

A HIERARQUIA DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS:
UMA ANÁLISE DO RE 80.004/SE, DO HC 72.131/RJ E
DO RE 466.343-1/SP

Jorge André De Carvalho Mendonça¹⁹³

Sumário: I. Introdução – II. Uma Concepção mais Realista dos Direitos Humanos – III. A Posição Original do STF sobre a Hierarquia dos Tratados: Apreciação do RE 80.004/SE e do HC 72.131/RJ – IV. A Dogmática antes da EC 45/2004 – V. O RE 466.343-1/SP – VI. A Dogmática depois da EC 45/2004 – VII. Conclusões.

I. Introdução

Não é de agora que se fala no processo de internalização de normas externas. O início da edição de comandos com objetivos globais, não mais limitados ao âmbito interno de cada Estado, aconteceu com a Revolução Francesa, através da qual se tentou “universalizar” ideais próprios do Iluminismo.¹⁹⁴ Foi isso o que aconteceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, documento que externou ao mundo o surgimento dos direitos humanos de primeira geração, os civis e políticos clássicos, inerentes ao liberalismo individualista.¹⁹⁵

Mas aquele documento era muito pouco, tendo deixado sempre prevalecer, na prática, os ordenamentos jurídicos internos. Assim, ele

¹⁹³ Especialista em Direito Processual Público pela UFF. Mestrando em Direito Penal pela UFPE. Defensor Público do Estado de Sergipe em 2001 e 2002. Juiz de Direito do Estado de Pernambuco em 2003. Juiz Eleitoral da 59ª Zona Eleitoral em 2003. Juiz Federal Substituto desde dezembro de 2003.

¹⁹⁴ Nesse sentido a Wikipédia, disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o, acesso no dia 13/09/2010.

¹⁹⁵ Alguns autores costumam dizer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução Francesa, teria sido influenciada pela Revolução Americana. José Afonso da Silva aponta que “na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como da francesa são européias” (SILVA, 1994, p. 144).

não foi suficiente para evitar inúmeras atrocidades cometidas posteriormente, na 2ª Guerra Mundial, a partir de quando a intenção de fazer vigorar normas globais foi fortalecida. Com efeito, o holocausto levou à convicção de que a proteção nacional dos direitos era insuficiente, até porque a legislação alemã de então, excessivamente aberta mesmo no âmbito criminal, terminava por dar respaldo às atitudes absurdas oriundas do nazismo.

Isso fez nascer o debate sobre os meios supranacionais de proteção dos direitos humanos, ensejando o surgimento de uma série de Organizações Internacionais e textos normativos, boa parte deles ratificada pelo Brasil.

Ocorre que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ainda não são tão conhecidos de considerável parte da população, inclusive de operadores do direito, que terminam por pouco utilizá-los, pelo menos no Brasil. Não obstante, geram uma discussão sobre a vinculação do direito interno a eles, em especial após o crescimento da União Européia, que findou por obrigar os seus integrantes a adaptarem os direitos locais ao internacional.

É diante disso que pretendemos avaliar a força da incorporação ao direito brasileiro de tais espécies de tratados. Para tanto, em primeiro lugar, não poderíamos deixar de apresentar uma visão que, para nós, é mais realista sobre os direitos humanos. Depois analisaremos as famosas decisões do STF proferidas no RE 80.004/SE e no HC 72.131/RJ, efetuando, em seguida, uma exposição dogmática sobre o assunto antes da EC 45/2004. Por último, já na vigência da referida Emenda, estudaremos a manifestação do STF no RE 466.343-1/SP, com uma nova avaliação dogmática do tema.

II. Uma concepção mais realista dos direitos humanos

Não é raro vermos os estudos relativos aos Direitos Humanos partirem sempre da afirmação de serem eles “universais”, até porque decorrentes de um “consenso” entre as nações. cremos no entanto, que se deve tomar maior cuidado com essas argumentações, mormente em razão de inúmeras culturas totalmente diferentes mesmo no mundo globalizado de hoje.

Ferrajoli, um dos pensadores que mais se sobressai no âmbito do

direito penal moderno, acredita na universalidade dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 838). Idêntico é o pensamento de renomados internacionalistas pátrios, tais como Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2009, p. 6) e Nádia de Araújo (ARAÚJO, 2004, p. 7). Tal afirmação, no entanto, ao contrário do que parece a muitos, não corresponde à unanimidade nem mesmo no mundo ocidental. É muito difícil sustentar que determinado conceito tenha validade global, por inexistir um padrão cultural de aceitação de idéias universais. O sistema é dinâmico, pelas próprias comunicações, pelo próprio acontecer.

Luhmann ¹⁹⁶ afasta a idéia de fim comum ou igual na sociedade moderna hipercomplexa. Sua palavra primordial é diferença. Daí por em dúvida a afirmação de que o consenso seja constitutivo da sociedade (LUHMANN, 2007, p. 15). Isso respalda no questionamento de uma outra característica dos direitos humanos, normalmente apontada como ponto certo pelos internacionalistas: o consenso.

Ora, é impossível a defesa da existência de um mínimo moral ou ético nas sociedades contemporâneas. Nelas coexistem, por vezes de forma pacífica, por outras de forma tensa, zonas de consenso com zonas de conflito, o que impede que qualquer concepção possua capacidade para se arvorar em padrão crítico de qualquer ordenamento positivo (DIAS, 2007, p. 113).

Apesar disso, não é raro se falar, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos equivale a um consenso sobre valores a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2009, p. 6). Ocorre que nem todos os países do mundo participaram da sua aprovação. Ademais, a declaração sequer constituiu um tratado, o que levou certos países a reagirem, mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos (REZEK, 2000, p. 211), o que ratifica a inexistência de consenso.

De outra parte, bom questionamento é feito por Alexandre da Maia: “como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental?” E ele mesmo responde dizendo que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, mas sem uma fixação de conteúdo, pode ser manipulada

¹⁹⁶ Os ensinamentos de Luhmann são bastante apropriados ao presente estudo, mesmo também sendo ele a base sociológica do super questionável direito penal do inimigo, com o qual longe estamos de concordar.

por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental (DA MAIA, 2000, p. 5).

Com isso não queremos, de forma alguma, criticar o conteúdo dos direitos humanos. Na verdade, concordamos com todos eles. O difícil, porém, é exigir sua aplicação irrestrita a qualquer comunidade mundial, em especial àquelas que possuem culturas totalmente diferentes da ocidental, com forte influência de religião bastante diversa.

Assim, a universalidade dos direitos humanos somente deveria ser considerada para os direitos mais básicos de qualquer pessoa, para aqueles que são objeto de consenso por qualquer um em sã consciência, em qualquer lugar do mundo, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana. Neste último caso, ainda assim, sem interpretações extensivas e observando as peculiaridades de cada cultura local.

Não desconhecemos ser comum o surgimento de acusações de descumprimento deste mínimo imprescindível mesmo por grandes detentores de personalidade internacional no ocidente.¹⁹⁷ Apesar disso, não vemos como deixar de se proteger aquele mínimo indispensável. Se não é possível forçar que todos cumpram normas imprescindíveis de proteção de direitos humanos, que o seu respeito seja imposto pelo menos aos Estados menos fortes. Seus indivíduos são ainda mais fracos que eles. Apesar da injusta desigualdade de tratamento, infelizmente é o melhor que se pode fazer na atualidade. E é justamente por isso que nos permitiremos entrar na discussão sobre a hierarquia dos tratados que versam sobre a matéria, o que faremos a partir de agora, tamanha a sua importância no mundo, embora nosso foco se concentre em relação ao sistema brasileiro.

III. A posição original do STF sobre a hierarquia dos tratados: apreciação do RE 80.004/SE e do HC 72.131/RJ

De acordo com o art. 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira,

¹⁹⁷ Suposto exemplo disso seria a invasão do Iraque pelos Estados Unidos mesmo contrariando decisão da ONU, a admissão da pena de morte em alguns Estados daquele país e a alegada retirada de tropas da ONU de Ruanda, permitindo o massacre de grupos étnicos sobre outros. Tantos seriam outros exemplos que nos limitaremos a esses três, evitando a condução deste estudo ao infinito.

em redação atual idêntica à original, os direitos e garantias nela expressos 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. O dispositivo constitucional previu, assim, a possibilidade não só de direitos implícitos (decorrentes do seu regime ou dos princípios expressos), como também de direitos estabelecidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. O que nos interessa, no presente trabalho, é exatamente esta última categoria de direitos.

No que toca especificamente ao tratados de direitos humanos, mesmo antes da inclusão do § 3º pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004, já existiam quatro correntes que debatiam a melhor interpretação da norma estabelecida pelo constituinte originário: 1) para a primeira, os tratados de direitos humanos teriam hierarquia supra-constitucional; 2) a segunda defendia sua hierarquia constitucional. Para ela, o § 2º do art. 5º estabelecia três categorias de direitos, os expressos, os implícitos (decorrentes do seu regime) e os internacionais. Somente outros tratados teriam natureza infra-constitucional, como aqueles, por exemplo, que regulavam a importação; 3) para uma terceira orientação, os tratados de direitos humanos tinham local privilegiado, com hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal; 4) por fim, a quarta posição sustentava a paridade hierárquica entre tratado e lei, seja qual fosse o natureza do primeiro, de direitos humanos, comercial, etc.

O Supremo Tribunal Federal (STF), antes da promulgação da atual Carta Política, em um primeiro momento manteve-se fiel à terceira corrente acima exposta, embora abrangendo todos os tipos de tratados e não apenas aqueles relativos a Direitos Humanos. Assim, inicialmente se posicionava “no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com a norma infraconstitucional” (KOEHLER, 2007, p. 150).

Mas a orientação somente se manteve até 1.977. Naquele ano a Suprema Corte modificou sua orientação, o que aconteceu por meio do Recurso Extraordinário (RE) 80.004/SE, quando ficou assentado que o conflito entre um tratado internacional e uma lei posterior seria resolvido mediante a prevalência da última. Importante notar que o caso não se referia a direitos humanos, discutindo a validade da Convenção de Genebra sobre notas promissórias, entendendo-se que o Decreto-Lei

427/69 a revogara na parte em que lhe era contrário,¹⁹⁸ o que demonstrava a inexistência de distinção de tratamento entre os vários tipos de tratados internacionais.

Em 1995 o STF tornou a decidir pela inexistência de primazia entre os tratados internacionais e o direito positivo interno. Isso aconteceu através do HC 72.131/RJ, agora já específico quanto ao tema dos direitos humanos, já que envolvia a questão da prisão civil por dívidas do depositário infiel. Segundo o julgado, a adesão ao Pacto de San José da Costa Rica não impedia que o Congresso legisasse de forma diferente,¹⁹⁹ consolidando o então posicionamento do STF.

Destarte, verifica-se que a jurisprudência brasileira adotou a quarta corrente desde 1.977, o que perdurou por aproximadamente 30 anos,

¹⁹⁸ A ementa do julgamento do RE 80.004/SE assim dispôs: “CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. (Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nota%20promissória\(80004.NUME.%20OU%2080004.ACMS.\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nota%20promissória(80004.NUME.%20OU%2080004.ACMS.)) (PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos. Acesso no dia 12/09/2010).

¹⁹⁹ O HC 72.131/RJ seguiu assim ementado: “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”. (Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=depositário%20infiel\(72131.NUME.%20OU%2072131.ACMS.\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=depositário%20infiel(72131.NUME.%20OU%2072131.ACMS.)) (PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos. Acesso no dia 12/09/2010).

até quando, em novembro de 2006 iniciou-se o julgamento do RE 466.343-1/SP,²⁰⁰ concluído apenas em 03/12/2008. Ele configurou novo leading case do assunto, o que será objeto de estudo separado, objeto do item V deste trabalho, tamanha a sua importância atual.

IV. A dogmática antes da EC 45/2004

O julgamento do RE 80.004/SE, com a conseqüente consolidação da antiga posição do STF, gerou fortes críticas dos internacionalistas. Para o descumprimento dos tratados, sustentava-se, antes ele deveria ser retirado do plano internacional, por meio do instrumento da denúncia, sob pena de configuração de um ilícito. Assim, o STF, em 1.977, teria conferido primazia a um ato ilícito, uma vez que o Decreto-Lei 427/69 não ocasionava a denúncia.

No entanto, tais críticas deveriam ser realizadas de forma menos rigorosa, em consonância com o momento social e jurídico vivido naquele momento. Ora, em 1.977, quando o STF julgou o RE 80.004/SE, o mundo era bastante diferente, não só sob o aspecto social, mas também sob o âmbito jurídico. No primeiro caso porque, mesmo não se podendo dizer ser inexistente a globalização, era muito menor a interação entre pessoas residentes em países distintos, não só pela maior dificuldade de locomoção, mas principalmente em razão da dificuldade de comunicação. E isso gerava conseqüências no aspecto jurídico.

Deveras, o brilhante Francisco Rezek, mesmo há apenas dez anos, dizia que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano era apenas uma proposição doutrinária, não havendo, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado (REZEK, 2000, p. 96). Por conseguinte, o direito internacional ainda

²⁰⁰ A nossa Corte Maior, em novembro daquele ano, já tinha o voto de 07 Ministros (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio), embora o julgamento somente tivesse sido concluído em dezembro de 2008, em razão de pedidos de vista (Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prisao%20civil%20\(\(CEZAR%20PELUSO\).NORL.%20OU%20\(CEZAR%20PELUSO\).NORV.%20OU%20\(CEZAR%20PELUSO\).NORA.%20OU%20\(CEZAR%20PELUSO\).ACMS.\)\(PLENO.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prisao%20civil%20((CEZAR%20PELUSO).NORL.%20OU%20(CEZAR%20PELUSO).NORV.%20OU%20(CEZAR%20PELUSO).NORA.%20OU%20(CEZAR%20PELUSO).ACMS.)(PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos). Acesso no dia 12/09/2010).

não se preocupava, quando do julgamento do RE 80.004/SE, com um nível de desenvolvimento que impusesse a sua prevalência sob os direitos internos, apesar de já celebrados inúmeros tratados internacionais. Somente nos últimos anos, principalmente após o fortalecimento da União Européia, houve um crescimento dessa exigência, o que inclusive levou a modificações de algumas constituições, a fim de se reconhecer expressamente o primado do direito internacional.

Pois bem. Em 1.977 vigorava no Brasil a EC 01/1969 (à Constituição de 1.967), a qual não tinha previsão nem sequer semelhante àquela estampada no atual § 2º do art. 5º. Os direitos e garantias individuais estavam, de forma bem mais reduzida, no seu art. 153, sem mencionar nenhuma aproximação entre o direito brasileiro e os tratados internacionais. Além do mais, ainda vigia o art. 119, III, “b”, daquela Carta (redação similar ao atual art. 102, III, “b”), segundo o qual competia ao STF julgar Recurso Extraordinário interposto contra decisão que tivesse declarado a inconstitucionalidade de tratado. Isso demonstra que os tratados não possuíam nível constitucional.

Não fosse o bastante, antes da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1.988 o julgamento do RE 80.004/SE não tinha a menor relevância para os direitos humanos. É que o marco inicial do processo de incorporação de tratados de direitos humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, ocorrida apenas em 1.989 (PIOVESAN, 2009, p. 12), quando já em vigor o atual Pacto Republicano. Por isso, malgrado já celebrados inúmeros Tratados de Direitos Humanos antes de 1.988, não vemos razão técnico-jurídica para criticar a decisão que o STF tomou em 1.977, quando do julgamento do RE 80.004/SE.

O mesmo não podemos dizer, contudo, quanto à repetição de idênticos pronunciamentos tomados a partir da vigência da Carta de 88. A manutenção da mesma posição que o STF adotou no RE 80.004/SE, mesmo depois da inovação do art. 5º, § 2º da CF/88, realmente não tinha razão de ser. Neste passo, merece análise especial o julgamento do HC 72.131/RJ. Mesmo sendo já de 1.995, o STF reiterou seu entendimento anterior, no sentido de que um tratado internacional, no caso a adesão ao Pacto de San José da Costa Rica, não vedada que o Poder Legislativo brasileiro editasse ato normativo legal em sentido contrário, caso em que ele prevaleceria.

Essa, sem dúvida, não era a melhor interpretação do art. 5º, § 2º. Quando a norma constitucional assegurou os direitos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte sem efetuar nenhuma ressalva, o fez de forma independente do conteúdo de qualquer ato legislativo, seja anterior seja posterior à sua vigência. Assim, sobre ele deveria prevalecer.

De todo modo, restaria saber qual o nível hierárquico dos Tratados de Direitos Humanos, se constitucional ou apenas supra-legal. Quanto a isso, acreditamos que era plenamente possível duas interpretações:

Pela primeira, o § 2º do art. 5º deveria ser combinado com o art. 102, III, “b”, ambos da CF, segundo o qual é cabível recurso extraordinário justamente da decisão que declarar a inconstitucionalidade de um tratado. Nessa linha, os tratados, mesmo de direitos humanos, teriam somente natureza suprallegal, a qual, mesmo não se submetendo ao conteúdo das leis ordinárias ou complementares, ainda que supervenientes, não poderiam ser aceitos se contrariassem algum dispositivo constitucional. Para essa interpretação, o § 2º do art. 5º nunca teria feito distinção entre os tipos de tratados, muito menos o art. 103, III, “b” da CF. Assim, a justificativa filosófica de tratamento diferenciado²⁰¹ estaria fora do direito positivo, servindo apenas como política legislativa que pudesse influenciar futura inovação constitucional.

Mas a segunda interpretação também era plenamente sustentável. Segundo ela o Brasil já adotava, antes da EC 45/2004, um sistema misto, através do qual um regime seria aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aos tratados tradicionais (PIOVESAN, 2009, p. 17). E isso se explicaria em razão da colocação do conteúdo do § 2º no art. 5º da Lex Legum, o qual trata de direitos fundamentais equivalentes aos direitos humanos no plano internacional.²⁰²

²⁰¹ Essa justificativa corresponde ao argumento de que os tratados comuns apenas buscam o equilíbrio e reciprocidade de relações entre Estados-partes, enquanto os de direitos humanos transcendem tais objetivos, visando salvaguardar um bem muito maior - o direito do ser humano (PIOVESAN, 2009, p. 16)

²⁰² Os direitos humanos distinguem-se dos direitos fundamentais na medida em que os primeiros são relativos ao plano internacional, enquanto os segundo correspondem àqueles que foram constitucionalizados no plano interno (SARLET, RDE, 2006, p. 67)

Neste passo, os Tratados de Direitos Humanos, objeto do citado § 2º, teriam recebido tratamento diferenciado, possuindo nível constitucional, o que faria prevalecer a norma mais favorável ao ser humano em caso de conflito com a Lei Maior do país.²⁰³

Claro que ao intérprete, em especial ao julgador, haverá obrigatoriedade de escolher entre uma dessas louváveis interpretações. Mas isso agora ficou mais fácil, em especial a partir da inovação do § 3º da Carta Magna, como adiante iremos demonstrar.

V. O recurso extraordinário 466.343-1:

Com a finalidade de pacificar a grande discussão doutrinária, então existente, sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a EC 45/2004 achou por bem incluir um § 3º no art. 5º da CF. Segundo a inovação, 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. Em outras palavras, o constituinte derivado passou a prever expressamente a possibilidade de se conferir valor constitucional aos tratados de Direitos Humanos, desde que submetidos ao mesmo iter de aprovação das Emendas Constitucionais.

Após a sua entrada em vigor e, principalmente, a partir de uma nova composição do STF, o tema relativo à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos passou a ser ali repensado. Isso aconteceu, repita-se, através do RE 466.343-1/SP, cujo julgamento foi iniciado em novembro de 2006, mas só finalizado em dezembro de 2008, configurando novo *leading case* sobre assunto, o que demonstra a importância do seu estudo.²⁰⁴

²⁰³ A utilização do método correto produz um conhecimento mais confiável, sem que ele, todavia, corresponda a uma realidade objetiva (MATURANA, 2001, p. 82). Até por isso os mesmos dados não levam a um único resultado acertado, podendo conduzir a boas conclusões opostas. Toda explicação só surge em função de um determinado contexto, contexto que deve ser considerado na hora de avaliar a conclusão. Isso justificaria como um mesmo evento merece explicações alternativas, de acordo com os fatores considerados relevantes, podendo resultar várias delas adequadas ao mesmo tempo (BOSSIO, 2007, p. 153).

²⁰⁴ O inteiro teor do acórdão pode ser visualizado em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso no dia 13/09/2010.

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária, mas deixando de cominar prisão civil do devedor mesmo em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem.

Alterando a sua antiga posição, o STF decidiu que não mais havia paridade entre os Tratados de Direitos Humanos e a legislação interna. Ou seja, aqueles não teriam a mesma natureza que as leis ordinárias ou complementares. Assim, eventual conflito entre tais espécies normativas não mais seria resolvido pela revogação da norma mais antiga. A propósito, vejamos o teor da ementa, verbis:

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.

Verifica-se, pois, que foi negado provimento ao recurso, o que aconteceu à unanimidade, modificando-se o antigo placar para para 11 a 0 em favor da prevalência dos Tratados de Direitos Humanos sobre a legislação interna que lhe seja contrária. O julgado correspondeu a uma lição preciosa de direito internacional. O STF passou a entender ser essencial distinguir entre os tratados comerciais e os de direitos humanos, reconhecendo a natureza mista, o que indubitavelmente foi acolhido pela EC 45/2004.

A fundamentação exposta pelos 09 (nove) Ministros que participaram do julgamento fez uma distinção entre duas visões diferentes: a “trapézio”, pela qual em primeiro plano estava não só a Constituição, mas também os tratados de Direitos Humanos, ambos superiores hierarquicamente à legislação interna; e a “pirâmide”, que defendia uma sequência hierárquica entre a Constituição, os Tratados de Direitos Humanos e as Leis internas.

Adepto da primeira visão, seguida por uma parte dos Ministros, Celso de Mello revisitou seu próprio entendimento antecedente, passando agora a defender uma hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos. Já em consonância com a segunda visão, também compartilhada por outra parte dos Ministros, Gilmar Mendes atribuiu a natureza supralegal a tais espécies de tratados. Embora a distinção não tivesse tanta importância para o julgamento do caso concreto, eis que seguindo-se uma ou outra corrente seria negado provimento ao recurso, ela é bastante importante para firmar uma posição que pode ter influência sobre outros julgamentos futuros, razão pela qual passaremos a estudá-la no item seguinte.

VI. A dogmática depois da EC 45/2004

Como dito no tópico anterior, com a finalidade de pacificar controvérsia então existente sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a EC 45/2004 achou por bem incluir um § 3º no art. 5º da CF. Mas ele terminou por originar pelo menos 03 correntes de pensamento diversas a respeito da sua interpretação: 1) pela primeira, haveria inconstitucionalidade da nova previsão, por trazer ritual mais árduo que não estava previsto na norma original; 2) para a segunda, a inovação apenas intencionou permitir formalizar a constitucionalização de tais tratados, uma vez que antes sua previsão material (substancial) já era diposta no § 2º, restando apenas sua incorporação formal ao texto da CF; 3) a nova norma só veio ratificar o antigo precedente do STF, no sentido de que os Tratados de Direitos Humanos não tinham natureza constitucional.

A primeira posição se fundamenta, principalmente, no argumento de que a EC 45/2004 teria trazido uma restrição do próprio regime de fundamentalidade dos direitos oriundos dos tratados de Direitos Humanos. Permitimo-nos, porém, discordar. Quando da sua promulgação estava consolidado, como já demonstrado, o entendimento do STF no sentido de conceder simples hierarquia legal a todos os tipos de tratados. Certo ou errado, era o que valia, considerando ser ele o Guardião da Constituição (art. 102, caput da CF), possuindo a grande prerrogativa de decidir por último. Assim, se a inovação trouxe a possibilidade de constitucionalizar direitos humanos previstos em tratados, ainda que através

de procedimento não tão simples como desejava a maioria da doutrina, não temos dúvida em afirmar que ele não restringiu nada. Pelo contrário, tentou ampliar direitos.²⁰⁵

A segunda corrente é sustentada, dentre outros, por Flávia Piovesan, uma das maiores estudiosas do assunto no Brasil já há alguns anos (PIOVESAN, 2009, p. 19). Mas, com todo o respeito aos seus aprofundados conhecimentos da matéria, bem como à racionalidade de suas colocações, também nos permitimos discordar. A segunda corrente, na verdade, apenas tentou forçar uma interpretação contrária ao pensamento do STF em 2004, o que terminou por ofender, também, a teleologia da norma constitucional derivada. Ora, o fim do § 3º, inserido no art. 5º pela EC 45/2004, foi justamente o de permitir a constitucionalização dos tratados de Direitos Humanos, o que foi feito, sem dúvida alguma, frente ao consolidado entendimento do STF de conferir-lhe mera hierarquia legal. O objetivo não foi o de apenas formalizar a previsão dos tratados no texto constitucional, até porque isso não faria diferença prática nenhuma. Além disso, a escolha pelo Legislativo de idêntico procedimento ao de aprovação das Emendas Constitucionais não foi sem razão. Pelo contrário, ocorreu exatamente para atribuir-lhe a mesma natureza. Se a intenção fosse de mera formalização textual certamente não se exigiria procedimento tão rigoroso.

Diante disso, mais apropriada a terceira acima aludida, embora adaptada ao novo pensamento do STF externado no RE 466.343-1/SP. Destarte, se os Tratados de Direitos Humanos forem submetidos ao rito previsto no § 3º do art. 5º passarão à mesma hierarquia das Emendas Constitucionais. Se não, deverão manter sua natureza supra-legal, mas infraconstitucional, na forma da correta interpretação do § 2º já antes em vigor. Isso, inclusive, resolve o problema da dupla interpretação possível do citado dispositivo antes da EC 45/2004.

Assim, estamos com Alexandre de Moraes, mesmo tendo ele tratado da questão em um simples Manual de Direito Constitucional, sem estudo específico sobre o tema. Com efeito, as normas previstas nos tratados internacionais, inclusive quando relativos a direitos fundamen-

²⁰⁵ Também contrário a essa tese, manifesta-se Ingo Sarlet, dizendo não lhe parecer a melhor, muito menos a única exegese possível a respeito do § 3º do art. 5º (SARLET, RBDA, 2006, p. 177).

tais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC 45/2004 estabeleceu a possibilidade de equivalerem às Emendas Constitucionais (MORAES, 2005, p. 617).

Nesse sentido, aliás, foi excelente a interpretação que o Min. Gilmar Mendes conferiu à matéria no voto que proferiu no julgamento do RE 466.343-1/SP. Afirmou que apesar da interessante argumentação contrária, a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi esvaziada pela promulgação da EC 45/2004. Em termos práticos ela configurou uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, mas não submetidos ao processo legislativo especial, não podem ser comparados às normas constitucionais. De outro lado, a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico, superior ao das leis.

Por tudo isso, mesmo concordando, ideologicamente, com a orientação de que o conflito entre os tratados de Direitos Humanos e o direito interno deveria ser resolvido em favor da norma mais benéfica para a vítima, isso não passa, agora, de filosofia. Muito melhor seria que o constituinte derivado tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática e com hierarquia constitucional de todos os tratados da matéria, com a ressalva de prevalência da disposição mais favorável ao ser humano em caso de conflito com direitos previstos pelo constituinte originário (SARLET, RBDA, 2006, p. 176). Mas não tendo sido isso o que aconteceu, à doutrina nada mais resta que não continuar tentando apresentar razões críticas à previsão constitucional, na intenção de que um dia ela torne a ser modificada de forma mais consonante aos reclamos internacionais.

VII. Conclusões:

Ante o exposto, verifica-se que as características da universalidade e consensualidade dos direitos humanos deve ser revisada à luz de uma realidade prática diferenciada, decorrente de culturas totalmente antagônicas. Ainda assim, há um mínimo que não pode ser dispensado por qualquer ser humano em sua consciência, sendo somente isso o que mere-

ce proteção internacional global, mesmo que a tutela não consiga ter efeitos práticos sobre os mais fortes detentores de personalidade internacional.

Daí a impotência do estudo da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial a forma como ela foi reconhecida pelo STF ao longo do tempo. Neste passo, o julgamento do RE 80.004/SE, ao menos no momento em que ocorreu, apresentou enorme congruência não só jurídica, mas também social. O mesmo não se diga, no entanto, quanto à sua ratificação pelo HC 72.131/RJ, julgado já sob a égide da Carta Política de 1.988, quando o assunto já era previsto diferentemente pela Lei Maior.

Por fim, não temos dúvida de que o objetivo da EC 45/2004, ao inserir o § 3º no art. 5º, não foi o de apenas permitir a formalização textual dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição. Na verdade, desejou expressamente permitir que lhes fosse atribuída hierarquia constitucional, desde que, todavia, seguido o rito especial nela previsto. Daí a correção do voto do Min. Gilmar Mendes, e dos demais que o acompanharam no julgamento do RE 466.343-1/SP, ao seguir a visão pirâmide. À falta do procedimento descrito no citado § 3º, em primeiro lugar estará a Constituição, em segundo plano os Tratados de Direitos Humanos, por fim a legislação interna infraconstitucional. À doutrina somente resta permanecer criticando a previsão constitucional, apresentando suas excelentes razões filosóficas que possam, quem sabe um dia, ensejar nova alteração constitucional.

Referência:

ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

BOSSIO, Ricardo Chirinos. El problema de la explicación en la ciencia. Las explicaciones causales em Bas Van Fraasen. In: *Opción*, Maracaibo, año 23, n. 53, p. 140-155, 2007;

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral, tomo I*. 1ª edição brasileira; 2ª edição portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

KOEHLER, Frederico Augutso Leopoldino. *Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do Ordenamento Jurídico Interno: um estudo sobre a Jurisprudência do STF*. In: *Revista Esmafe*, n. 14. Recife: TRF da 5ª Região, p. 145-163, março de 2007;

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Herder, 2007;

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli*. In: *Jus Navegandi*, 01/2000, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em 12/10/2009;

MATURANA, Humberto. *A Ontologia da Realidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001;

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005;

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Nota em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988*. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 01. Rio de Janeiro: Renovar, p. 59-88, janeiro a março de 2006;

_____. *A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição*. In: *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, n. 05. São Paulo: Fiuza, p. 163-178, janeiro a março de 2006;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.