do âmbito jurídico interno.

Além disso, para essa corrente, qualquer tratado internacional de direitos humanos serve como parâmetro para controle de constitucionalidade.

Por conseguinte, ao considerar que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, os direitos e garantias fundamentais por eles resguardados devem ser munidos da mesma proteção que os direitos e garantias fundamentais explícitos e implícitos na Constituição, qual seja, a impossibilidade de serem abolidos por meio de emenda à Constituição, por constituírem cláusula pétreia, nos termos do art. 60, §4^o.

Em suma, com base nessa corrente, pode-se concluir que: I) todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, independentemente do *quorum* de aprovação, servindo, portanto, como paradigma para controle de constitucionalidade, e, se simplesmente constitucionais, podem ser objeto de denúncia; II) os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados por três quintos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, são considerados material e formalmente constitucionais, sendo, portanto, insuscetíveis de denúncia; e III) os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos são equiparados hierarquicamente às leis ordinárias federais.

Insta lembrar que tal tese fora defendida pelo Ministro Celso de Mello no RE nº 466-343/SP, sob o argumento de que a Constituição Federal determina a prevalência dos direitos humanos sobre as demais normas ao instituí-la como princípio regente das relações internacionais da República Federativa do Brasil (art.

⁶ Art. 60, § 4º. **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)**

4º, inciso II, da CF/88). Portanto, todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são considerados materialmente constitucionais, independentemente do *quorum* de aprovação.

Entretanto, como já exposto anteriormente, tal tese, que fora defendida pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Greice e Eros Grau, restou-se vencida por cinco votos a quatro.

Importante crítica a essa tese, em relação ao *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram ratificados com respeito ao *quorum* especial de aprovação, diz respeito à classificação da Constituição Federal de 1988 quanto ao conteúdo, tendo em vista que é classificada como formal, ou seja, para que um dispositivo legal seja considerado constitucional, deve-se observar o processo legislativo adequado, caso contrário, não poderá ter referido *status*.

Pode-se observar, entretanto, que o fato de a norma ser simplesmente materialmente constitucional, segundo tal classificação da Constituição, não a torna paradigma para o controle de constitucionalidade.

Ademais, existem normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais, não podendo estas ser consideradas, portanto, parâmetro para o controle de constitucionalidade.

A segunda corrente, defendida por Gilmar Mendes (2014), preleciona que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem hierarquia constitucional, com *status* de emenda constitucional. Em contrapartida, os aprovados sem a observância de tal processo legislativo possuem hierarquia supralegal, ou seja, encontram-se situados hierarquicamente entre a Constituição e a leis *stricto sensu*.

Extrai-se dessa tese o entendimento de que, o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos que são aprovados pelo *quorum* especial, advêm da interpretação do art. 5º, §3º, da CF/88. Sendo assim, têm natureza jurídica de Constituição, assim como as emendas constitucionais.

Já em relação àqueles que não seguiram o rito especial, pode-se considerar que fora aplicada interpretação teleológica ao conferir *status* hierárquico diferenciado, ou seja, supralegal, aos referidos diplomas internacionais, uma vez que o espírito da Constituição Federal de 1988 é notoriamente afeto à supremacia dos direitos humanos, não violando, portanto, a intenção do poder constituinte originário.

Conforme já explanado, o nível hierárquico intermediário desses diplomas internacionais, que se situam entre a Constituição e a legislação ordinária infraconstitucional, tornou-se entendimento majoritário adotado pela Suprema Corte, a partir do julgamento do RE nº 466.343-SP, em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu o valor supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que não foram aprovados pelo quorum qualificado do art. 5º, §3º, da CF/88, tendo vencido a tese do valor constitucional dos referidos diplomas.

A partir do referido julgado, o Supremo Tribunal Federal formalizou esse entendimento na Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”, revogando, assim, a Súmula STF nº 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura e ação de depósito”.

Dessa maneira, tendo em vista a incorporação do §3º ao art. 5º da CF/88, pela EC nº 45/2004, o STF, ao julgar tal Recurso Extraordinário, classificou o *status* dos tratados internacionais de acordo com a matéria e com o processo legislativo utilizado para a ratificação desses.

Destarte, em suma: I) terão *status* constitucional aqueles tratados de direitos humanos que foram objeto de procedimento idêntico de aprovação àqueles atribuídos às emendas constitucionais, compondo, portanto, o bloco de constitucionalidade; II) terão *status* supralegal se versarem sobre direitos humanos, entretanto, sem a aprovação qualificada, não compondo o bloco de constitucionalidade, mas sim de supralegalidade; e III) terão *status* de lei ordinária se não tratarem sobre direitos humanos.

Apresentadas as duas correntes, destacam-se os principais tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil após a EC nº 45/2004: a) o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, ratificado em 11 de janeiro de 2007; e b) o Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificado em 25 de agosto de 2009.

Insta explicar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado internacional que versa sobre direitos humanos aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, sendo, portanto, equivalente às emendas constitucionais, conforme estabelece o art. 5º, §3º, da Constituição.

5 CONCLUSÃO

A partir da elaboração do presente trabalho, pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988 tem como escopo a ampliação do rol de proteção dos direitos e garantias e dos direitos humanos além daqueles nela positivados, ao inovar em seu art. 5º, §2º, aduzindo que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, a partir da interpretação do referido dispositivo, foram formadas quatro correntes acerca do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados entre a Constituição Federal de 1988 e a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A primeira corrente, defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello, afirma que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia supranacional ou supraconstitucional. Assim, caso houvesse conflito entre o tratado e a Constituição Federal, ou entre o tratado e a lei ordinária, sempre se aplicariam os direitos privilegiados no tratado.

A segunda corrente, defendida por Flávia Piovesan, atribui hierarquia constitucional aos referidos diplomas internacionais. Assim, eventuais conflitos entre tratado internacional de direitos humanos e a Constituição Federal, resolver-se-iam, no plano prático, pela aplicação da norma mais favorável à vítima.

A terceira corrente, defendida pelo Ministro Xavier de Albuquerque, tende a reconhecer o *status* de lei ordinária federal aos tratados internacionais de direitos humanos. Extrai-se o entendimento de que eventuais conflitos normativos entre os tratados internacionais e as leis internas, resolver-se-iam pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

A quarta corrente, defendida pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, adota a teoria da hierarquia supralegal dos tratados e convenções sobre direitos humanos. Assim, eventuais conflitos entre o tratado e a lei ordinária, iriam prevalecer os direitos ressaltados naquele.

Entretanto, às vistas das incongruências das quatro teorias acerca do mesmo tema, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, em que se discutia a inconstitucionalidade da prisão civil do devedor

fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, solidificou como posicionamento majoritário o entendimento da quarta corrente, qual seja, da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Portanto, conclui-se que, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC nº 45/04, podem ter *status* supralegal, se versarem sobre matéria de direitos humanos, ou *status* legal, se não se tratarem de direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, incorporou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, prelecionando que para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam equivalentes às emendas constitucionais, devem ser aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Dessa maneira, a partir da interpretação do referido diploma constitucional, foram criadas duas correntes em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados após a edição da EC nº 45/2004.

A primeira corrente, defendida por Flávia Piovesan, afirma que, independentemente do *quorum* de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, todos são munidos de *status* constitucional. Assim, qualquer deles serve como parâmetro para controle de constitucionalidade.

A segunda corrente, defendida por Gilmar Mendes, preleciona que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial do §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem hierarquia constitucional. Entretanto, os aprovados sem a observância de tal processo legislativo possuem hierarquia supralegal.

Dessa forma, conclui-se que: I) terão *status* constitucional aqueles tratados de direitos humanos que foram objeto de procedimento idêntico de aprovação àqueles atribuídos às emendas constitucionais, compondo, portanto, o bloco de constitucionalidade; II) terão *status* supralegal se versarem sobre direitos humanos, entretanto, sem a aprovação qualificada, não compondo o bloco de constitucionalidade, mas sim de supralegalidade; e III) terão *status* de lei ordinária se não tratarem sobre direitos humanos.

Da análise das orientações jurisprudenciais da Suprema Corte, pode-se concluir que esta é adepta à segunda corrente, sendo esta, portanto, a aplicável na análise dos casos concretos.

Por fim, insta salientar que da análise das correntes formadas em relação ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados tanto pré quanto pós EC nº 45/2004, a partir, entretanto, da promulgação da Constituição Federal de 1988, concluiu-se pelas correntes aplicadas, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos casos concretos.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 08.08.2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>. Acesso: 1º de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 1º de maio de 2017.

BRITO, Rejane Miranda Sampaio Barbosa de. **Organizações formais de trabalho: um enfoque na saúde mental do trabalhador e a tutela jurídica**. 2012. Projeto de Pesquisa (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ipatinga, Ipatinga, 2012.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1992). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

HABEAS CORPUS nº 72.183, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 22.11.1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109966&base=baseAcordaos>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

HABEAS CORPUS nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Celso de Mello. DJe 12.03.2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>.
Acesso em: 2 de maio de 2017.

LEI nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. 1. Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

MOURA, Allan Vinícius de. **Direitos Humanos e Globais**. Revista Visão Jurídica. São Paulo. Ed. Escala, n. 99, p. 28-37, ago. 2014.

Notícias STF. Íntegra do voto do Ministro Celso de Mello sobre a prisão civil do depositário infiel. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84880>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

Notícias STF. Íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466383. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68454>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1992). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 2 de maio de 2017.

PELLEGRINI, Andréia Carneiro. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Jurídica Consulex. São Paulo. Ed. Consulex, n. 390, p. 63-65, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª edição, revisada e atualizada. São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. edição, revisada e atualizada. São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1. Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 1º de maio de 2017.

RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 22.11.2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 1º de maio de 2017.

RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 80.004, Rel. Cunha Peixoto, DJe 1.06.1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 30.08.2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em 2 de maio de 2017.

ROSSI, Juliano Scherner. **A Hierarquia dos Tratados no Direito Brasileiro**. Revista da AGU. Brasília, nº 1, p. 89-119, jan./mar. 2015.

SÚMULA VINCULANTE nº 25. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

SÚMULA nº 619 STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>. Acesso em: 2 de maio de 2017.

Tratados equivalentes a emendas constitucionais. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>. Acesso em: 2 de maio de 2017.