

RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF

*Mikelli Marzzini Lucas Alves Ribeiro*¹
*Valfredo de Andrade Aguiar Filho*²

RESUMO

Dentre os casos de recepção de tratados internacionais, a recepção daqueles que versam sobre direitos humanos se apresenta de modo particular. Pacificou-se, desde 1977, o entendimento de que estes eram hierarquicamente infraconstitucionais. Após a CF/88 as discussões a respeito desta hierarquia tornaram-se mais relevantes no âmbito doutrinário em virtude do §2º do art. 5º, porém o pensamento de infraconstitucionalidade continuou dominante na jurisprudência. Com a introdução do §3º no mesmo artigo pela EC 45, a discussão, que era doutrinária, passou também para o campo jurisprudencial, fazendo surgir novas opiniões no STF a respeito da posição hierárquica destes documentos.

Palavras-chave: Recepção de Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito Constitucional.

ABSTRACT

Regarding the reception of international treaties, the reception of human rights treaties represents a particular case in Brazilian domestic laws. The latter understanding that these treaties were hierarchically under the Constitution was pacified in 1977. After the 1988's Constitution, doctrinal discussions on this hierarchy became more relevant due to paragraph 2 of article 5. However, the previous understanding remained dominant in jurisprudence. With the insertion of paragraph 3 into the same article by constitutional amendment 45, the discussion that was doctrinal, became also jurisprudential, making new opinions on the hierarchical position of such treaties arise at the Supremo Tribunal Federal.

Key-words: Receipt of International Treaties. Humans Rights. International Law. Constitutional law.

1.Graduando do 4º ano do Curso de Direito – UEPB – Universidade Estadual da Paraíba. Rua Epitácio Pessoa, 291, apto 01. Centro, Campina Grande-PB. Email: mik_lucas@hotmail.com.

2.Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás Natural, PRH-ANP/MCT n.º 36 da UFRN. Av. Salgado Filho, 1811, apto. 109, bairro Lagoa Nova, Natal-RN. Email: valfredoaguiar@bol.com.br.

I.INTRODUÇÃO

Aos poucos o poder constituinte originário soberano vai deixando de ser um sistema autônomo, garantido pela idéia de soberania Estatal. A idéia de constitucionalismo global vem se fortalecendo, constituindo um *jus cogens* internacional confirmado por normas, princípios e valores de caráter mundial, publicados em tratados e convenções internacionais.

O constitucionalismo nacional ainda possui bases fundamentais de sua autonomia, como as premissas da soberania do Estado nacional; da centralidade jurídica e política das Constituições internas; do condicionamento da aplicação do direito internacional aos termos definidos pelas Constituições nacionais; e por fim a idéia de que só através do Estado a nação poderá adquirir uma Carta Magna, garantidora de direitos fundamentais, além de constituir limites aos poderes estabelecidos.

No entanto, a procura pública pela paz, pela democracia como forma de garantir direitos, somados ao processo de globalização que aproxima povos através de um intenso e crescente intercâmbio de informações, tudo isto faz com que o antigo conceito do princípio de autodeterminação dos povos seja reinterpretado. Hoje não apenas se trata de uma necessidade de não subordinação de um Estado em relação a outro, mas da necessidade de se exigir da autoridade e soberania política uma legitimação apoiadas em suportes políticos e sociais supranacionais e subnacionais.

Estes suportes de legitimação supranacionais refletem o caráter universal de alguns direitos, como por exemplo, os direitos humanos, que pela declaração de 1948 têm caráter universal, haja vista, o requisito único para titularidades desses direitos, qual seja, a condição de pessoa, compondo-se em um ser moral, de unicidade existencial e dignidade.

Nesta perspectiva, iniciou-se o processo de universalização dos direitos humanos, que através de tratados e convenções foi se adotando consensos internacionais sobre questões centrais dos mesmos.

Além do aspecto universal dos direitos humanos, o fortalecimento dos regionalismos, principalmente na América, Europa e África, fez surgir uma busca pela internacionalização de tais direitos, tanto no sistema normativo global, quanto nos atuais sistemas regionais, que dia a dia vão se fortalecendo e se integrando, a exemplo da União Européia.

No Brasil, com o processo de redemocratização nacional, foram ratificados vários tratados versando sobre proteção dos direitos humanos, fato que ocasionou bastante discussão a respeito da hierarquia no ordenamento jurídico dos tratados e convenções assinados pelo país, visto que, o art.5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, estipulou 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”.

Somado a isto, a emenda constitucional de nº 45, conhecida como a reforma do judiciário, inseriu no mesmo art. 5º da Carta Magna, o §3º, o qual estabeleceu que caso os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, serão equivalentes a emendas constitucionais, se aprovados em dois turnos, por 3/5 dos votos em cada casa do congresso nacional.

A celeuma quanto à interpretação Constitucional para situar os tratados e convenções sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil na hierarquia do ordenamento jurídico nacional, atingiu o STF, que apesar de, tradicionalmente, a maioria dos seus ministros apontarem para paridade entre tratados e as leis federais, novos entendimentos começaram a redefinir tal pensamento (tradicional) na casa.

Deste modo, pretende-se nesta breve exposição fazer uma análise das posições adotadas no sentido de melhor esclarecer à luz do direito Constitucional Brasileiro, a hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, no ordenamento jurídico nacional, de acordo com o novo §3º, do art. 5º da Carta Maior. Bem como analisar de que forma este fato está sendo entendido pela corte, buscando para tanto uma avaliação sobre julgados recentes que vêm delineando de forma mais concisa,

constitucional e internacionalmente falando, o entendimento sobre o caso exposto.

2. RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A questão jurídica da recepção dos tratados internacionais é bastante controversa. A forma como tais documentos entram em vigor e se um ordenamento predomina sobre outro (o Direito Internacional ou o Direito Interno) são algumas das questões que envolvem esta temática. No tocante à entrada em vigor dos tratados, uma das discussões está centrada nas teorias que estudam a forma de adoção desses acordos pelos Estados signatários, verificando o conflito existente entre o Direito Interno e o Internacional, são elas: a monista e a dualista. O trâmite o qual esses documentos passam para que possam entrar em vigor no Brasil é outro fator importante, presente na discussão sobre a recepção.

O presente ponto centra-se em uma breve análise das citadas teorias, bem como uma ligeira explanação acerca da forma a qual deve passar um tratado internacional para que tenha validade no território brasileiro.

2.1 TEORIAS MONISTA E DUALISTA

Na teoria monista, entende-se que o Direito Internacional Público e o Direito Interno integram duas vertentes de um mesmo sistema jurídico, existindo, pois, um ponto de contato entre estes. Entretanto, a presente teoria se ramifica em correntes distintas, divergindo estas no sentido de se saber qual ordenamento prevalece, no caso de um conflito por determinada situação se encontrar neste citado ponto comum. Uma linha se apoiaria mais na supremacia do Direito Internacional e a outra no Direito Interno.

Neste sentido, opina Kelsen, que na verdade a questão deveria ser vista mais em uma ótica de interdependência entre os ordenamentos, em vez de uma supremacia hierárquica de um sobre o outro (BROWNLIE, 1997, p.45).

Segundo Husek (2006, p. 30), os monistas se dividem em três distintos entendimentos: o monismo jusnaturalista, os quais defendem a idéia de que a unidade proferida pela presente teoria centra-se no

pensamento de que o direito está fixado num “elemento metajurídico”; o monismo lógico, representada por Kelsen, conceitua que a unidade não deriva de fatores externos ao direito, mas deste em si mesmo; por fim o monismo histórico que justifica a unidade do direito a partir de uma evolução histórico-cultural.

Diferentemente do pregado pelos monistas, a teoria dualista entende que o efeito da norma de Direito Internacional Público só é gerado no momento em que ocorre a incorporação do documento em análise pelo Direito Interno. Nesta situação, é clara a supremacia do Direito pátrio sobre o Direito Internacional, como pode ser percebido nas palavras de Ian Brownlie (1997, p. 45):

Quando o Direito interno estabelece que o Direito Internacional se aplica, no todo ou em parte, no âmbito da sua jurisdição, trata-se simplesmente de um exercício da autoridade do Direito interno, de uma adoção ou transformação das regras de Direito Internacional.

De forma sucinta, tem-se que, no dualismo o Direito Internacional e o Direito Interno são perfeitamente separados na suas esferas de atuação, um não interfere no plano do outro. O primeiro derivaria de uma coordenação entre as Nações participantes, melhor dizendo, de uma vontade conjunta dos entes envolvidos, ao passo que o segundo apenas um Estado realizaria a norma que se limitaria a eficácia no próprio. A atuação das normas, internacionalmente produzidas, no Direito de um Estado específico, só incorreria neste mediante retrocitada recepção (HUSEK, 2006, p. 29).

A adoção das teorias citadas, melhor dizendo, a maneira pela qual um tratado é recepcionado por determinado país é deixada a livre escolha deste (DINH, DAILLIER, PELLET, 2003, p. 234). De modo ilustrativo, pode-se mostrar o exemplo da França, esta se filiou claramente a teoria monista, como se percebe no art. 55 de sua Constituição (1958), onde se exige apenas a publicação do documento para que este tenha efeito de publicidade, dispensando a promulgação. Já a Itália seguiu a teoria dualista, necessitando-se, pois, de um processo de recepção dos tratados. Esta também parece ser à opção adotada pelo nosso ordenamento jurídico. Todavia, na verdade, o sistema tradicional, que é de forma geral adotado pelos

Estados, é identificado pela introdução do tratado no ordenamento interno através de ato jurídico especial, verificando-se assim a subordinação da norma internacional pela autoridade estatal (DINH, DAILLIER, PELLET, 2003, p. 234).

2.2 RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

De início, antes de adentrarmos diretamente no tópico abordado pelo presente sub-ponto, uma explicação acerca do que é precisamente um tratado deve ser posta a vista. Para tanto, faz-se uso da lição de Accioly (2000, p. 23). Este, tomando por base as convenções de Viena sobre Tratados (1969 e 1986), relata que tratado na verdade é uma expressão genérica, tem-se por “acordos regidos pelo Direito Internacional”, podendo ser estes utilizadores de expressões diversas como: protocolo, convenção, declaração etc.

Estabelecendo conexão direta com o tema, da recepção no ordenamento interno, destacamos o ensinamento de Uadi Lamego Bulos (2000, p. 360). Este retrata que a internalização dos documentos de Direito Internacional Público pelo país se dá em três etapas: assinatura pelo Presidente, posterior ratificação do congresso, e por fim a promulgação do Presidente. Todavia, antes de ser assinado o tratado passa por uma fase negocial. Nesta, os Estados, mediante seus representantes, discutem sobre os termos do acordo. Passada esta fase, o documento é finalizado estruturalmente na forma de preâmbulo e dispositivos, podendo ser também composto por anexos, e enviado para a assinatura dos Estados mediante seus representantes. No caso do Brasil, o tratado é levado para o Presidente da República, onde este, exercendo suas atribuições de Chefe de Estado, e valendo-se de sua competência privativa, celebra-os, tendo por base o art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal (SILVA, 2007, p. 545). O Presidente tem competência originária para a assinatura dos tratados, porém, de forma derivada, podem ser também assinados pelo Ministro das Relações Exteriores, bem como, pelo plenipotenciário, que corresponde ao negociador investido da carta de plenos poderes, fornecida pela autoridade competente.

Posteriormente, o documento em questão é enviado para o crivo do Congresso Nacional, fundamentado pelo próprio artigo supracitado, referindo-se este que os tratados, acordos e atos internacionais estão sujeitos ao referendo do Congresso Nacional, bem como pelo art. 49, inciso I, da Constituição, o qual prevê como competência exclusiva da Casa “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. No que diz respeito à ratificação do Congresso, vale ressaltar as opiniões de Albuquerque Mello, Hildebrando Accioly e Francisco Rezek, estes afirmam que existem documentos que não precisam passar por este trâmite, é caso dos acordos executivos, que são tratados que carecem de aprovação da Casa Legislativa (REZEK, 2008, p. 62).

Passadas as relatadas fases, o Chefe do Executivo edita decreto promulgando o documento, o qual se incorpora no ordenamento nacional a nível hierárquico infraconstitucional, entendimento este pacífico pela jurisprudência da Suprema Corte (STF ADIn 1480-3). Entretanto Florisbal DEL´OLMO (2006, p. 42), lembrando opiniões de Francisco Rezek, Hildebrando Accioly, Carlos Maximiliano, Haroldo Valadão e Arnaldo Shusekind, diz que os tratados Internacionais deveriam entrar no nosso ordenamento na posição hierárquica de supralegalidade, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Caso particular no ordenamento jurídico pátrio, como dito, é o dos tratados que versam sobre direitos humanos, tema este que demanda uma análise mais acurada a qual será feita no seguimento do presente estudo.

3. RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Para falarmos do modo pelo qual os tratados internacionais sobre direitos humanos estão sendo recebidos pelo ordenamento brasileiro é necessário que se faça uma passagem pelas diversas correntes que estabelecem a hierarquia dos tratados internacionais (os gerais) estabelecendo uma ligação sobre o caso especial daqueles. Nos tópicos abaixo, segue-se uma breve explanação acerca do assunto.

3.1 Hierarquia infraconstitucional

Presente linha de pensamento prioriza um dualismo forte, destacando-se a força do Direito Interno como receptor e avaliador das normas incorporadas advindas do Direito Internacional. Dentre os países que adotam essa forma hierárquica de recepção, merece destaque os Estados Unidos, segundo o ordenamento americano, uma lei federal nova tem poder revocatório sobre um tratado anterior. O mesmo ocorre no Reino Unido, o qual dispõe que “os termos de lei subsequente prevalecerão sobre as disposições de um tratado anterior” (BROWNLIE, 1997, p. 59).

No Brasil, pacificada na jurisprudência dentre o período de 1977 a 2004, também esteve esta idéia de equivalência infraconstitucional de tais documentos. O fundamento estava no Julgado do Recurso Extraordinário nº 80.004 (01/06/1977) que teve como Relator o Sr. Ministro Cunha Peixoto.

Além do supracitado R.E, merece destaque também a ADIn 1.480-3/DF (Rel. Min. Celso Mello – 04/09/1997) que teve por objetivo a Convenção nº 158 da OIT. Na situação o Pretório Excelso resolveu que todos os tratados internacionais estariam subordinados hierarquicamente à Constituição Federal.

Porém, com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a presente opinião foi reformada em 2004, com o advento da Emenda Constitucional 45, mais especificamente com acréscimo do § 3º no art. 5º da CF/88. Esta trouxe a possibilidade de agregação destes documentos a *Carta Magna* com status de emenda constitucional, para tanto o mesmo deveria correr pelos trâmites do processo legislativo, ou seja, aprovação em dois turnos por 3/5 nas duas casas do congresso.

No entanto, o entendimento dominante continuou sendo, até 2006, o de que os outros tratados internacionais e os tratados de direitos humanos que fossem aprovados por maioria simples deveriam permanecer sendo absorvidos pelo ordenamento do país como lei infraconstitucional, o conflito entre referidas normas federais de mesmo nível, leis ordinárias e tratados internacionais não elevados por emendas constitucionais, deveriam ser resolvidos pela relação entre

leis especial e geral. Como se percebe no parecer de Afonso da Silva (2007, p. 187), onde este diz que as normas que ingressarem no ordenamento interno ao patamar de lei ordinária – passando por quórum simples – deveriam sanar eventuais conflitos com a lei interna através da análise da especialidade da norma. Observando no caso concreto se seria especial ou geral.

3.2 Equivalência Supralegal, porém infraconstitucional

Reconhecer os tratados internacionais de direitos humanos como acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, a nosso ver, é uma posição político-jurídica cômoda para os Estados. Pois, neste sentido, ao mesmo tempo em que estes dão maior relevância as relações internacionais, fortalecendo o princípio do direito de que *pacta sunt servanda*, previsto inclusive expressamente pelo Direito Internacional no art. 26 da *Convenção de Viena* de 1986, onde a sua redação diz que “todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executados de boa-fé”. Protegem também a soberania de seu ordenamento, assegurando uma blindagem a sua *Lei Maior*, na medida em que posiciona esta superiormente a referidos documentos.

Com relação a esse tema de modo direto a *Constituição da República Federal Alemã de 1949*, em seu artigo 25, prevê que as regras de Direito Internacional se sobrepõem sobre as leis do país.

No Brasil, como dito anteriormente no ponto que fala da recepção dos tratados no ordenamento pátrio, boa parte dos doutrinadores de Direito Internacional Público defende a idéia de que os tratados internacionais de modo geral devem ser recepcionados em patamar superior as leis federais. Logicamente, tal entendimento não é diferente quanto aos tratados de direitos humanos, e após 2006, principalmente no ano de 2008 com os pareceres dos Ministros do Pretório quanto aos julgados HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, parece ser a posição adotada pela Suprema Corte Federal.

Mesmo antes desse novo entendimento, já eram percebidas posições partidárias a esta, de hierarquia supralegal, no próprio Supremo, neste sentido encontrava-se o Ministro Selpúveda Pertence (RHC n. 79.785 – RJ).

3.3 Equivalência Constitucional

Primeiramente, para entender melhor a força desta corrente, devemos perceber o avanço do constitucionalismo global, este necessita penetrar nas Constituições nacionais a fim de realizar uma garantia efetiva dos direitos humanos de caráter mundial. Daí surge o processo de constitucionalização do direito internacional, ao passo que se internacionaliza o direito constitucional. Tal processo está ocorrendo em recentes Constituições latino-americanas, destaca-se a *Constituição da Argentina* que, no seu art. 75, § 22, posicionou os tratados internacionais sobre direitos humanos em um patamar hierarquicamente equivalente ao das normas constitucionais, como também a recente Constituição Venezuelana de 1999, que assume como hierarquicamente constitucionais os tratados de direitos humanos no seu artigo 23.

Nossa constituição, segundo alguns doutrinadores já observava como sendo constitucionais os tratados que versassem sobre direitos humanos, mesmo antes da emenda de nº 45. Observa Flávia Piovesan (2005, p. 72) que o que existia de fato era uma constitucionalidade material baseada no §2º do art. 5º da Carta Magna Nacional, e com advento do §3º no mesmo artigo ocorreu apenas à possibilidade de formalização de tais acordos. Na verdade, a dúvida que existia quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos parece ter sido resolvida em parte pelo novo dispositivo constitucional. Em parte porque não se sabe ao certo como os demais tratados anteriormente recebidos por maioria simples deverão ser hierarquicamente internalizados. Há jurisprudência a cuidar deste tema, como veremos mais detalhadamente.

No tocante aos novos tratados recepcionados após EC 45, nos fala André Ramos TAVARES (2007, p. 485), de uma obrigação do Congresso de seguir o rito definido no artigo 5º, seguem suas palavras:

Não cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito [...] A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. A simples presença, no tratado ou convenção, do tema de direitos humanos impele ao Congresso Nacional a adotar o rito inserido no art. 5º para respectiva parte do tratado (ou, eventualmente, todo ele)

Doutrinariamente vale ainda menção do pensamento de Rezek (2008, p. 103), retratando este que o conflito hierárquico que existia encontra-se hoje solvido, posto que havendo a necessidade de recepção de tratado referente a presente matéria o Congresso seguramente adotará o rito estabelecido pelo supracitado artigo.

3.4 Supraconstitucionalidade dos tratados de Direito Humanos

A idéia de normas que sejam superiores as Constituições nacionais, ainda é um pensamento que está caminhando no mundo jurídico. Apesar de ser um assunto relevante no que diz respeito às relações entre países e entre estes e os órgãos internacionais.

Nesta seara, são enfáticas as palavras do catedrático Canotilho (1999, p. 1276), sobre a tendência da afirmação de um constitucionalismo global, e suas três características:

Alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados, mas um novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo; Emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmado em declarações e documentos internacionais; Tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Seguindo esta linha de normas superiores a Lei Maior de cada nação, deve-se destacar a questão dos Direitos humanos. O pensamento de que tais direitos são superiores as constituições não vêm de hoje, desde os primórdios já se falava desta superposição, Robespierre foi um exemplo claro disto. A justificativa era de que se tratava de direitos transcendentais que ultrapassam as esferas dos próprios Estados soberanos, em virtude de um bem maior, uma forma de tutela do hipossuficiente, a proteção do homem.

O exemplo mais notório, no que tange a positivação de tratados internacionais em patamar supra constitucional, é o da *Carta Holandesa de 1956*, que estabeleceu em seu texto que os tratados internacionais tinham hierarquia superior as normas da própria constituição do país. No entanto, segundo Rezek (2008, p. 97) este parece ser um caso isolado.

Na doutrina nacional tem-se Albuquerque Mello como um dos defensores dessa corrente. Apesar de interessante, hoje ainda é difícil mensurar uma possibilidade de legislar acima das constituições nacionais, posto que a soberania dos ordenamentos jurídicos ainda é um tema delicado, mesmo no tocante a proteção da pessoa humana.

Mesmo com esta dificuldade de soberania versus supra constitucionalidade, destacamos as palavras de Del'olmo (2006, p. 97), onde o mesmo fala que “soberania e supranacionalidade não são incompatíveis, (...) onde o Estado entende ser mais consentâneo com seu objetivos a instituição da supranacionalidade”, o entendimento deste doutrinador é que esta abdicação da soberania seria na verdade um exercício próprio da mesma.

4. NOVA OPINIÃO MAJORITÁRIA JURISPRUDENCIAL

Como visto no presente estudo, desde 1977 até período recente, entendeu-se jurisprudencialmente que todos os tratados internacionais, sem ressalvas, seriam recepcionados com patamar hierárquico infraconstitucional (leis ordinárias). Mesmo com o advento da Constituição cidadã que apontou para uma possível constitucionalização dos tratados relativos aos direitos do homem em seu §2º do art. 5º os mesmo continuaram sendo interpretados como estando nessa posição hierárquica. Com a introdução do novel §3º do mesmo artigo, como referido, houve a possibilidade (talvez obrigatoriedade) de constitucionalizar tais fontes através de emenda constitucional, porém, antes disso, no âmbito jurisprudencial já tinha sido discutida esta possibilidade, com baixo grau de aceitação. Com relação à prisão civil no HC 72.131 de 23/11/1995 que teve por Relator o Ministro Marco Aurélio, o mesmo deferindo o Habeas Corpus, bem como o então Ministro Francisco Rezek. Os votos foram baseados no Pacto de São José da Costa Rica que versa sobre direitos humanos, refere-se a não possibilidade de prisão civil em dispositivo contido no seu art. 7º. Na situação os dois foram votos vencidos, ocorrendo o indeferimento do pedido de Habeas Corpus.

De fato até EC 45 com a implementação do §3º no art. 5º, jurisprudencialmente falando, não se teve grandes progressos quanto ao tema, e mesmo posteriormente a dúvida persistiu quanto aos tratados que não passavam por este trâmite – quórum qualificado 3/5 do congresso – como o próprio retrocitado Pacto de São José da Costa Rica. Tal opinião – sobre o patamar hierárquico dos tratados que versam sobre direitos humanos – só foi revista recentemente (2008), quando o Supremo Tribunal deferiu a liberdade do devedor nos HC 87.585-TO e RE 466.343-SP. Destaca-se o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que teve o mesmo acompanhado pela maioria da Corte, onde proferiu entendimento de "supralegalidade" fundamentando no artigo 5º, parágrafo 2º. Na ocasião o Ministro prosseguiu aceitando a tese de que a norma instituída pela Emenda Constitucional nº 45/04, ou seja, o artigo 5º, parágrafo 3º, acompanhando, aliás, as lições de Celso Lafer e Flávia Piovesan, apresentam uma fundamentação de simples interpretação da norma contida no parágrafo anterior (parágrafo 2º). Seguindo os mesmos julgados do Pleno do STF destaca-se o voto do Ministro Celso Mello que foi mais além no entendimento de que na verdade tais tratados são constitucionais.

Após o supracitado julgados, doutrinou Luis Flávio Gomes que se gerou novo efeito prático quanto ao tema, sendo, pois, tais documentos elevados a um patamar supralegal (acima de leis ordinárias e abaixo da constituição), entendimento este que revogou a prisão civil no Brasil. Além da não mais consideração da prisão por dívida, destacou Gomes (2008) que existindo conflitos entre tais tratados e leis ordinárias, estas não serão revogadas, entretanto verã sua eficácia retirada. Assim, a Lei nº 8.866/94, que dispõe sobre depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública estaria com seu texto prejudicado, principalmente o art. 4º, parágrafo 1º, que trata do pedido da pena de prisão, e os arts. 7º, *caput*, parágrafo primeiro, 8º, também restará prejudicada a súmula do STF, nº 619, que trata sobre a possibilidade da prisão do depositário judicial no próprio processo, bem como os arts. 902, §1º, e o parágrafo único do art. 904, ambos do Código de Processo Civil, e forma mais ampla o art. 652, do

Código Civil, ou seja, toda a legislação infraconstitucional sobre a prisão civil do depositário infiel.

Por fim, resta saber, como bem alude Kiyoshi Harada (2008), se a parte final do inciso LXVII do art. 5º da CF está revogada ou não pela EC nº 45/04. Onde preceitua que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O que nos parece claro que tenha acontecido, em virtude da posição do Pleno ao deliberar contra a prisão civil nos casos retratados. Por outro lado, trata-se de inciso incluso dentro das cláusulas pétreas Constitucionais, de modo que só restaria comprometida sua redação dentro da Constituição, caso se entenda que os tratados de direitos humanos, após a Emenda Constitucional nº 45/04, tenham assumido uma hierarquia supra constitucional, ou Constitucional. Nesta última hipótese haveria um sério conflito entre duas normas pétreas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma de recepção dos tratados internacionais sejam eles de direitos humanos ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro a muito está pacificada. A incorporação do Direito Internacional no Direito interno é entendida de uma maneira dualista, onde aquele para que gere efeito neste é necessário uma aceitação formal do Estado. No mesmo sentido encontra-se a hierarquia de tais documentos internacionais incorporados, com exceção dos relacionados a direitos humanos que passaram por uma grande discussão doutrinária principalmente com o advento da Constituição de 1988 e o §2º do art. 5º da mesma. Presente controvérsia, de forma mais acintosa esteve centrada no sentido de que a jurisprudência entendia que, assim como os tratados usuais internacionais, os tratados de direitos humanos deveriam também entrar no patamar infraconstitucional, ao passo que a doutrina, representada principalmente por Flavia Piovesan e Celso Lafer, via nestes documentos *status* constitucional fundamentando-se no artigo retrotranscrito. Com a EC nº 45 e o advento do novel §3º no mesmo artigo 5º presentes documentos passaram a ter a possibilidade – para alguns mesmo à obrigação – de correr pelo trâmite de emenda,

introduzindo-se assim, com sua aprovação, na Lei Maior. Com este novo dispositivo a jurisprudência recentíssima reviu sua opinião com relação à matéria, principalmente àqueles tratados relacionados que foram aprovados por maioria simples anteriores a emenda, como destaque o Pacto de São José da Costa Rica. Passou-se a interpretar que tais tratados tinham caráter supralegal, portanto acima das leis ordinárias como anteriormente se aceitava.

Feliz foi o entendimento da Suprema Corte Nacional no tocante ao novo pensamento, visto que na verdade os tratados que versam sobre os direitos do homem, como bem alude Ramos Tavares (2007, p. 485), diferentemente dos tratados convencionais que tem caráter geralmente comercial e de cunho disponível, não possuem um caráter de disponibilidade, pelo fato de não interferir nem procuram resguardar as prerrogativas dos Estados. O fato é que a esfera regulada por tais direitos é limitada e não proporciona maiores danos a soberania nacional, visto que seu campo de atuação se prende apenas a efetivar direitos que tutelam a dignidade da pessoa humana na sua amplitude. Neste sentido não era de se surpreender que houvesse tido um avanço ainda maior da jurisprudência pátria no sentido da constitucionalidade destes tratados de maneira geral, e seria muito bem fundamentada, por além dos parágrafos do artigo 5º retrocitado, pelo próprio art. 1º, III, bem com o 4º, II da CF. E mais, não seria de todo absurdo também, hierarquiza-los de maneira supra constitucional embasando-se em uma idéia de soberania diferente, voltada a vontade do povo, e nada mais legítimo neste querer popular que a defesa dos seus direitos mais fundamentais.

Em suma, os direitos do homem devem sim ser protegidos de forma especial, pois não se tratam apenas de direitos como os outros que devem ser tutelados, mas de direitos especiais, de atenção significativamente acentuada, pois como disse Norberto Bobbio (2004, p. 223), “sem direitos do homem não existe democracia, e sem democracia não existe as condições mínimas para a solução de conflitos entre indivíduos”.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual do direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Trad. Maria Manuela Ferrajota. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad. Por Vitor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p.234.

GOMES, Luiz Flávio. *Valor constitucional dos tratados de direitos humanos*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1724, [21mar.2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11076>>. Acesso em: 19 abr. 2008.

HARADA, Kiyoshi. *Tratados que versam sobre direitos humanos*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1749, [15 abr. 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11161>>. Acesso em: 23 maio 2008.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. In: **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.