

Título: HIERARQUIA JURÍDICA DA NORMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DO ART. 5º, § 3º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Amélia Regina Mussi Gabriel

Sumário

1. Introdução. 2. Origem da proteção dos direitos humanos. 3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil. 3.1. Posição doutrinária. 3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal. 4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil. 5. Conclusão.

1. Introdução

“A Terra é minha pátria, a humanidade é minha família”. Estes versos imortalizados pela sabedoria árabe de Gilbran refletem o delicado momento de redefinições de soberanias e de delimitações geográficas entre as nações, numa Terra em que a regra de conduta mais indicada para a manutenção da ordem é a solidariedade recíproca e generalizada entre os povos, onde o Direito Internacional surge como o grande pilar de sustentação deste ideal a ser seguido.

Os direitos humanos foram concebidos pelos fundadores do Direito Internacional como a forma de proteger os mais fracos e vulneráveis, resguardando-lhes seus direitos e garantias face às várias arbitrariedades cometidas no decorrer da história. Daí a maior parte dos Estados nacionais possuem em sua legislação interna a salvaguarda dos direitos humanos, com instrumentos eficazes de garantia para que sejam efetivamente realizados.

É por isso que o objetivo deste estudo está em determinar qual o posicionamento hierárquico da norma internacional de direitos humanos dentro do sistema normativo brasileiro, antes e depois do advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou novo parágrafo ao art. 5º, elevando ao *status* de emenda constitucional o tratado de direitos humanos que passe pela aprovação do Congresso Nacional em dois turnos e sob o quorum da maioria de 3/5 dos membros de cada casa, de forma a expor os posicionamentos até então existentes sobre o tema.

Embora seja um avanço dentro do sistema normativo brasileiro, que tornou expressa a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil pelo processo de aprovação de emenda constitucional, este dispositivo do constituinte derivado afasta a interpretação mais progressista sobre o tema, se comparada com o entendimento da doutrina mais autorizada sobre o art. 5º, § 2º da CF. Não obstante, o novo dispositivo, criado em 2004, tem propiciado avanços significativos nos entendimentos dos nossos tribunais superiores acerca de questões outrora aparentemente sedimentadas, conforme será demonstrado *infra*.

Antes, contudo, será necessário delimitar os direitos humanos e a sua importância para o Estado de Direito.

2. Origem da proteção dos direitos humanos

Embora os filósofos gregos como Eurípedes e Aristóteles, na Antigüidade, já tivessem delimitado o conceito de isonomia e eqüidade, e manifestado alguns direitos como próprios da essência humana, as questões relativas aos direitos do homem só tiveram maior repercussão quando da formação do Direito Internacional, em meados do século XVII, sendo considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos autores da época, que ficaram conhecidos como os fundadores do Direito Internacional.

Neste sentido, vale ressaltar a participação, neste processo, dos teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suárez, para quem o *jus gentium* ou direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano¹, e, sobretudo, do mestre Hugo Grotius, que de fato inaugurou a atual concepção do direito das gentes, origem do Direito Internacional. Sua obra, *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, é considerada um grande marco, já que dispõe que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana. A obra admitia, já naquele século, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado.²

Não obstante, as reflexões dos denominados fundadores do Direito Internacional, que o concebiam como um sistema universal, foram suplantadas pela doutrina positivista que dotou o Estado de poderes supremos e absolutos, enfraquecendo o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a direito estritamente interestatal, não mais “acima”, mas “entre” os Estados soberanos, com conseqüências desastrosas historicamente conhecidas³.

Vale mencionar, contudo, alguns documentos históricos que valorizaram a pessoa humana e ressaltaram direitos, embora de forma isolada e sem a repercussão merecida, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França e a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos da América⁴.

O século XVIII foi marcado pelas várias manifestações humanistas, como bem ensina Norberto Bobbio, no livro “A Era dos Direitos”, para quem “para conhecer a sociedade é preciso conhecer os homens que a compõem”, sendo esta concepção advinda do século das luzes. Daí vários autores entenderem o século XVIII como o do “nascimento” dos direitos humanos.

Contudo, a doutrina internacionalista mais autorizada inclina-se a indicar como momento decisivo para o “nascimento” dos direitos humanos, o holocausto da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), momento em que houve mais de 11 milhões de mortes, entre os quais estimam-se 6 milhões de judeus⁵. Já não se tratava de proteger indivíduos sob condições especiais, como no passado (proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as

¹ SUÁREZ, Francisco. *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612.

² P. P. Remec, *The position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, *apud* A. A. Cançado Trindade, *Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*, in Leonardo Nemer Caldeira Brant, *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203.

³ Cançado Trindade, *op.cit.*, p. 204-205.

⁴ Merece também citação a “Magna Carta” assinada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra.

⁵ Para Hobsbawm, esta estimativa encontra-se certamente exagerada, mas “seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões, mas 5 ou 4 milhões? [...] Os prédios podem ser mais facilmente reconstruídos após essa guerra do que as vidas dos sobreviventes”. HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX*, São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 50.

primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho, etc.), mas doravante de proteger o ser humano como tal.⁶

A sociedade internacional, horrorizada, viu-se na obrigação de normatizar os direitos humanos, como forma de impedir que novas atrocidades ocorressem novamente.

Com esta normatização, o Estado responderá, no plano externo, quando internamente não apresentar respostas satisfatórias na proteção dos direitos humanos. O Estado passa, assim, a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção dos direitos humanos.

Surge, a partir daí, o denominado “Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos”, composto pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e os Pactos de 1966, conforme será mencionado *infra*.

Criada em São Francisco, EUA, em 26 de junho de 1945, e entrando em vigor no mesmo ano, a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU)⁷, além de estabelecer expressamente a proibição de guerra, em diversos momentos, menciona a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, a exemplo do artigo 1.3, *in verbis*:

Art. 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos *direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (grifo nosso).⁸

Entretanto, não estabeleceu o conteúdo destas expressões, o que só veio a ocorrer três anos mais tarde, com o advento da Declaração de 1948. Não obstante, a grande contribuição da Carta deve-se ao fato de ter conseguido universalizar os direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse internacional e não adstrito à jurisdição local dos Estados ou regionalizada.

A principal preocupação da Declaração foi, pois, positivar os direitos mínimos dos seres humanos, complementando a Carta da ONU em seu propósito de proteger “os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

A Declaração foi proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução nº 217 da Assembléia Geral da ONU. Composta de 30 artigos e um preâmbulo, a Declaração conjugou num só documento, i) todos os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de “direitos e garantias individuais”, nos artigos 1 a 21 e ii) todos os direitos sociais, econômicos e culturais, nos artigos 22 a 28.

⁶ CANÇADO TRINDADE, O Legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, p. 79.

⁷ Ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945.

⁸ Encontra-se a expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” também nos artigos 13.1.b, 55.c, 56, 62.2, 68, 76.b da Carta.

A Declaração não é tecnicamente um Tratado, mas um acordo moral entre os Estados, uma recomendação da ONU, o que significa dizer que não foi submetida à ratificação por parte dos Estados após a sua aprovação⁹. Não obstante, ela é entendida como a interpretação mais autorizada da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” constante da Carta da ONU, fazendo parte integrante desta e, portanto, adquirindo “força” de Tratado. Deve, pois, ser respeitada universalmente por todos os Estados.

Neste sentido, com razão, Norberto Bobbio revela que

[...] o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.¹⁰

Como forma de garantir a eficácia das normas da Declaração de 1948, em plena “guerra fria”, em 16 de dezembro de 1966, sob os auspícios da ONU, em Nova York, foram firmados o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (que regulamentou os artigos 4 a 21 da Declaração) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que regulamentou os artigos 22 a 27 da Declaração)¹¹.

Por meio do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, os Estados ficaram comprometidos com a promoção de direitos tais como o direito à vida, o direito a julgamento justo, o direito à igualdade perante a lei, a liberdade de movimento, as liberdades de opinião e expressão, o direito à reunião pacífica, etc.

Já através do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados aderentes obrigam-se a adotar medidas com vistas à realização de vários direitos, entre os quais o direito ao trabalho, à remuneração justa, à liberdade de associação a sindicatos, a um nível de vida adequado, à educação, à idade mínima para a admissão em emprego remunerado, à participação na vida cultural da comunidade, etc.

⁹ A Declaração foi aprovada por cerca de 48 Estados, com o voto do Brasil.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26-28.

¹¹ Ambos os Pactos foram ratificados pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992.

Como conseqüência da universalização dos direitos da pessoa humana, hoje são inúmeros os Tratados conhecidos que versam sobre o tema e todos eles têm em comum a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição¹². Basta a condição de ser “pessoa humana” para que todos possam exigir seus direitos porventura violados, tanto no plano interno quanto internacionalmente.

Daí a feliz conceituação de Herkenhoff, que coincide com a idéia preconizada pelos clássicos da Antiguidade, para quem “direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza, pela dignidade que a ele é inerente”¹³. Denota-se, pois, que o conceito permanece em constante processo de construção, tendo em vista o surgimento de novos temas a serem incluídos no rol de proteção de direitos da pessoa humana, a exemplo do direito ao desenvolvimento sustentável, o direito de acesso à tecnologia, entre outras novidades.

3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil

3.1. Posição doutrinária

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, reconhecida pela sociedade internacional como regra declaratória do direito costumeiro vigente e por isso obrigatória mesmo para os Estados não signatários¹⁴, adotou em seus artigos 26 e 27 as seguintes regras:

Art. 26 – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa fé.

Art. 27 - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

A regra circunscrita na máxima “*pacta sunt servanda*” consiste em norma “*jus cogens*”, ou seja, norma imperativa do direito internacional, de posição hierárquica superior em relação a qualquer outra, conforme a doutrina de Hans Kelsen¹⁵, e, portanto, situa-se num patamar superior ao direito interno de qualquer Estado. Daí o tratado internacional não poder ser descumprido por alegação de direito interno, dada a prioridade do Direito Internacional sobre a jurisdição interna.

¹² Cite-se, como exemplos, alguns destes Tratados: a Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pela Carta da ONU, de 1945, a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966); os instrumentos básicos de proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas (Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes), e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”).

¹³ HARKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. Guarulhos: editora acadêmica, vol. 1, 1994, p. 30.

¹⁴ Embora signatário, o Brasil ainda não ratificou a Convenção, encontrando-se em fase de aprovação do Congresso Nacional desde outubro de 1995.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Lês rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. *Recueil des Cours*, Paris, vol. IV, t. 14, 1926.

De fato, no Brasil, até 1977, a teoria da supremacia do Direito Internacional face ao direito interno era adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme será mencionado oportunamente.

Com efeito, a maioria doutrinária no Direito Internacional brasileiro acredita que o Tratado prevalece até que seja ele denunciado internacionalmente¹⁶.

Neste sentido dispõe o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (âmbito da América): “Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes”.

Ao contrário da posição atualmente adotada pelo STF, conforme será demonstrada, abaixo, os internacionalistas primam pela superioridade do Tratado devidamente ratificado. A justificativa para tanto está no fato de o Tratado possuir forma própria para sua revogação, ou seja, a denúncia. De outra forma, só podem ser alterados por normas de igual categoria.

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, já que o Poder Legislativo, ao aprovar o compromisso internacional, assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflita. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional, que impede que o Congresso Nacional edite leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado.

Além do mais, há de ser realizado um “controle preventivo” da constitucionalidade e da legalidade do tratado face ao ordenamento interno e aos interesses do Brasil. Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, dá-se pelo STF (*via* recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea “b” da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de Tratado, ou pelo STJ (*via* recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou negar-lhe vigência.

3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

Tratado x Norma Constitucional

Em caso de conflito entre norma internacional, que qualquer natureza, incluindo normas de direitos humanos, e CF, a posição do STF é no sentido de dar supremacia à CF. Assim, de acordo com o posicionamento até então adotado pelo STF, desde 1977, o tratado devidamente internalizado teria um *status* de lei ordinária.

Neste sentido, leciona Rezek

[...] posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto

¹⁶ Neste sentido, vide a tese de Mirtô Fraga, no sentido de que o poder constituinte é limitado e não arbitrário a ponto de desrespeitar os compromissos internacionais. FRAGA, Mirtô. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, ed. Forense.

signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder¹⁷.

Não é por outro motivo que, após internalizada, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador (ADIN 1.480 – DF – 1996), foi denunciada por entrar em conflito com norma já disposta na Constituição Federal.

A Convenção entrou em conflito com norma constitucional anterior, no caso, o art. 7, inciso I da CF. Segundo a norma constitucional, norma complementar deveria disciplinar a respeito de indenização compensatória, dentre outros direitos, para despedida arbitrária sem justa causa.

A Convenção, desta forma, não podia disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar, posto ter *status* de lei ordinária (vide comentários ao Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, *infra*), o que levou o Brasil a denunciar o Tratado.

Tratado x Lei Posterior

Até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia à norma internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de 1977, o SFT tem adotado o SISTEMA PARITÁRIO, segundo o qual norma internacional e lei interna têm o mesmo *status* de lei ordinária¹⁸.

O entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”¹⁹. Assim, a interpretação destes doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Este entendimento foi consagrado no precedente do julgado por ocasião do R. Extraordinário 80.004, de 1977²⁰. Trata-se do caso envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, e uma lei posterior, o Decreto-lei 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, pois, o Decreto 427/69.

Segue a transcrição da ementa:

¹⁷ REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96.

¹⁸ Segundo alguns autores, este sistema paritário poderia ser denominado de monismo moderado, havendo a equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária com as seguintes consequências: a) subordinação do tratado à Constituição; b) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias. Neste sentido, vide BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante, *Revista Forense*, v. 350. Vide DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro; Renovar, 2003. Vide também ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145-146.

¹⁹ No mesmo sentido, o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF.

²⁰ A íntegra do acórdão está em RTJ 83/809.

Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias – Aval aposto à nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra 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 conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu 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.²¹

A partir de então, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO, ou seja, *lex posterior derogat priori*.²²

Mais recentemente, na ADIn 1480-DF, o STF determinou que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, e conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Um precedente importante alterou a regra do STF, que além de adotar o critério cronológico, também adotou o critério da especialidade.

Trata-se do conflito ocorrido entre o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu art. 7º, § 7º e o art. 5º, LXVII da CF, que recepcionou o Decreto-lei 911/69, em questão que envolve a prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel²³. A norma internacional, mais branda, limitava a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimentos.

Eis os dispositivos legais:

Art. 5º, LXVII da CF: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e

²¹ Vide RE 80.004, in RTJ 83/809. Para maiores detalhes sobre o tema, vide Jacob Dolinger, *op. cit.*

²² Vale ressaltar que o critério cronológico não se aplica aos Tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual demandam denúncia formal para deixarem de ser cumpridos. Neste mesmo sentido, Jacob Dolinger, *op. cit.* Vide também o artigo 98 do CTN, que configura a exceção *supra* mencionada. Neste sentido, vide RE 114.784, RTJ 126/804; RE 113.156, RTJ 124/347.

²³ Vale ressaltar a discussão existente na doutrina a respeito da terminologia “devedor infiel”, de forma a incluir ou não o devedor fiduciante. O entendimento majoritário é no sentido de que o legislador, ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário infiel, no Decreto 911/69, teve como objetivo encontrar uma forma rápida de evitar o elevado número de inadimplência que o credor vinha sofrendo. Segundo o acórdão que indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* n. 72.131-SP, em 1995, o atual entendimento do STF é no sentido de que o devedor fiduciante é depositário infiel, já que a CF 88 recepcionou o Decreto *supra* mencionado. Com este entendimento, como bem asseverou Nelson Nery Jr., “a prisão civil passou de exceção à regra”. Vide NERY JR, N. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1997, p. 1274.

inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Art. 7, § 7º do Pacto: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O STF, em julgamento ocorrido em 1998 (HC 77.631-5), determinou que a norma internacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da CF (*lex specialis derogat legi generali*).

Este entendimento, ressalte-se, é controverso, tendo em vista que no direito pátrio não há que se falar em hierarquia entre normas gerais e especiais (vide art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil - Dec.-lei n. 4.657/1942).

Como bem se posiciona Maria Helena Diniz, a respeito do tema de conflito de normas,

[...] uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes [...]. A norma geral só não se aplicará ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial²⁴.

A questão está em determinar os elementos de “maior relevância jurídica”. Em sintonia com o entendimento de Carla Pinheiro²⁵, defende-se que o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF) estabelece que terá maior relevância jurídica a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano. No caso, o valor de liberdade deveria sobrepor-se ao da segurança jurídica do credor.

Contudo, na jurisprudência está registrada a argumentação do Ministro Moreira Alves, que por ocasião do indeferimento do pedido de HC 72.131, em 1995, afirma que o Pacto de San Jose da Costa Rica estabelece normas gerais enquanto a CF/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, estabelece norma especial²⁶.

Assim, a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o “critério cronológico + especialidade”²⁷, não obstante o posicionamento em contrário de alguns magistrados²⁸.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 39.

²⁵ PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, Atlas, 2001.

²⁶ É notório o posicionamento do Ministro Moreira Alves a respeito do status de lei ordinária para os tratados internacionais em geral: “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 menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”, RHC 79785 / RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno. Vide também o Recurso Extraordinário 253.071-9/GO, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

²⁷ Neste sentido, vide RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434.

Tratado x Lei Anterior

Conforme o critério do STF, a princípio, em caso de conflito entre Tratado e lei infraconstitucional anterior, prevalece a norma internacional, por ser mais recente (critério cronológico). Contudo, há de se verificar se a norma mais recente é apta a revogar a anterior, ou seja, se é especial em relação à norma anterior.

4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil

Em 8 de dezembro de 2004 a proposta de emenda constitucional da reforma judiciária foi aprovada e promulgada, entrando em vigor na data da sua publicação, em 31 de dezembro do mesmo ano²⁹.

Interessa-nos, no momento, o entendimento do enquadramento hierárquico das normas internacionais de direitos humanos dentre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro.

Até o advento da Emenda Constitucional n. 45, o posicionamento da doutrina mais autorizada a respeito do tema convergia pela superioridade hierárquica da norma de direito internacional, especialmente a de direitos humanos, que no caso, ingressaria no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional, segundo o entendimento do art. 5º, § 2º da CF, combinado com os arts. 1º, III (a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil) e 4º, II (o princípio da prevalência dos direitos humanos como um dos que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil) da CF.

É por isso que nem mesmo a denúncia posterior poderá tirar a força obrigatória das normas de direitos humanos já incorporadas no ordenamento brasileiro. Por se tratar de cláusula pétrea, em conformidade com o art. 60, §4º, IV da CF, nem mesmo Emenda Constitucional poderia alterar a norma. Muito menos em se tratando de simples Decreto de execução presidencial, como é no caso da denúncia.

Havendo conflito de normas de paridade constitucional, adota-se a teoria da norma mais benéfica, conforme a tese defendida por ilustres internacionalistas brasileiros³⁰. Contudo, esta não era a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já analisado, *supra*. O STF mantinha a tese do sistema paritário de normas, conferindo ao tratado de qualquer natureza, mesmo posicionamento hierárquico que uma lei ordinária.

Com o advento do §3º ao art. 5º da CF, a questão passa a adquirir maior visibilidade, já que expressamente dispõe de critérios formais para que a norma internacional de direitos humanos possa ingressar no sistema jurídico com natureza de emenda constitucional. Eis o texto normativo:

²⁸ É o caso do magistrado Antonio Carlos Malheiros, em relação à questão da prisão civil por dívida do depositário infiel, conforme demonstra das decisões proferidas pelo 1º tribunal de Alçada civil de São Paulo no Habeas Corpus 574.380-2 e na apelação 613.053-8.

²⁹ Ressalvado o prazo de 180 dias para a implantação do Conselho Nacional de Justiça e o do Ministério Público.

³⁰ Vide, neste sentido, tese de doutoramento de PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5ª ed., São Paulo: Max Limonad, p. 67 e seguintes. Augusto Cançado Trindade, Celso Mello e H. Accioly endossam esta teoria. Na jurisprudência, Antonio Carlos Malheiros segue este entendimento nas questões que envolvem a prisão civil do depositário infiel e o Pacto de San Jose da Costa Rica, conforme já mencionado.

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.

Assim, conforme a interpretação literal ou gramatical do texto jurídico, o tratado sobre direitos humanos só poderá ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência de emenda constitucional se aprovado pelo Congresso Nacional, na forma disposta.

Em outras palavras, estabelece-se uma condição implícita na expressão “que forem aprovados”, levando à conclusão de que tão somente as normas internacionais de direitos humanos que forem aprovadas pelo Congresso Nacional, serão equivalentes a uma emenda constitucional, mas não todas, restando o parlamento com poder discricionário para esta cisão.

Não obstante, os direitos humanos nasceram e até hoje representam uma limitação ao poder soberano, sendo este o entendimento histórico dos direitos humanos e do atual sistema global de direitos humanos, desde os escritos de seus fundadores, no século XVII. Daí não ser plausível que se crie barreiras a estes direitos fortemente consagrados.

Com o sistema global de direitos humanos, descartou-se, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas³¹.

Assim, levando-se em consideração a supremacia das normas internacionais de direitos humanos, elas só cederão espaço para a norma constitucional que for mais benéfica ao indivíduo.

Parece claro, pois, que é obrigação do Estado assegurar o respeito aos direitos humanos protegidos, adequando o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Conforme ensina Cançado Trindade, esta última requer que

[...] se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção, - tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.³²

³¹ CANÇADO TRINDADE, p. 88.

³² CANÇADO TRINDADE, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol I, Porto Alegre, S.A Fabris Ed., 1997, p. 441-442.

Desta forma, todos os Poderes devem cumprir tal obrigação, criando os mecanismos para a internalização das normas internacionais de direitos humanos e tomar as medidas positivas para proteger tais direitos, dando-lhes eficácia no plano interno.

Foi para salvaguardar estes direitos e garantias, que a nossa Constituição Federal reservou um título especial para os direitos e garantias fundamentais (Título II), além de destacar, no art. 5º, §2º que nenhum direito e garantia expresso na Constituição excluirá outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados internacionais em que o Brasil faça parte³³.

Oras, o art. 5º, §3º da CF reconhece a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, o que consagra o entendimento que a doutrina mais autorizada já vinha defendendo há décadas, mas impõe, para tanto, a sua aprovação pelo Congresso Nacional nos limites formais que já vinham estampados no art. 60, § 2º do texto constitucional (forma de aprovação de emenda constitucional), portanto, mais rígida se comparada à forma de aprovação comum de Tratados, até então praticada (aprovação do Congresso Nacional, em conformidade com o art. 49, I da CF).

Se por um lado o dispositivo avançou por sedimentar a tese doutrinária de que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional e, portanto, de hierarquia máxima dentro do sistema normativo doméstico, por outro, retrocedeu, ao limitar tal natureza apenas às normas devidamente internalizadas da forma rígida estabelecida no texto da lei. Assim, pela interpretação literal do dispositivo, aqueles tratados que porventura não obtiverem o quorum qualificado de aprovação, não terão natureza de norma constitucional.

Outra questão que merece destaque é a relativa à retroatividade da norma contida no art. 5º, § 3º em relação às normas internacionais de direitos humanos anteriormente ratificadas pelo Brasil.

Assim, a discussão está em exigir ou não o cumprimento da formalidade de aprovação normativa requerida pelo art. 5º, §3º por parte das normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda Constitucional n. 45.

É cediço, pois, que possuam *status* de norma constitucional todas as normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda n. 45, mediante procedimento comum de aprovação parlamentar, sob pena de ferimento do princípio da segurança jurídica.

Neste sentido, é importante mencionar que está em tramitação perante a Câmara dos Deputados Federais, a Proposta de Resolução n. 204, de 2005, dispondo que o rito especial de aprovação de tratado de direitos humanos deverá ser requisitado pelo Presidente da República (na Mensagem enviada ao Congresso Nacional, solicitando a apreciação do texto do tratado pelas

³³ Vale ressaltar que, uma vez internalizada a norma internacional de direitos humanos e a corte brasileira determinar pela inobservância do seu conteúdo, haverá ainda a possibilidade de corrigir o *imbroglio* e reaver o direito *via* decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do art. 102, I, alínea “h”, da CF, não demandam homologação por parte do STF para a execução das ordens manifestadas. Pela complexidade da questão, optou-se por não incluir, neste trabalho, a temática do não cumprimento de norma internacional de direitos humanos internalizada.

duas Casas Legislativas), ou então, mediante requerimento subscrito por pelo menos 1/3 dos deputados federais. Portanto, o momento seria logo na fase de aprovação parlamentar. Ademais, se o quorum qualificado não for atingido, mas for atingido o necessário para aprovação ordinária de tratado (maioria simples), o Tratado será considerado aprovado, contudo, sem a natureza de norma constitucional.

Ainda de acordo com a Proposta de Resolução nº 204/05, os Tratados de Direitos Humanos incorporados antes da EC 45/04 poderão ser objeto de Requerimento de aprovação por quorum qualificado, desde que subscrito por pelo menos 1/3 dos deputados federais. Seria, assim, possível uma nova deliberação destes Tratados. Vale destacar o posicionamento da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, que em parecer elaborado em 2006 acerca da Proposta, recomenda a sua aprovação, com exceção do disposto acima. Para a CCJC, quaisquer dos Tratados de Direitos Humanos incorporados antes da EC 45/04, terão estatura de norma constitucional, em decorrência da teoria da recepção de normas jurídicas.

Vale ainda destacar que o próprio STF, desde novembro de 2006, tem alterado seu posicionamento acerca da estatura jurídica dos Tratados de Direitos Humanos incorporados antes da EC 45/04 (portanto, não submetidos ao quorum qualificado de EC), segundo o qual tais Tratados, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, teriam, pelo menos, estatura de “norma supra-legal”, ou seja, categoria abaixo da CF e acima das leis infraconstitucionais (e não estatura de lei ordinária federal, conforme o entendimento anterior). O antigo posicionamento está sendo revisto em RE 466.343/SP (relator César Peluso), sendo já confirmados oito votos favoráveis pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

5. Conclusão

Conforme depreendido do estudo, não havia, desde a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, qualquer cláusula que indicasse expressamente a supremacia do Direito Internacional de qualquer natureza, face ao direito interno. Existiam, sim, dispositivos que regem as relações internacionais e também a aplicação dos Tratados pelos tribunais internos, uma vez incorporados estes ao direito interno.

Mas havia o §2º do art. 5º que estabelecia que os direitos e garantias expressos na CF não excluiriam os dispostos em tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. De sua interpretação, nasceu a acertada tese doutrinária de que, ao ingressar na órbita jurídica interna, a norma internacional de direitos humanos teria *status* de norma constitucional e não de lei ordinária, como defendia o STF.

Tais dispositivos constitucionais, que continuam em vigência, ganharam uma regra expressa a respeito do posicionamento hierárquico da norma internacional de direitos humanos face ao sistema jurídico brasileiro. Segundo a novidade, reconhece-se a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, tal como preconizado pela doutrina mais autorizada a respeito e em contrariedade com o posicionamento até então prevalente do STF.

Contudo, para que a norma ingresse com natureza constitucional, faz-se necessário cumprir a formalidade de aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, e com quorum de 3/5 de cada casa, o que não se exigia quando da interpretação do art. 5º, §2º da CF, mas tão somente o procedimento comum de internalização de um tratado no sistema jurídico brasileiro. Segundo a nova regra, em não sendo aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos dispostos,

não há que se falar em internalização de norma internacional de direitos humanos com natureza de constitucional.

Há, pois, de se cuidar para que o critério formal mais restritivo de aprovação pelo Congresso Nacional, como condição para o ingresso da norma internacional de direitos humanos no mundo jurídico, com natureza de emenda constitucional, conforme regra insculpida no §3º do art. 5º da CF, não obstaculize o cumprimento das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, nem macule a garantia de validade e eficácia das normas internalizadas antes da EC/45. Afinal, já ponderava Montesquieu que nem o Estado, nem sua soberania são um fim em si mesmo; mas estão a serviço do homem, e são limitados pelos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante, *Revista Forense*, v. 350.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo, in Leonardo Nemer Caldeira Brant, *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol I, Porto Alegre, S.A Fabris Ed., 1997.
- _____. *O Legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos*.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro; Renovar, 2003.
- FRAGA, Mirtô. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, Ed. Forense.
- HARKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. Guarulhos: Editora Acadêmica, vol. 1, 1994.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX*, São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- KELSEN, Hans. *Lês rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. *Recueil des Cours*, Paris, vol. IV, t. 14, 1926.
- NERY JR, N. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1997.
- PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Max Limonad, 5ª ed.
- REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- SUÁREZ, Francisco. *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612.