

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**ROSANA KARIN TOAZZA ROCCO**

**O *STATUS* HIERÁRQUICO DA RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS  
DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:  
REFLEXÕES SOBRE A PREVISÃO CONSTITUCIONAL, AS ALTERAÇÕES DA  
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O POSICIONAMENTO  
JURISPRUDENCIAL**

**CURITIBA  
2014**

**ROSANA KARIN TOAZZA ROCCO**

**O *STATUS* HIERÁRQUICO DA RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS  
DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:  
REFLEXÕES SOBRE A PREVISÃO CONSTITUCIONAL, AS ALTERAÇÕES DA  
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O POSICIONAMENTO  
JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Melina Girardi Fachin

**CURITIBA  
2014**

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos que gostaria de fazer neste trabalho ultrapassam a época de elaboração desta monografia, e se expandem para toda a minha formação acadêmica.

Primeiramente, agradeço a Deus, por me atender em todas as horas que pedi força e vontade para continuar o desenrolar de muitas horas dedicadas a esta obra.

A minha mãe Júlia, meu pai José e meu irmão Rodrygo, por todo apoio fornecido dentro de casa, desde espaço para estudo, silêncio para ajudar na concentração, idas e vindas da faculdade, enfim, por toda a compreensão envolvida nesse processo longo que foram esses 5 anos de faculdade.

A minha família, evidenciando minha vó Rachel, meu ícone de mulher, e minha tia Maria do Rosário, obrigada pela disponibilidade nas correções textuais (mesmo em prazos tão apertados).

Os meus amigos, em especial a Ana Lúcia, a irmã de coração que escolhi e que me acompanhará por toda a vida, por sempre estar do meu lado, me dar palavras de incentivo em momentos aflitivos e pelas distrações e comemorações de cada etapa que alcancei.

Mais que agradecer, eu dou especial destaque à professora Flávia Piovesan, minha ídola, cujas obras foram inspiradoras e me motivaram a seguir pela defesa do direitos internacional dos direitos humanos, me trazendo uma paixão por este tema, que defendo inquestionavelmente com muito amor no coração.

Agradeço profundamente minha orientadora Melina, que tornou o sonho de fazer a monografia deste meu apreçado tema em realidade. Por ter estado presente em todos os momentos e ajudou na concretização deste trabalho, o qual não seria igual sem sua ajuda. Obrigada pela magnífica orientação e pela atenção dedicada a mim, levarei com muito carinho esta experiência.

O professor Thiago Assunção, orientador de outra monografia que me fez mergulhar nos direitos humanos com tanto afinco sem me importar com o passar das horas.

E todos que direta e indiretamente me influenciaram em algum momento, fica meu sincero agradecimento.

A minha caminhada acadêmica foi longa, com altos e baixos ao longo desses últimos 5 anos, sendo que em 4 deles dedicados a outra faculdade, fiz muitos sacrifícios e tive pouco tempo para me dedicar além das obrigações escolares. Não me arrependo nem um pouco, ao contrário, tenho orgulho do que conquistei e mal posso esperar pelo que o futuro me aguarda.

Posso dizer que concluir esse ciclo com a escrita dessa monografia, tema que escolhi desde sempre para fazê-la, é fechar com chave de ouro. Muito obrigada a todos.

## RESUMO

**Resumo:** O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de demonstrar de que forma a Constituição Federal disciplina a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos e a posição do Supremo Tribunal Federal perante o tema, já que a previsão normativa constitucional levou a diferentes interpretações. O § 2º do artigo 5º da Constituição é um dispositivo originário que definiu um sistema misto aos tratados internacionais a serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta o caráter especial das normas de direitos humanos. Assim, buscando esclarecer as dúvidas sobre a hierarquia de tais direitos, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu o § 3º ao referido artigo, que forneceu aos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados a equiparação com emendas constitucionais. A partir de dezembro de 2004, não restam dúvidas quanto à fundamentalidade formal e material dos tratados de direitos humanos que seguissem o procedimento de emenda constitucional. Todavia, pende o *status* dos tratados que foram incorporados até 2004. A resposta foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/2008, no qual, por maioria dos votos, a tese da supralegalidade foi adotada para esses tratados internacionais de direitos humanos recepcionados antes da Emenda Constitucional nº 45. Nesse recurso, com o voto majoritário do Ministro Gilmar Mendes, entendeu-se que esses tratados ficariam acima da legislação ordinária, mas abaixo das normas constitucionais. O voto vencido do Ministro Celso de Mello posicionou-se pela constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro, em coerência com a importância da proteção dos direitos humanos no próprio direito brasileiro como no plano internacional.

**Palavras-Chave:** direitos humanos, tratados internacionais de direitos humanos, supralegalidade, constitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>2 OS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE E SEU REFLEXO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	03
2.1 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....	04
2.2 A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL .....	12
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS FORMAIS E/OU MATERIAIS .....	16
<b>3 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	22
3.1 O § 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	24
3.2 A INCLUSÃO DO § 3º DO ARTIGO 5º PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004 .....	31
<b>4 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	42
4.1 AS TESES DO RE 466.343/2008 .....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	64
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	66

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) demonstram a preocupação constitucional da sua efetiva proteção no ordenamento jurídico pátrio. Para vigorarem no direito interno, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser recepcionados e um *status* hierárquico atribuído aos mesmos, sendo que este foi amplamente discutido na doutrina, até a inclusão do § 3º do artigo 5º e, motivada por ela, a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal.

O tema mostra-se relevante para ser aprofundado por esta monografia tendo em vista a importância que os direitos humanos exercem na ordem internacional e, mais ainda, suas influências no direito interno de cada país. O Brasil prevê a recepção dos direitos humanos para poderem ser resguardados aos cidadãos do nosso país. Para tanto, é de extrema importância definir a sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, a fim de saber como podemos protegê-los.

A Constituição buscou dispor sobre o tema, atribuindo caráter especial aos direitos humanos com o § 2º do art. 5º, mas gerou dúvidas quanto à hierarquia da recepção. Logo, a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi apresentada para acabar com essas incertezas com a inserção do § 3º ao artigo 5º, todavia, acabou por criar ainda mais perguntas. Ao longo dessa situação, a doutrina posicionou-se de diversas maneiras, com visões conservadoras ou, do outro lado, liberais, e, mesmo assim, continua a divergir. Por isso, a necessidade de uma posição jurisprudencial sobre o tema, que foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/2008. Cabe discutir, portanto, se foi escorreita a decisão tomada e, ainda, analisar os pensamentos doutrinários sobre o tema, já que não o mesmo não foi pacificado.

Para podermos alcançar as pretensões de estudo deste trabalho, dividiremos a monografia em três capítulos. No primeiro, iniciaremos com uma breve definição do conceito de direitos humanos e sua formação histórica na contemporaneidade. Logo após, será apresentado seu histórico no Brasil, mais especificamente um panorama do século XX e o ápice da sua previsão e proteção

na Constituição Federal de 1988. Em seguida, a constitucionalização em direitos fundamentais, que podem ser formais e/ou materiais.

O segundo capítulo demonstrará a previsão constitucional com relação à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. O § 2º do artigo 5º da Constituição buscou incorporar as normas desses documentos para aumentar os direitos tutelados no direito interno, mas nada falou sobre qual seria a hierarquia dos mesmos. Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 veio procurar resolver essa questão com o § 3º do art. 5º, prevendo que se os tratados internacionais de direitos humanos seguissem o rito de emendas constitucionais, seriam equiparados a elas.

Contudo, a indefinição do *status* a ser aplicado aos tratados internacionais recepcionados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 fez o Supremo Tribunal Federal ter que posicionar-se quanto ao tema. O terceiro capítulo tratará rapidamente dos entendimentos prévios deste Tribunal e se dedicará a analisar profundamente o RE 466.343/2008.

O julgamento do recurso foi pela ilicitude da prisão civil de depositário infiel. Mas, para ser tomada essa decisão, foi necessário o estabelecimento de qual seria o *status* a ser aplicado ao Pacto de San José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que vedam a referida prisão e foram recepcionados em 1992, ou seja, no período da imprecisão hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto defendendo a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, ou seja, que se encontrariam acima da legislação ordinária e abaixo das normas constitucionais, o qual foi o entendimento que prevaleceu e que deve ser aplicado ao Pacto de San José da Costa Rica e aos demais tratados internacionais de direitos humanos recepcionados até 2004.

Ainda, será detalhado o voto do Ministro Celso de Mello, que se situou pela constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, posição que também sustenta Flávia Piovesan, devido à natureza materialmente constitucional respaldada pelo § 2º do artigo 5º e, posteriormente, pela formalidade do § 3º do mesmo artigo da Constituição Federal.

Assim, conseguiremos abranger o tema como um todo, e compreenderemos o *status* hierárquico da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos atribuído pelo STF e o entendimento que se coaduna de modo mais adequado para o direito brasileiro.



## 2 OS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE E SEU REFLEXO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Os direitos humanos foram construídos ao longo dos tempos, levando em consideração à condição humana. Eles foram se aprimorando, até serem positivados em documentos jurídicos internacionais e internos, por sua notória importância. Dessa forma, é necessário demonstrar seu significado e origem histórica, para entendermos o motivo da sua relevância na ordem jurídica internacional e a influência direta que exerceu no direito interno brasileiro.

A definição dos direitos humanos é de difícil elaboração, já que envolve diversos significados amplos e gerais que deveriam se concentrar em uma única ideia. A síntese em palavras e termos é complexa, pois é complicado abordar todas as concepções existentes e disponíveis, que podem ser observadas de diferentes pontos de vista e, além disso, podem necessitar de adaptação ao longo do tempo.

Herkenhoff (1997, p. 30) descreve, modernamente, que *direitos humanos* ou *direitos do homem* são entendidos como “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente.” Ademais, ressalta que não há unanimidade conceitual nas diversas culturas, mas sim, que seu núcleo central, a ideia alcança uma concreta universalidade no mundo.

A noção contemporânea de direitos humanos aparece com a internacionalização dos direitos humanos, um fenômeno da segunda metade do século XX. Ela é diretamente aliada à ideia de cidadania, assim como o direito de resistência contra toda forma de opressão, isto é, cada pessoa é garantidora dos direitos humanos e deve agir perante suas violações, mesmo que pelo Estado e as organizações internacionais. Essa ideia é reconhecida por Joaquín Herrera Flores (2004), que também entende que os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência ao traduzirem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana; e também invocam uma plataforma antecipatória voltada à proteção da mesma. Complementariamente, Hannah Arendt (LAFER, 1988, p. 134) entende que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Kant (1985, citado por LAFER *et al.*, 2008) afirma que os direitos naturais são direitos históricos, isto é, não dependem de consagração em documentos políticos e jurídicos internacionais. Com isso, é necessário avançar na definição de que o reconhecimento e proteção dos direitos humanos precisam estar acima de cada Estado; além de analisar as diversas relações de poder que estão envolvidas, como a soberania, o poder fora do âmbito jurídico e a interação do Estado com seus indivíduos. Assim, alcançar-se-ia a “paz perpétua”, que levaria a um direito cosmopolita, que seria um direito comum a todos os seres humanos da face da Terra.

Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 51) corrobora ao afirmar que:

Os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

Este jurista ainda enquadra os direitos humanos como um fenômeno social (BOBBIO, 2004, p. 83) e necessário para o desenvolvimento de cada pessoa e da civilização como um todo (BOBBIO, 2004, p. 37).

Dessa forma, compreendemos que os direitos do homem surgiram no discurso jurídico como artifícios poderosos e continuam emergindo por lutas contra o poder, opressão e desmando, ou seja, esses direitos têm caráter progressivo e são inesgotáveis.

Em síntese, os direitos humanos na contemporaneidade são entendidos como fruto do contexto histórico em que foram consagrados e em constante renovação. Portanto, passamos a analisar como se desenvolveram ao longo da ordem jurídica internacional, com o intuito de compreendermos como eles se apresentaram ao direito brasileiro na sua formação histórica.

## 2.1 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo dos tempos, sempre se percebeu a importância que a humanidade concedeu à proteção de condições básicas de vida da sociedade, desde o período

axial (entre os séculos VIII e II a.C.), que enunciou as diretrizes fundamentais de existência (COMPARATO, 2003), passando pelas tradições judaico-cristãs da civilização ocidental, que valorizam a dignidade de cada ser humano até a era moderna.

Ressalta-se que a parte histórica deste trabalho terá início na era moderna, não pela irrelevância dos períodos anteriores, mas sim porque foi somente a partir da modernidade que a sociedade se configurou juridicamente de maneira relevante para o presente estudo.

Na era moderna, ou ainda, nos séculos XVI e XVII, o processo de formação dos Estados-nacionais levou ao fim do aspecto divino e o direito natural foi racionalizado, sendo que a razão é o elemento comum a todos os seres humanos. Foi somente a partir desse momento, da positivação jurídica, que se tornou aplicável a todas as pessoas que vivem numa sociedade a ideia de que qualquer indivíduo tem direito a ser igualmente respeitado simplesmente por ser humano. O ideal foi fundamental para a elaboração de documentos importantes da época, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração de Independência das treze colônias norte-americanas em 1776 “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos”. (COMPARATO, 2004, p. 95) Buscava uma declaração dirigida a toda a humanidade, colocando um princípio da nova legitimidade política: a soberania popular, que estava atrelada ao reconhecimento de direitos inalienáveis de todos os homens: a vida, a liberdade, igualdade de todos perante a lei e a busca da felicidade, inerentes à dignidade humana. Foi o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna. Passou dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. (SARLET, 2011, p. 43)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi fruto da Revolução Francesa de 1789, que buscava o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos, uma destruição voluntária de um regime antigo. O movimento procurava a concretização dos direitos humanos e da soberania popular, negados historicamente. Por essa ideia de formação de um mundo novo, a Assembleia dirigiu-se a toda a humanidade, dizendo que não se tratava de fazer uma declaração

de direitos unicamente para a França, mas para o homem em qualquer situação. A razão do caráter universal da declaração é que as situações pelas quais a sociedade passa mudam, mas os direitos alcançados devem permanecer, independente de revoluções ou leis relacionadas aos costumes.

A liberdade viria da supressão das desigualdades estamentais, a igualdade de direitos a todos e a fraternidade com a abolição dos privilégios. Foi a partir de 1789 que surgiu a ideia de “liberdade moderna”, inteiramente privada, com o repúdio a toda interferência estatal na vida de família ou na vida profissional, ao contrário dos ideais gregos e romanos, que defendiam a liberdade na esfera política, com a participação do cidadão nas decisões do governo. As disposições fundamentais da Constituição francesa de 1791 fazem a nítida distinção entre os direitos do homem independentemente da sua nacionalidade e os direitos do cidadão, únicos dos franceses. (COMPARATO, 2004, p. 147). Ademais, a contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nos demais documentos jurídicos, inclusive no direito interno de qualquer país. (SARLET, 2003, p. 44)

Com essa explanação, observamos que as semelhanças desses documentos seriam: a consagração da soberania popular e a redação de direitos aplicados a todas as pessoas. Caberia à sociedade, portanto, realizar a aplicação prática desses direitos. (HERKENHOFF, 1997, p. 57)

Contudo, a sedimentação dos direitos humanos em declarações de viés universal ocorreu somente com o desmoronamento do sistema diplomático de proteção aos direitos humanos, que adveio da crise mundial da primeira metade do século XX.

As duas Grandes Guerras geraram um gigantesco contingente de refugiados, apátridas e minorias que simplesmente não se encaixavam no sistema internacional. Isso mostra que a proteção dos direitos humanos dependia da cidadania, algo que se tornou um princípio jurídico universal. E se o homem perde essa essência, não consegue mais ser tratado pelos outros com igualdade. Essa perspectiva seria o “direito a ter direitos”, defendida por Hannah Arendt (LAFER, 1988, p. 154), que seria o direito que todo ser humano tem em ter um vínculo de cidadania, de pertencer a uma sociedade juridicamente organizada.

Por isso, após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional Público reagiu procurando minimizar os efeitos da condição de apátrida e refugiado,

principalmente, buscando evitá-las. Isso foi feito por meio da elaboração de instrumentos jurídicos multilaterais, e, também, mais importante, pela formação de um sistema completo de proteção dos direitos humanos que fosse aplicável a todos os seres humanos enquanto tais, independentemente de sua condição ou não de nacional de algum Estado. Foi imperiosa a ampliação dos direitos humanos nesse período, já que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (BUERGENTHAL, 1988 citado por PIOVESAN *et al.*, 2013, p. 189)

A Segunda Guerra Mundial foi uma digressão histórica, quando se trata da ruptura dos direitos humanos, sendo que o pós-guerra mostra sua reconstrução. (PIOVESAN, 2013, p. 190) A internacionalização dos direitos humanos surge no pós-guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Com a era Hitler, o Estado se mostrou como violador dos direitos humanos e descartou onze milhões de vidas, negando o valor da pessoa humana como fonte do direito. Os indivíduos começam a se tornar o foco da atenção internacional. Ou seja, o fenômeno da internacionalização seria um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo direito internacional. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 41)

Por isso, chega-se ao ponto de haver uma necessidade de reconstrução jurídica sobre o assunto para orientar a ordem internacional. O ápice é uma sistematização normativa de proteção internacional, culpando o Estado quanto a falhas ou omissões nas matérias de direitos humanos na esfera internacional. A partir daí, fortalece-se a ideia que a proteção dos direitos humanos é de legítimo interesse e preocupação internacional e não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, pelo tema ter legitimidade internacional, e não somente a jurisdição doméstica (PIOVESAN, 2013, p. 191).

Assim, o processo de afirmação internacional dos direitos humanos passou a buscar a integração de todos os cidadãos, independente da sua nacionalidade, como sintetiza Bobbio (2004, p. 66):

o problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois, o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de direito. Mas é também verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo - pela primeira vez na história - todos os povos.

Para Flávia Piovesan (2013, p. 183), os primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos seriam três: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Dessa forma, a definição e o alcance da soberania estatal deveriam ser redefinidos, juntamente com o estabelecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional, para colocar os direitos humanos como assunto central da agenda internacional.

Esses três institutos contribuíram, segundo a autora, cada um de sua maneira, para o processo de internacionalização dos direitos humanos, respectivamente, protegendo os direitos fundamentais em conflitos armados, fixando objetivos de manutenção de paz e segurança internacional, e assegurando um mínimo nas condições de trabalho válido para o plano mundial.

A partir da complementação desses institutos, acaba-se com o direito internacional feito somente para os Estados, já que as obrigações de cada um envolviam mais do que apenas os interesses daqueles, buscando os direitos dos seres humanos, e não garantias para as nações. Portanto, eles também acabaram com a soberania nacional absoluta e tiraram o indivíduo como objeto do direito internacional, colocando-o como sujeito do mesmo. Sobre o tema, Fachin (2009, p. 58) ilustra:

Esse processo de internacionalização apoia-se, por sua vez, em base dual: de um lado, a restrição da soberania estatal uma vez que é justamente o Estado que passa a ser mirado como um dos principais violadores de direitos humanos; e, por outro lado, a concepção universal acerca desses direitos que deveriam ser estendidos a todos.

A Segunda Guerra Mundial foi marcada pela repressão a povos considerados inferiores, criando uma consciência geral que era necessária a colaboração geral dos povos para reorganizar as relações internacionais. (COMPARATO, 2003, p. 210) Com o fim da guerra e suas atrocidades, e juntamente com o aparecimento das Nações Unidas, os direitos da pessoa humana ganharam

extrema relevância, consagrando-se internacionalmente. Verifica-se então que, a partir do pós-guerra, a análise da dignidade humana ganha âmbito internacional, consolidando a ideia de limitação da soberania nacional e reconhecendo que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência que devem ser protegidos. Sobre o assunto, explica Piovesan (2013, p. 231): “a universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era de seu domínio reservado.”

Em seguida, houve a formação da Organização das Nações Unidas em 1945. Depois da Segunda Guerra Mundial, com totalitarismo e julgamento de povos superiores e inferiores, foi preciso uma iniciativa de toda a humanidade para reorganizar as relações internacionais. Sem os direitos humanos, a convivência pacífica dos países não é possível. Foi elaborada uma Carta das Nações Unidas, cujos objetivos fixados para a nova ordem internacional não se resumem somente ao estabelecimento e preservação de relações pacíficas entre os Estados, e sim também em internacionalizar os direitos humanos, pois o consenso dos Estados leva à promoção desses direitos quando vira finalidade do tratado. (PIOVESAN, 2013, p. 198) Nesse sentido, Ramos (2005, p. 51):

Assim, é a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais de *todos* os seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor da pessoa humana. Pela primeira vez, o Estado era obrigado a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro.

Todavia, a Carta não define o conteúdo dessas expressões, que serão somente delimitadas e explicitadas na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, como detalha Piovesan (2013, p. 231):

(...) A carta da ONU de 1945, em seu art. 55, estabelece que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Em 1948, a Declaração Universal vem definir e fixar o elenco dos direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos.

A Declaração Universal não é uma soma de documentos nacionais e nem uma ampliação destes a nível global. Ela procurou estabelecer os direitos humanos que não estão ao alcance de uma jurisdição nacional, sendo intrínseco a todos, independentemente da sua nacionalidade. (LAFER, 2008, p. 314)

Para Bobbio (2004, p. 46), a Declaração é a única prova de fundação de um sistema de valores para ser reconhecido, a qual é “o consenso geral acerca da sua validade”. Dessa forma, ter-se-iam valores fundados, comuns e com uma universalidade subjetiva também acolhida (BOBBIO, 2004, p. 48). E continua:

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez pra sempre. (BOBBIO, 2004, p. 56)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como o próprio nome diz, trouxe valores básicos na esfera universal, ou seja, pertencentes a todas as pessoas e buscando proteger a dignidade humana acima de tudo. O reconhecimento não apenas de direitos civis e políticos, mas ainda de direitos sociais, econômicos e culturais, todos num mesmo patamar de importância, trouxe o necessário para a imposição do respeito aos direitos humanos no plano internacional por todos os países e a sociedade em geral.

Assim, com a aprovação unânime de 48 Estados (e 8 abstenções<sup>1</sup>), não havendo qualquer ressalva ou oposição aos princípios da Declaração, obtém-se “o significado de um código e plataforma comum de ação”. Ou seja, ela denota uma “ética universal” de um consenso de valores universais. Dessa forma, uma de suas características seria a amplitude. “Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual”. (PIOVESAN, 2013, p. 209-210)

Ela foi essencial para fundamentar os direitos humanos, e não ter mais nenhuma dúvida sobre a proeminência do tema na sociedade atual. Piovesan (2013, p. 213-214) relata duas inovações que o documento levou a: “a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.” Para concluir, Bobbio (2004, p. 46-47):

Entende-se que a exigência do ‘respeito’ aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é iniludível. Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o

---

<sup>1</sup> Os países que optaram pela abstenção foram: Arábia Saudita, Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Ucrânia, União Sul Africana, União Soviética e Iugoslávia.



problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como - em certo sentido - resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Por conseguinte, pode-se notar que o processo de desenvolvimento dos direitos humanos ocorre por uma persistente cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, inaugurada com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, fundada na sua *universalidade, indivisibilidade e interdependência*. (MAZZUOLI, 2002, p. 211) A primeira porque a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, o ser humano essencialmente moral dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco, inerente e incondicionada à condição humana (lastro ético). Já a segunda com o acolhimento de uma ideia de visão integral dos direitos humanos. Quando um direito é violado, os demais também o são. Concretiza a inter-relação e a interdependência a partir da indivisibilidade. E a terceira ao colocar os todos os direitos humanos como “um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si”. (PIOVESAN, 2013, p. 216)

Sobre o tema, sintetiza Flávia Piovesan (2013, p. 215):

Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade.

Portanto, os direitos humanos são as faculdades, liberdades e reivindicações inerentes a cada pessoa unicamente com o fundamento da sua condição humana. Além das características da concepção contemporânea, ainda existem

outras<sup>2</sup>. Tratam-se, também, de direitos inalienáveis (ninguém, sob nenhum pretexto, pode privar outro sujeito desses direitos para além da ordem jurídica existente) e universais (não leva em consideração particularidades, como etnias, nacionalidades, religiões, gêneros, etc.). Ainda, são irrevogáveis (não podem ser abolidos), irrenunciáveis (ninguém pode renunciar aos seus direitos básicos), intransferíveis ou intransmissíveis (uma pessoa não pode “ceder” estes direitos à outra), inexauríveis (podem ter seu rol expandido), inalienáveis e imprescritíveis.

Dessa forma, a Declaração Universal de 1948 e sua concepção contemporânea de direitos humanos fizeram com que os Estados passassem a desejar a tutela dos direitos humanos para todos, especialmente seus cidadãos, e demonstrar seu comprometimento para a comunidade internacional. Consequentemente, restou inescusável a incorporação de tais direitos aos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes. Um desses Estados foi o Brasil, que sempre se preocupou com o tema, como veremos a seguir.

## 2.2 A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Brasil, ao longo de sua história constitucional, adotou uma postura voltada para a defesa dos direitos humanos, tanto internacionalmente quanto nas suas cartas-magnas anteriores.

As constituições brasileiras abordam os direitos humanos como direitos fundamentais, ainda do período imperial, com a Constituição de 1824, e sendo seguida pelas Constituições seguintes, sempre com um acréscimo evolutivo dos direitos, como por exemplo, com a Constituição de 1934, em relação ao trabalho, ferramenta fundamental à dignidade da pessoa humana. Isso até o momento do regime do Estado Novo, na Constituição de 1937, onde foram sufocados os direitos humanos. Após um período de retomada dos direitos fundamentais com a Constituição de 1946, novamente um período de ditadura sufocou os direitos humanos com as Constituições de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, até

---

<sup>2</sup> O trabalho não buscou exaurir todas as características atribuídas aos direitos humanos, e também não ignora as posições críticas acerca desta visão contemporânea universal de direitos.

enfim chegar a Constituição de 1988, considerada a mais efetiva aos direitos humanos.

Com relação à política externa brasileira contemporânea, também é perceptível a defesa aos direitos humanos. A partir do fim da década de 1940, o Brasil manifestou-se, tanto nos planos global e regional, em favor da proteção internacional dos direitos humanos e tomou a iniciativa de apresentar projetos nesse sentido. Teve participação ativa na fase legislativa de elaboração dos principais instrumentos internacionais de proteção, e inclusive votou positivamente a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e o Protocolo Facultativo dos Direitos Civis e Políticos. (TRINDADE, 2000, p. 116)

No decorrer dos trabalhos preparatórios da Declaração Universal, entre os meses de setembro e dezembro de 1948, o representante do Brasil – Austregésilo de Athayde – defendeu, na 3ª sessão da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, a adoção de garantias, de modo a assegurar a eficácia dos direitos consagrados; singularizou, ademais, a importância do direito à educação. (TRINDADE, 2003, p. 598)

O Brasil participou da I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, em 1968. Estava presente nas votações e sustentou os direitos humanos como universais. Todavia, a defendida tese de indivisibilidade não foi totalmente convincente perante o regime militar que o país vivenciava na época, cujo autoritarismo não deixava os avanços dos direitos humanos se integrarem ao território brasileiro.

Embora o golpe militar de 1964 já tivesse ocorrido e levado os militares ao poder, a tradição brasileira de favorecer o desenvolvimento dos direitos humanos na diplomacia ainda persistia, pelo menos inicialmente. Conforme os anos passavam, a repressão e censura aumentavam e os direitos humanos cada vez mais desrespeitados. Sob a égide do AI-5, os direitos não tinham mais proteção e a repressão era abusiva, alcançando 12 mil pessoas exiladas e cinco mil cassações políticas, sem falar dos milhares de mortos em nome da segurança nacional. (LEAL, 1997, p. 122)

Além disso, em 1969, no auge da ditadura, o Brasil não assina o Pacto de São José da Costa Rica, a qual só foi ratificada em 1992. O mesmo aconteceu com dois documentos internacionais que representavam os desejos da comunidade internacional na época: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos

Sociais e Econômicos, ambos de 1966, os quais também só foram ratificados no ano de 1992. Assim, nessa época, os direitos humanos concretizados internacionalmente não eram levados muito a sério no Brasil, devido ao descompasso das obrigações que o Estado assumia com suas práticas internas.

No final dos anos 70, com a revogação do AI-5 e com a promulgação da Lei da Anistia em 1979, pode-se dizer que houve uma diminuição da repressão ditatorial, feita de forma gradual e visando o processo de abertura, já que:

Até 1978, o regime de terror e violência impera no país de forma soberana, oportunidade em que se acirram as críticas ao sistema e à ideologia de Segurança Nacional, inclusive por organismos internacionais. (LEAL, 1997, p. 125)

Em 1985, com a vigência do processo de redemocratização, o Brasil pode reforçar e firmar sua posição a favor da proteção internacional dos direitos humanos. Entrou no meio dos debates das Nações Unidas sobre os “novos” direitos no plano internacional. Assim, nos debates de 1986, tanto na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (em fevereiro) quanto da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (em novembro), a Delegação do Brasil lembrou as consequências negativas da pobreza e do subdesenvolvimento para a visão integral e indivisível dos direitos humanos. (TRINDADE, 2003, p. 604-605)

Nesse período, ainda, em setembro de 1985, foi instalada a Comissão de Estudos Constitucionais, sob a presidência do jurista Afonso Arinos Mello Franco com o objetivo de elaborar um anteprojeto de Constituição. Em novembro do mesmo ano, foram eleitos os Senadores e deputados integrantes da Assembleia Nacional Constituinte da nova Constituição. (LEAL, 1997, p. 128)

A transição democrática levou à elaboração da Constituição Federal Brasileira de 1988, que institucionalizou o regime político democrático e firmou a consolidação legislativa das garantias de direitos humanos.

Neste ponto, vale ressaltar a importância e a interdependência dos direitos humanos com relação à democracia. É de notório saber que numa democracia, a soberania é transferida ao povo, que é a fonte legítima que fornece poder ao Estado, podendo ser direta ou indireta (na via representativa).

Os movimentos emancipatórios do final do século XVIII buscavam delimitar um núcleo de direitos invioláveis capazes de fazer funcionar os mecanismos

procedimentais inerentes a um Estado democrático. Os direitos fundamentais do liberalismo dos séculos XIX e XX continuaram nesse sentido, tentando implementar o modelo desenvolvimentista burguês com a delimitação de direitos fundamentais. Mas, a História e os movimentos sociais, para Leal (1997, p. 75), levaram à ampliação das possibilidades dos direitos humanos com base na “dignidade da vida humana em sua completude”.

Enquanto os institutos tradicionais da democracia burguesa apenas buscavam a proteção da liberdade e igualdade meramente formal, restrita no espaço e tempo. Os direitos humanos trazem uma perspectiva maior de mobilização social de perseguição de tais direitos, já que objetivam resguardar à própria espécie humana. (LEAL, 1997, p. 77-78).

Sobre o assunto, Norberto Bobbio (2004, p. 21) faz uma conexão entre três elementos: direitos do homem, democracia e paz, e como se dá a relação entre eles e suas consequências. O que se pode entender dessa tríade é que a democracia e os direitos humanos no interior dos Estados conseguem gerar a paz no plano internacional. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e são considerados como tais quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Assim, o povo consegue lutar pelos seus direitos, primeiramente pela limitação do poder estatal a partir da relativização da soberania que os direitos humanos proporcionaram no seu fenômeno de internacionalização; e, em segundo lugar, através da sua conquista direta (por demandas judiciais) ou indireta pelos representantes do povo legislando a favor deste.

Voltando ao caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é a mais democrática dentre todas que nosso país já teve, além de ser a que mais e melhor recepcionou os direitos humanos, em quantidade e qualidade. Entende-se a Constituição Federal de 1988 como um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Piovesan (2013, p. 86) explana:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos

ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

Assim, a Constituição de 1988 foi fruto de um processo de discussão responsável pela redemocratização do país e a ela são atribuídas três características e estas se estendem ao título referente aos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo, e seu forte cunho programático e dirigente. (SARLET, 2011, p. 65).

A partir de então, “a noção de direitos humanos, universal e igualitária, consagrada e difundida pela Declaração Universal é agora elemento naturalmente integrante do discurso brasileiro em geral”. (ALVES, 1994, p. 95)

Não há dúvidas que a Constituição Federal de 1988 foi a que mais deu destaque e priorizou a matéria de direitos fundamentais. Agora, passamos a analisar como podemos encontrá-los no coração do nosso ordenamento jurídico.

### 2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: FORMAIS E/OU MATERIAIS

A adoção dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 consolidou textualmente os direitos humanos na ordem interna brasileira. Alguns autores entendem que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais seguiria apenas o critério geográfico, sendo aqueles tutelados na ordem internacional e estes no ordenamento jurídico interno. Contudo, não há porque sermos tão radicais ao ponto de achar que existe uma diferenciação clara entre os dois conceitos e que não existem intersecções entre eles.

Para Pérez Luño (1994, p. 47) os direitos humanos possuem uma amplitude maior que os direitos fundamentais, por serem reconhecidos em declarações e convenções internacionais e também por configurarem um sistema de necessidades humanas, que devem ser positivadas se não o foram. Conceitua como:

*um conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas,*

*las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (PEREZ LUÑO, 1995, p. 46)*

Já os direitos fundamentais, para o autor, seria um conjunto de direitos e liberdades, jurídica e institucionalmente reconhecidas e garantidas pelo direito positivo, tendo, portanto, limitação espacial e temporal. Descreve-os como *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”* (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 46)

Desse modo, percebe-se que existe uma proximidade muito grande entre essas definições, já que buscam a efetivação da proteção do ser humano. Fachin(2007) até propõe uma visão alternativa da teoria dos direitos humanos, com base em Pérez Luño. A autora sustenta que:

Portanto, mesmo não havendo um conceito fechado determinante dos direitos humanos e fundamentais, ou ainda um fundamento consensual destes, nota-se que todos convergem distintamente à ideia da dignidade da pessoa humana. E tal percepção tem caráter essencial na perspectiva emancipatória dos mecanismos da instancia jurídica, uma vez que não são, em si mesmos, fins que se fecham e sim possibilidades que se abrem para a concretização de direitos, centrados na igualdade, na liberdade, na justiça e no pluralismo. (FACHIN, 2007, p. 76-77)

Para este trabalho, adiante, utilizaremos o conceito de direitos fundamentais para expressar o rol de garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico interno brasileiro, mais especificamente, na Constituição Federal. Destarte, Vieira (2006, p. 36) coloca que:

direitos fundamentais é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional.

Isto é, eles devem estar positivados e terem seu reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor. Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 497) define: *“os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que se encontram reconhecimentos nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas.”*

O reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais, especialmente na Constituição Federal, têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois

são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem. Portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária. Sobre o tema, Alexy (1997, p. 62-63):

(...) normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El *primero* consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El *segundo* problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.

Dessa maneira, houve uma preocupação do Constituinte de abordar o maior número possível de direitos fundamentais, seja pela extensão de bens jurídicos, da titularidade ou da generalidade levar a especificidade (BOBBIO, 2004, p. 83), visando facilitar a interpretação legislativa e garantir mais direitos. Mas, essa medida leva a crer que qualquer direito garantido constitucionalmente é fundamental, o que não é verídico. Resta saber o que faz um enunciado da constituição ser uma disposição de direito fundamental.

Canotilho (1993) coloca os direitos fundamentais num sistema fechado, defendendo a existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais se derivam outros direitos (fundamentais em sentido material). Assim:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). (CANOTILHO, 1993, p. 528)

Existem direitos fundamentais consagrados na Constituição que somente pelo fato de serem criados para integrar a carta-magna merecem a classificação de constitucionais - e fundamentais -, mas o seu conteúdo não é necessariamente de materialidade fundamental. Nesse sentido, Ferreira Filho (2009, p. 11-12):



Em verdade, as Constituições escritas devem ser breves, para que tenham valor educativo. Assim, contentam-se em fixar apenas as regras principais, deixando ao legislador ordinário a tarefa de completá-las, de precisá-las. Por isso, fora da Constituição escrita, encontram-se leis ordinárias de matéria constitucional (como entre nós a lei eleitoral). Tais leis são ditas, em vista disso, *materialmente constitucionais*.

As normas (apenas) formalmente constitucionais são aquelas que, ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, rigorosamente falando, não apresentam conteúdo a ser disciplinado por vias constitucionais. Do outro lado, outros direitos, além de revestirem a forma constitucional, possuem uma natureza intrínseca de materialidade, sendo assim direitos formal e materialmente constitucionais.

A fundamentalidade formal, para Canotilho (1993, p. 499), geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites matérias de própria revisão, e; como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Enquanto isso, Sarlet (2012) acredita que dispositivos com conteúdo, importância e significado que forneçam fundamentalidade ao direito podem ser considerados como direitos fundamentais também. Assim, poderiam existir direitos fundamentais que não estejam necessariamente elencados no rol constitucional. Neste contexto, a materialidade não decorreria da derivação de um direito positivado, mas sim da percepção de que um determinado valor é importante para uma determinada sociedade. Este valor é considerado de tal forma importante que lhe é outorgado o *status* de direito fundamental. Corroborando o pensamento Mazzuoli (2002, p. 227) ao afirmar que:

os direitos humanos, são, por natureza, *fundamentais*, tendo como conteúdo os valores supremos do ser humano e prevalência de dignidade humana (conteúdo material), revelando-se essencial também pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), o que permite a revelação de outros direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição.

Um dos problemas que surgem com esse pensamento é a relativização do que é fundamental para uma sociedade não é necessariamente considerado para outra. Sarlet (2011) afirma que o conteúdo material dos direitos humanos deve ser extraído de forma definitiva, completa e abstrata. Contudo, deve-se levar em conta também o grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada, o que interfere na posituação do direito em si. Ademais, outra interferência é a relativização da importância para cada Estado. Deste modo, o autor afirma que precisamos observar as categorias universais e consensuais quanto à fundamentalidade do direito, como os valores da vida, liberdade, igualdade e dignidade humana, além de analisar a relevância do bem jurídico tutelado em si mesmo.

Nesse ponto de vista, o que é fundamental não o é apenas pela relevância do bem jurídico tutelado, é também pela opção do Constituinte e a atribuição da hierarquia normativa que é assegurada na Constituição. Um exemplo são os direitos sociais, como matérias de direito do trabalho, que são garantidas na Constituição Brasileira, com hierarquia supralegal, e não aparece no ordenamento jurídico interno de demais países. Dessa forma, “a fundamentalidade material, por sua vez, implica à análise do conteúdo dos direitos, (...) de modo especial, porém, no que diz com a posição ocupada pela pessoa humana.” (SARLET, 2012, p. 267-268)

Para Alexy (1997), os direitos fundamentais devem ter respaldo nos pontos de vista materiais, estruturais ou formais. Carl Schmitt (1973) citado por Alexy (ALEXY *et al.*, 1997, p. 63) reconhece que o direito para ser fundamental deve conter necessariamente elementos materiais e estruturais. Todavia, conclui que são inconvenientes somente os dois elementos, e sim que seria essencial vincular-se ao critério formal que aponte posituação.

Conclui-se, logo, que a posição mais adequada para determinar se um direito é fundamental ou não é dar preferência ao conteúdo material dos direitos fundamentais sobre a preocupação formal. Neste sentido, define Sarlet (2011, p. 77):

(...) direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material) integradas ao texto da Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade os poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser

equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Esse conceito, portanto, envolve tanto o aspecto da fundamentalidade formal (mas não como vinculante a tais direitos) e material, que contempla a noção de abertura material do rol dos direitos fundamentais, presente no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal que será tratado no tópico que se descortina na sequência.

### **3 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS**

A Constituição Federal de 1988 prioriza a proteção dos direitos fundamentais, buscando a tutela dos que já estão previstos no seu corpo normativo ou ainda adicionar ao seu rol demais direitos a serem garantidos. Para isso, a Constituição trouxe em um de seus fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a reger o Brasil nas relações internacionais (art. 4º, II). Esse princípio leva à abertura do ordenamento jurídico interno para ser influenciado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explana Piovesan (2013, p. 102):

A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração das normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.

Dessa forma, entende-se que houve uma abertura da ordem jurídica interna brasileira aos direitos humanos e, sobretudo, ao sistema internacional de sua proteção, com base nas premissas supracitadas e, ainda, em outros dispositivos constitucionais. Segundo Figueiredo (2010, p. 188), a Constituição:

Traz o mais amplo rol de declaração de direitos fundamentais jamais visto na história constitucional brasileira, com ênfase especial à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), à cláusula constitucional aberta a receber outros direitos, inclusive decorrentes de tratados internacionais (art. 5º, § 2º), à petrificação de tais direitos (art. 60, § 4º, IV), à própria alteração topográfica de tais direitos que agora estão no início do texto e não mais ao final como antes, além do compromisso de se propugnar por um tribunal internacional dos direitos humanos (ADCT, art. 7º) e, mais recentemente, a submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º). Percebe-se que já no preâmbulo da Carta de 1988 está o compromisso do Estado democrático com a ordem interna e internacional, o que demonstra uma nova ordem constitucional voltada não apenas à política interna, como também à política internacional.

Sobretudo, o dispositivo que possui mais relevância ao tratar sobre a relação entre a Constituição Federal de 1988 e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos é o art. 5º, § 2º da referida carta, ao afirmar que os direitos constitucionais expressos não excluem os previstos em tratados internacionais dos

quais o Brasil seja parte. Mas antes de adentrarmos nesse parágrafo essencial para este estudo, vale analisar o que a Constituição prevê sobre a recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, os artigos 49, I e 84, VIII da Constituição dispõem respectivamente, sobre a competência exclusiva de o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais; e da competência privativa do Presidente da República em celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. A partir desses dispositivos e com uma interpretação ampla dos demais supracitados, especialmente a dignidade humana e a prevalência dos direitos humanos, é possível dissertar sobre os procedimentos de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.

Inicialmente, todos os tratados internacionais passam por três fases internas para serem incorporados. (MORAES, 2010, p. 701) A primeira etapa envolve a assinatura do Presidente da República, com base no art. 84, VIII da CF. Após, ocorre uma deliberação do Congresso Nacional através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado, nos moldes do art. 49, I da CF. Por fim, ocorre a edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. Ou seja, os tratados internacionais precisam da participação conjunta dos dois poderes, sendo uma constitucionalidade *lato sensu* (ratificação do Poder Executivo somada à aprovação do Poder Legislativo) a forma adotada para a incorporação desses tratados. (MAZZUOLI, 2002, p. 161-162)

É somente com esse processo que tais direitos se consagram na ordem jurídica brasileira e o Judiciário tem que zelar pelos mesmos imediatamente, como explana Flávia Piovesan (2013, p. 162-163):

Cabe, assim, ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção de direitos humanos ratificadas pelo Estado Brasileiro. As normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os indivíduos tornam-se, portanto, beneficiários direitos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Pelo relatado, percebemos que há uma colaboração das três esferas de poder para a proteção dos direitos humanos:

[...] o Executivo – ao assinar tratados internacionais acerca do mérito e atuar mediante execução de políticas públicas –, o Legislativo – ao aprovar os tratados assinados e ao criar leis internas (que podem ou não se adequar à normativa internacional e, desta forma, podem ensejar violação do Direito Internacional no caso da não adequação) – e o Judiciário – ao assegurar a efetividade do cumprimento das normas –, atuam de modo a efetivar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. (SIMEI, 2011, p. 107)

Os tratados internacionais de direitos humanos, logo, completam os direitos e garantias fundamentais do texto constitucional. Sua importância é gigantesca, vez que esta categoria é uma das cláusulas-pétreas previstas no art. 60, § 4º, IV da Constituição e não podem ser alterados por proposta de emenda constitucional.

O Constituinte, ao elaborar o texto constitucional, arrolou grande parte dos direitos fundamentais nos incisos do artigo 5º. Com intuito de complementar cada vez mais os exemplos dissertados, instituiu no § 2º do mesmo artigo a possibilidade de os direitos e garantias disciplinados nos tratados internacionais serem incorporados aos já reconhecidos na ordem jurídica interna. Esse é o escopo essencial do dispositivo, a efetiva proteção de todos os direitos fundamentais aos indivíduos do nosso país.

Desse modo, haveria uma suplementação do que estava arrolado na ordem jurídica interna brasileira. Mazzuoli (2010, p. 110) completa o raciocínio ao colocar que “as leis internas, os textos constitucionais e os tratados internacionais são fontes jurídicas heterogêneas, que não se excluem mutuamente, e sim, se fortalecem e se complementam para melhor proteger a dignidade humana.”

### 3.1 O § 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Esse é o dispositivo do art. 5º, § 2º da Constituição Federal. O objetivo previsto do legislador

era de incluir no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais que o Brasil integrasse.

A partir do dispositivo legal, José Afonso da Silva (2005, p. 178) fez uma classificação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira: os direitos e garantias expressos nos incisos do art. 5º da CF; os direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e os direitos expressos decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.

Os direitos expressos podem ser encontrados no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que é o artigo 5º e seus 78 incisos, que disciplinam desde direitos elementares como igualdade e liberdade até previsões judiciais e de atos jurídicos processuais, como casos de impetração de mandado de segurança coletivo ou de injunção, e também, podem ser encontrados em outros diversos pontos ao longo do texto legal, como nos art. 6º e 227, por exemplo. Esses direitos e garantias de maneira expressa estão redigidos e aparecem normativamente positivados no texto constitucional.

Diferentemente, a segunda categoria de direitos advém do regime e princípios constitucionais. O regime em que vivemos é o democrático, representativo e com participação direta e pluralista. Na mesma lógica, os princípios seguem o viés democrático, como a forma federativa de Estado, o modelo republicano, a realização dos direitos fundamentais, a prevalência dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. O autor exemplifica os direitos fundamentais ao desenvolvimento, à paz e à solidariedade como decorrentes do regime e ainda afirma que alguns deles sobressaem de normas expressas, como os do art. 3º da Constituição.

Por fim, os direitos humanos presentes em todos os tratados internacionais – acordos, declarações, convenções, pactos, protocolos e outros atos internacionais – em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ou seja, qualquer documento internacional que possua em seu conteúdo a garantia de proteção de direitos fundamentais pode se enquadrar nesta hipótese. Além disso, ressalta que o Brasil deve fazer parte, o que significa que o procedimento de incorporação precisa ser realizado necessariamente.

Flávia Piovesan (2013, p. 120), a respeito, sugere uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição, também em três grupos: a) dos direitos expressos na Constituição (incisos I a LXXVII do art. 5º), b) direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, c) direitos implícitos (subtendidos

nas garantias e decorrentes regimes e princípios). Nota-se que, simplificadamente, a autora fez pequenas modificações, mais perceptível na ordem, e explica o porquê da alteração:

Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos. (PIOVESAN, 2013, p. 120)

Sarlet (2011, p. 71) partilha da mesma opinião ao afirmar que:

Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

A Constituição prevê a inserção dos direitos humanos no rol de seus direitos fundamentais, pois mostra que é incompleta quanto à taxatividade e busca sempre aumentar as possibilidades de proteção aos cidadãos brasileiros e alcançar a máxima efetividade das normas constitucionais ao fazê-lo no próprio texto constitucional. Dessa maneira, o § 2º do art. 5º é conhecido como uma “cláusula de abertura” para direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico. E além da possibilidade de incorporação dos direitos humanos internacionais ter previsão na constituição, Flávia Piovesan (2013, p. 114) dispõe que o *status* que tais direitos possuem na ordem jurídica interna é constitucional. Portanto,

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2013, p. 114)

A autora também entende que o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos é interpretação consonante com a Constituição, inclusive seus valores



(como o fundamento da dignidade humana). E vai mais além ao afirmar que o referido parágrafo reconhece explicitamente que tais direitos possuem natureza materialmente constitucional e integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade'. Ou seja, a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como 'cláusula constitucional aberta' possibilita a constitucionalização dos direitos humanos. "Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão." (PIOVESAN, 2013, p. 117) Como relata Sarlet (2011, p. 75):

Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais (...)

Complementarmente, para Alexandre Morais da Rosa, o legislador está desobrigado de manifestar-se sobre o acolhimento das normas internacionais, vez que o constituinte originário já o fez quanto à particularidade dos direitos humanos com a abertura constitucional do § 2º do art. 5º. E continua:

Em outras palavras, tendo em vista a concepção de *Constituição aberta*, o rol de direitos e garantias aceita a *aderência* ulterior daquelas disposições reconhecidas pela comunidade internacional e positivadas em Declarações da mesma natureza, dando eficácia imediata e de complementaridade, autorizando o seu exercício direto pelos indivíduos no território brasileiro. (ROSA, 2005, p. 74)

Entretanto, a posição hierárquica constitucional é guardada especialmente aos tratados que versarem sobre direitos humanos. Os demais tratados disciplinadores de temas diversos possuem hierarquia infraconstitucional, como aponta Piovesan (2013, p. 121-122):

Há que enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional.

O respaldo de tal entendimento se configura no art. 102, III, 'b' da Constituição, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição e cabe ao mesmo julgar, mediante recurso extraordinário, as causas

decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Assim, os tratados internacionais incorporam suas normas 'comuns' com hierarquia de lei federal.

Nesse ponto, porém, uma ressalva deve ser feita. Para Piovesan (2013, p. 122) tais normas devem ter caráter infraconstitucional, mas também precisam ser supralegais, isto é, estar acima das leis ordinárias, com base em dois argumentos. O primeiro é com base no brocardo *pacta sunt servanda*, que orienta as relações contratuais e gera a expectativa que os tratados sejam cumpridos de boa-fé pelos Estados, na esfera internacional. A segunda justificativa é com base no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que disserta que um Estado não pode fazer uso de uma norma de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Por isso, não se pode aplicar tratados segundo a teoria da margem de apreciação nacional, que é um país aplicá-lo segundo suas particularidades internas. Aqui também se encontra o princípio da boa-fé, no qual o Estado deve observar o tratado que é signatário e as obrigações jurídicas decorrentes do mesmo antes de interiorizá-lo.

Ainda quanto ao tema, vale ressaltar que não podemos aplicar tal entendimento aos tratados internacionais de direitos humanos pelo fato de que o constituinte forneceu um tratamento diferenciado aos tratados que dissertam sobre o assunto, tanto nos princípios e fundamentos constitucionais como os próprios §§ 1º e 2º da Constituição, pelo fato de que:

tais instrumentos veiculam direitos fundamentais, dispõem acerca de controle e monitoramento com a previsão de órgãos administrativos e judiciais e, já por isso, merecem um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o Brasil se inseriu em tal sistemática. (FIGUEIREDO, 2010, p. 184)

Não há dúvidas da importância que os direitos humanos possuem na ordem jurídica internacional para a proteção da dignidade humana de todos os indivíduos. Por isso, a necessidade de tais direitos serem trazidos aos âmbitos internos dos Estados, pela sua natureza jurídica objetiva de proteção.

Como o Brasil se preocupou com o tema e incluiu a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos na sua Constituição Federal de 1988, faz-se valer o caráter diferenciado dos tratados que discorram sobre direitos humanos.

Portanto, o caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como afirma Piovesan (2013, p. 127):

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, §2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 624) também defende a hierarquia constitucional das normas de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, explicando que:

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo poder judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

Assim, conclui-se que o Brasil tem sistema misto disciplinador dos tratados: o regime aplicado aos tratados 'comuns' com hierarquia infraconstitucional e outro aos que protegem os direitos humanos que, por força do art. 5º, § 2º, possuem *status* constitucional.

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 130)

Todavia, não é toda a doutrina que pensa dessa maneira. Como, para alguns, não há previsão expressa no texto constitucional, várias divergências apontam para quatro principais concepções possíveis de hierarquia das normas de direitos humanos. (PIOVESAN, 2013, p. 133)

A primeira corrente seria a da supraconstitucionalidade dos direitos humanos. Foi adotada pelo STF até 1977 e entende que tais direitos se encontram

acima das normas constitucionais. Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1994, p. 324) foi defensor desse posicionamento (até alterar seu ponto de vista recentemente) que mostra a preponderância dos direitos humanos sobre qualquer norma interna, e não há dispositivo revogatório dos mesmos, sendo que nem mesmo uma emenda constitucional poderia excluí-los ou alterá-los. A crítica a ser feita é a impossibilidade de controle de constitucionalidade dos novos direitos, já que não teriam procedimento formal a ser seguido quando interiorizados. (MENDES, 2011, p. 224) No direito comparado, Bidart Campos (1991, citado por MENDES *et. al.*, 2011, p. 223) sustenta essa tese.

A segunda visão seria a da constitucionalidade das normas de direitos humanos, preconizada por Flávia Piovesan e com apoio de Cançado Trindade, e também defendida acima por este trabalho. Tem como base o § 2º do art. 5º, que seria uma cláusula aberta de recepção para os tratados internacionais de direitos humanos, com aplicabilidade imediata e a utilização da norma mais favorável.

A terceira percepção é a da paridade dos direitos humanos com a lei federal, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal até 2008. Neste ponto de vista, se uma lei interna e outra internacional estão conflitando, o critério de solução seria o de lei posterior revogar lei anterior, já que possuem a mesma hierarquia.

Por último, a infraconstitucionalidade mas supralegalidade, tese que deveria ser aplicada para os tratados que não discorram sobre direitos humanos, só que alguns autores entendem o seu uso para todos os tratados internacionais. Essa tese foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/08 e foi adotada como o entendimento do Tribunal pela maioria dos ministros, e será detalhada no próximo capítulo. O importante neste momento é entender que a partir de 2008 o STF viu a necessidade de alterar seu posicionamento de paridade dos direitos humanos com a lei federal pela realidade brasileira de buscar defender a dignidade da pessoa humana tanto no seu âmbito interno quanto no internacional.

Além da discussão da hierarquia, também há a questão da materialidade e formalidade dos direitos fundamentais. Desde a promulgação da Constituição em 1988, pairou a dúvida se os direitos humanos ingressariam ao ordenamento jurídico interno brasileiro pela sua materialidade e qual forma deveriam assumir.

Doutrinadores como Piovesan, Trindade e Mello entendiam que a materialidade era mais importante do que a formalidade, uma vez que fornecia a tais direitos a natureza constitucional de mesmo nível do que os direitos fundamentais

internos. Ou seja, como já explicado no capítulo anterior, alcançou-se o entendimento de que a formalidade não é vinculante aos direitos fundamentais, já que os conteúdos de tais direitos já os tornariam materialmente constitucionais. A divergência doutrinária teve o ponto de partida no processo de ratificação de um tratado internacional para o direito interno. Neste, a última etapa para concluir é da expedição de um decreto. No viés constitucionalista, o caráter de normas inscritas em um decreto é de lei ordinária federal, ou seja, infraconstitucional. Destarte, não havia congruência nem tanto a materialidade muito menos a formalidade que tais direitos deveriam possuir na ordem interna.

Buscando esclarecer as posições da doutrina e jurisprudência quanto ao tema, a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004 introduziu o §3º ao art. 5º. Mas, a mesma não conseguiu resolver todos os problemas, e manteve disparidades na doutrina.

### 3.2 A INCLUSÃO DO § 3º DO ARTIGO 5º PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004

O § 3º foi adicionado ao artigo 5º da Constituição Federal com o intuito de fornecer eficácia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos por terem equiparação a emendas constitucionais, como consta escrito: “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.” Ou seja,

Para melhor revelar a intenção do legislador acerca da recepção dos tratados internacionais com força de lei constitucional é que foi elaborado o §3º, acrescido àquele mesmo artigo 5º pela EC n. 45/2004, onde os tratados passaram a serem considerados equivalentes às emendas constitucionais, quando se referirem a direitos humanos, devendo haver, por óbvio, a sua aprovação pelo Congresso Nacional de maneira equivalente à das emendas. (MANOEL, 2011, p. 303-304)

O § 3º foi acrescentado ao art. 5º para complementar o que já havia escrito sobre a inserção de normas de direitos humanos, que estava disposto nos §§ 1º e 2º da Constituição.

Sobre o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, há uma ressalva a ser feita de primeiro plano. Ora, esse parágrafo adicionado ao mencionado artigo inclui um novo procedimento a ser cumprido pelo legislativo para o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, surge o questionamento sobre a continuação da aplicabilidade imediata do § 1º do art. 5º para tais normas.

De imediato, cabe lembrar que no Brasil vigora sistema misto de incorporação de tratados internacionais, sendo que há particularidades previstas constitucionalmente para os que tiverem como tema os direitos humanos. A aplicabilidade imediata do §1º do art. 5º não atinge esses tratados ‘comuns’, e ficam condicionados ao decreto presidencial para serem utilizados no ordenamento jurídico interno brasileiro, em face do silêncio da Constituição a respeito da matéria. (PETERS, 2010, p. 222)

Agora com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, existe divergência doutrinária. Parte da doutrina, como José Afonso da Silva (2005, p. 179) entende que a exigência de *quorum* qualificado para referendo congressional dos tratados e convenções de direitos humanos para que tenham natureza constitucional formal mostra que o trâmite para incorporação é de qualquer outro documento internacional, e não mais de ‘incorporação automática’, “o que é uma pena, porque a incorporação automática, como direito internacional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstâncias de lugar e de tempo”.

Por outro lado, Flávia Piovesan (2013, p. 157-158) adota o posicionamento que a aplicabilidade imediata do § 1º continua a vigorar, e que o art. 5º, § 3º veio complementar tal ideia porque após o processo solene, o tratado não deve ficar condicionado à aprovação por decreto presidencial, enquanto os tratados comuns não têm aplicação imediata por ausência de previsão legal. Este é o entendimento da teoria monista, como detalha melhor Peters (2010, p. 222):

No que tange ao advento do § 3º do art. 5º da CF/88, parece que veio a fortalecer a concepção monista, ou seja, a incorporação automática dos tratados que versem sobre direitos humanos, uma vez assinado o tratado pelo Presidente da República e, posteriormente, findado todo o processo solene e especial perante o Poder Legislativo, obtendo a partir de então, *status* constitucional e aplicabilidade imediata, em decorrência de uma interpretação sistemática do art. 5º, § 1º, § 2º e § 3º da CF/88, e submetendo-se a um regime jurídico especial e diferenciado. Por outro lado, em face da omissão, permanece a interpretação de que os demais tratados internacionais dependem de incorporação legislativa, cujo ato confira execução e cumprimento aos tratados internacionais dependem de incorporação legislativa, cujo ato confira execução e cumprimento aos

tratados na seara interna, ingressando na ordem prática como norma infraconstitucional, de aplicação não imediata. Portanto, a Emenda Constitucional 45/04, para esta corrente, evidenciou a adoção de um sistema jurídico misto.

Cançado Trindade (2003, p. 624) acompanha o pensamento ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entende-se que o intuito da aplicabilidade imediata desses tratados, prevista no § 1º do artigo 5º e reforçado pelo § 3º do mesmo, deriva do caráter especial fornecido às normas de direitos humanos, especialmente por sua fundamentalidade material, da relevância de seu conteúdo, devendo sobrepor à formalidade necessária e podendo ser efetivos desde logo.

Pois bem, com relação ao § 2º, para parte da doutrina, na qual se inclui Piovesan (2013, p. 133), já se entendia que tal previsão já fornecia *status* constitucional às normas, e que se fosse para adicionar um complemento ao assunto, que fosse para que complementasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados.

Com a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF, não restou mais dúvidas quanto à hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos após 2004 se forem aprovados por dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional com *quorum* qualificado de três quintos dos votos. O *status* constitucional é garantido tanto formalmente quanto materialmente (e fundamentalmente), para Sarlet (2011, p. 127). Então, “(...) o recente parágrafo reconheceu de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos e, de forma inovadora, também a natureza formalmente constitucional daqueles.” (PETERS, 2010, p. 230) Desse modo, não havia mais divergência doutrinária quanto a este ponto, como se vê:

Por outro lado, a corrente que entendia que os tratados internacionais de direitos humanos eram infraconstitucionais, porém supralegais, hoje, defende que em razão do novo § 3º do art. 5º, da CF/88, aqueles assumirão a natureza de normas constitucionais, desde que obedecidos todos os requisitos nele previstos, que, aliás, são os mesmos exigidos para a aprovação de emendas à Constituição. (CF/88, art. 60, § 2º). (PETERS, 2010, p. 229).

Contudo, não foi expressamente dito qual a classificação dos tratados anteriores à Emenda ou daqueles que, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, não seguissem o rito solene previsto.

Primeiramente, houve a divergência de que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da emenda teriam *status* de lei federal por não ter tido o *quorum* e o rito aludido no § 3º. Piovesan (2013, p.133) ressalta que esses tratados contaram com ampla maioria nas duas casas, chegando até, em alguns casos, a exceder os três quintos exigidos e que o processo foi somente realizado em um único turno, pois não havia previsão do segundo, não sendo possível a realização do mesmo. Dessa forma, deveriam ter *status* constitucional.

Assim, tanto os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45 como os que serão elaborados posteriormente devem ter reconhecida a hierarquia constitucional, o que se deve, principalmente, à concepção contemporânea de direitos humanos e à específica hermenêutica constitucional. (FIGUEIREDO, 2010, p. 209)

Sarlet (2011, p. 123) adere a essa ideia e coloca:

Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente.

Ademais, Flávia Piovesan (2013, p. 134-135) problematiza o tema fornecendo um caso concreto para endossar sua opinião de que:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.

Em seguida, com relação aos tratados que fossem aprovados posteriormente à promulgação da emenda, mas que não seguissem o rito de dois turnos em cada casa do Congresso Nacional com três quintos de votos, a hierarquia



das normas de direitos humanos incorporadas também será constitucional, mas somente pela matéria, e não pela forma. Como explica Simei (2011, p. 112):

Muito embora com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 tenha-se exigido um rito especial para conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o nível constitucional, não é errado afirmar que esses tipos de tratados, ainda que não aprovados pelo crivo do §3º do artigo 5º da Constituição, são materialmente constitucionais.

Porém, nem todos os autores entenderam dessa forma. Nelson Nery Junior (2006, p. 141) pensa que apenas as normas de direitos humanos que observaram o § 3º do art. 5º que podem ter hierarquia constitucional, enquanto as demais, ou seja, as que não foram aprovadas com *quorum* qualificado de três quintos, terão *status* de lei federal. O autor entende que “trata-se de *cláusula de supranacionalidade*, que mitiga a soberania do Estado Brasileiro.”

No mesmo seguimento temos Francisco Rezek (2011, p. 133), que considera que o tratado internacional ingressará no direito positivo interno brasileiro com natureza de lei ordinária, salvo se tiver a tramitação legislativa prevista na Constituição pelo art. 5º, § 3º. Assim, somente haverá a prevalência dos tratados sobre leis infraconstitucionais internas anteriores à sua promulgação, o princípio da *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior revoga lei anterior). Apenas se as normas de direitos humanos obtiverem o *quorum* qualificado é que serão de *status* constitucional, vez que:

(...) é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. (REZEK, 2001, p. 133)

Alexandre de Moraes (2010, p. 702) também entendeu de maneira diferente, que todas as normas de tratados internacionais, inclusive as sobre direitos humanos, são inseridas no direito interno nos termos do art. 49, I da CF, isto é, como atos normativos infraconstitucionais, a não ser que sejam de direitos humanos e que tenham seguido o rito determinado na particularidade do § 3º do art. 5º, os quais seriam equivalentes às emendas constitucionais; e que essa opção entre a escolha de uma das duas formas seria discricionária do Congresso Federal.

Apesar desses posicionamentos divergentes, a interpretação mais adequada - explicada anteriormente e sustentada por esse trabalho, sobre o *status* constitucional de todas as normas de direitos humanos - era de que os tratados internacionais de direitos humanos antes da emenda fossem incorporados com hierarquia constitucional devido à sua materialidade. Por outro lado, restou a dúvida de como fornecer formalidade aos mesmos.

Nesse ponto, vale explicar qual a diferença que a formalidade traz a um tratado que foi incorporado apenas por sua matéria ou se seguiu o rito determinado constitucionalmente. Em primeiro lugar, as normas de direitos humanos materialmente constitucionais podem ser denunciadas no âmbito internacional, ou seja, o Estado pode manifestar sua vontade de não adotar mais tais normas ao se desvincular do tratado; enquanto as normas material e formalmente constitucionais não poderão o ser. Isso se deve pelo fato de que, por serem equiparadas às emendas constitucionais, terão caráter de cláusula-pétrea e não poderão ser abolidas por emenda constitucional, por força do art. 60, § 4º da Constituição, vez que figuram como direitos e garantias constitucionais (art. 60, §4º, IV da CF). Explana Peters (2010, p. 231):

A diferença entre elas consiste no fato de que as normas materialmente constitucionais não tem o condão de reformar o texto constitucional e de serem passíveis de denúncia pelo Estado brasileiro, nos termos da Convenção de Viena, apesar de integrarem o núcleo mínimo inviolável da Constituição, protegido nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88; enquanto que os tratados internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, uma vez que seguem o *quorum* previsto no art. 60, § 2º, da CF/88, reformam a Constituição e não podem ser denunciados (inclusive, tecnicamente) no âmbito internacional. É como se o Poder Constituinte Reformador tivesse abdicado à prerrogativa de renúncia destes tratados, sob pena de responsabilização do Estado denunciante.

Dessa forma, como demonstra Mazzuoli (2010, p. 107), se um tratado de direitos humanos for aprovado no trâmite do § 3º do art. 5º terá três efeitos diferenciados:

a) se conflitar lei e tratado, prevalece o tratado por ser equivalente a emenda constitucional, independentemente da ordem cronológica; b) servirão de parâmetro para controle de constitucionalidade de leis e atos normativos com fim de ampliar o 'bloco de constitucionalidade'; c) não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República por força do art. 60, §4º.

Portanto, a formalidade possui relevância quanto à efetividade das normas discutidas em questão. Assim, como não havia expressa previsão constitucional quanto à forma para os tratados internacionais de direitos humanos que foram incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, abriu-se espaço para pontos de vistas contrapostos.

Primeiramente, restou estabelecido que a emenda seria irretroativa quanto aos tratados previamente assinados, por força da expressão “que forem aprovados”, que indica a eficácia ulterior à promulgação. Ou seja, não teria como fornecer a forma de equiparação com emenda constitucional a esses tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45.

Surgiu a ideia de que todos os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser revotados, ou seja, passar pelo procedimento do art. 5º, § 3º da CF para conseguir a forma constitucional. Contudo, essa proposta se mostra absurda por vários motivos, como a violação do princípio da boa-fé, a quebra da segurança jurídica e a interrupção da pauta das casas do Congresso Nacional, por anos, para realizar o feito.

Além disso, até hoje, quase dez anos após a introdução do § 3º ao artigo 5º em 2004, apenas um tratado internacional de direitos humanos seguiu o procedimento de aprovação de ser votado em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional com o *quorum* qualificado de três quintos. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em 30 de março de 2007, aprovados pelo Congresso Nacional conforme o procedimento do § 3º do artigo 5º pelo Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008 e teve sua ratificação com o Decreto Executivo nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Enquanto isso, mais de trezentos tratados internacionais de direitos humanos já foram recepcionados pelo nosso direito interno, dados que reforçam a indisponibilidade de tal medida.

Assim, diante da impossibilidade prática de reanálise de todos os tratados internacionais de direitos humanos e da irretroatividade da EC nº 45, Flávia Piovesan (2013, p. 135) aponta que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a 2004 dotarão de hierarquia constitucional material e formal, explicando que:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consoante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a 'constitucionalização formal' dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Entretanto, a partir da vigência do § 3º, para um tratado internacional de direitos humanos ter a forma constitucional, o mesmo deve seguir o trâmite previsto no dispositivo legal. Ou seja, deverá ser votado em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional com o *quorum* qualificado de três quintos. A obrigatoriedade para garantir a forma é medida que se impõe por forçado princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF) e também para fornecer força jurídica ao feito, sendo considerado um poder-dever. E ainda, segundo Figueiredo (2010, p. 202), as consequências advindas do *status* constitucional dos tratados eram sua aplicabilidade imediata e petrificação de tais normas.

Agora, se o tratado não obedecer a um dos requisitos disciplinados no art. 5º, qual seja, não ser votado em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional, ou não alcançar o *quorum* exigido de três quintos, as suas normas ainda serão constitucionais, mas só materialmente. Ilustra Piovesan (2013, p. 133):

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Para completar, uma síntese de José Afonso da Silva (2005, p. 179):

Esse §3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do §2º quando admite a incorporação dos tratados e

convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio – recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina – que tinha meu apoio – sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse §3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por esta última corrente doutrinária. Temos aí um §3º regulando interpretativamente cláusula do §2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional *formal* se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais – ou seja, a discussão e votação em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, e aprovação por três quintos de votos de seus membros. *Direito constitucional formal*, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de *natureza constitucional material* o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele §3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação de colidência entre *lei especial* e *lei geral*.

Destarte, com base nos pensamentos de Flávia Piovesan (2013, p. 144) podemos concluir que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, por força dos § 2º do art. 5º da Constituição, são materialmente constitucionais, pela notoriedade dos temas de direitos humanos e sua proteção diferenciada na esfera interna brasileira.

Já os novos tratados, depois da inclusão do § 3º ao art. 5º da CF, serão pelo menos materialmente constitucionais pelo § 2º, independentemente do seu *quorum* e também formais se passarem pela aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. Em suma,

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do §2º do mesmo art. 5º, independentemente do seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo §3º. (PIOVESAN, 2013, p. 144)

Isso porque o § 3º permite a atribuição de norma formalmente constitucional aos tratados que seguirem seu rito, ao passo que são equiparados a emendas constitucionais, previstas no art. 60, § 2º da CF e se integram formalmente ao texto constitucional.

Portanto, se entende que as normas de direitos humanos dos tratados internacionais podem se dividir em dois<sup>3</sup> grupos, como Piovesan (2013, p. 145) relata:

Vale dizer, com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Somente com a adoção desse entendimento, dar-se-á a maior efetividade possível aos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro interno, como relata Simei (2011, p. 115):

Já em relação ao artigo 5º, §3º da Constituição Federal, o dispositivo em comento não retira a constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos, que já é assegurada pelo §2º do mesmo artigo, apenas veio a propiciar a constitucionalização formal dos mesmos, reforçando naquele dispositivo a ideia de que, de fato, os tratados de direitos humanos encerram, em função da matéria que tutelam, índole constitucional. Somente acolhendo essa orientação, o Estado estará dotando de máxima efetividade os tratados de direitos humanos, ao mesmo tempo em que sua atuação estará em consonância com os anseios da ordem jurídica internacional, que, na verdade, instituiu os tratados internacionais de direitos humanos para lembrar, ainda mais, que antes de toda instituição política e organizada havia somente o homem, e que é em razão dele e para ele que existem os Estados.

E ainda, buscando a máxima efetividade, o Supremo Tribunal Federal é a instituição que deve zelar pelos direitos humanos estarem presentes na realidade jurídica e social brasileira, como refere Piovesan (2009, p. 145):

Cabe, portanto, ao STF o desafio de reafirmar sua vocação de guardião da CF/88, rompendo em definitivo com a jurisprudência anterior acerca da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e, a partir de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional

---

<sup>3</sup>A respeito, Ingo Sarlet (2011, p. 137) adiciona uma terceira categoria, a de “direitos apenas formalmente fundamentais”, que são os direitos que estão contidos no catálogo de direitos fundamentais constitucionais mas não possuem matéria de direito fundamental.

destes tratados, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da CF/88 – os direitos fundamentais.

Então, passamos a analisar como o Supremo Tribunal Federal está diante dessa tarefa de tutelar os direitos humanos.

#### 4 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, segundo o artigo 102 da Constituição Federal, é o guardião da Constituição e, por isso, possui o dever da proteção dos direitos humanos. Essa tarefa sempre foi inerente ao Tribunal e, ao longo da história do direito brasileiro, o STF teve diversos posicionamentos com relação ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

Até o ano de 1977, o Supremo Tribunal Federal entendia pela hierarquia superior das normas dos tratados internacionais perante a Constituição Federal. Contudo, a partir daquele ano – mais especificamente em 01/06/1977, o Tribunal alterou sua perspectiva com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, no qual ficou estabelecida a equiparação das normas internacionais com as leis federais, como relata Marinoni (2013, p. 1182):

O STF manteve, por bom período de tempo, o entendimento de que os tratados internacionais, aí incluídos os de direitos humanos, têm simples valor de direito ordinário. Decidiu-se, no RE 80.004, que embora a Convenção de Genebra, ao instituir lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito brasileiro, ela não se sobrepõe às leis do país, daí decorrendo a constitucionalidade e a consequente validade do Dec.-lei 427/1969, que previu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária sob pena de nulidade do título.

A partir deste julgamento, o STF tinha passado a adotar a tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções já ratificados pelo Brasil. No caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, poderia ser modificada por lei nacional posterior, seguindo a regra do *lex posteriori derogat legi priori*.

Como podemos perceber, essa decisão é anterior à Constituição Federal de 1988, e conseqüentemente, de suas previsões quanto à incorporação dos tratados internacionais, especialmente de direitos humanos. Entretanto, mesmo após a promulgação da carta-magna, o Supremo Tribunal reiterou a decisão quando do julgamento do *Habeas Corpus* 72.131-RJ. Neste, o relator Min. Moreira Alves declarou que o § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica não interfere sobre a prisão civil do depositário infiel, uma vez que existe a ressalva constitucional na parte final do art. 5º, LXVII, da CF. Reafirmou-se o entendimento



de entrada como lei ordinária e possibilidade de revogação do dispositivo com lei posterior. Não foi somente nesse precedente, vez que esse entendimento foi posteriormente reiterado no HC 72.131-RJ, RE 206.482-SP, HC 76.561-SP; ADI 1480-3-DF; e RE 243.613. (PIOVESAN, 2013, p. 126)

O mesmo tema, a prisão civil do depositário infiel, foi discutido novamente no Recurso Extraordinário nº 466.343 de 2008, no qual, para se alcançar a solução do caso, foi necessária uma discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, faz-se relevante delinear o caso. O banco Bradesco propôs contra Luciano Cardoso Santos ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento. Como o réu não tinha mais posse do bem, a ação originária foi convertida em ação de depósito. Contudo, o réu não apresentou bem nem depositou valor correspondente em dinheiro. Dessa forma, a sentença julgou procedente inicial e condenou a restituição do veículo ou seu equivalente em dinheiro em 24 horas. Embargos declaratórios do autor foram opostos solicitando prisão, mas o juiz não a decretou por ser inaplicável sob o fundamento de que tal dispositivo era inconstitucional. Irresignado, o autor interpôs apelação, a qual foi negada provimento por acórdão do TJ-SP que manteve sentença. Assim, em sede de recurso extraordinário, com base no art. 102, III, a, o autor sustentou violação do dispositivo constitucional do art. 5º, LXVII da CF, e que havia entendimento aplicado anteriormente pela Corte a favor da prisão do fiduciante.

Passamos à análise do tema e dispositivos em questão. A Constituição Federal de 1988 apresentou em sua redação o disposto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Desse dispositivo, retira-se a ideia que um dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é que ninguém deve ter decretada prisão civil em consequência de uma dívida, com exceção do inadimplente alimentício ou depositário infiel. E ainda, Molitor (2000, p. 16):

Observa-se, desde logo, o acréscimo ao vocábulo 'inadimplemento' aos adjetivos 'voluntário' e 'inexcusável', afastando o cabimento da privação nas hipóteses de descumprimento não intencional, e quando puder o devedor escusar-se legitimamente.

Só que não foi a primeira vez que esse tema apareceu em uma Constituição brasileira. Como demonstra Queiroz (2004, p. 119-120):

Quanto às disposições constitucionais a respeito desse instrumento de coerção, devemos lembrar que a Constituição Política do Império do Brasil de 25.03.1824, bem como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.01.1891, foram omissas a respeito. A Constituição de 16.07.1934 foi incisiva, não admitiu exceções quando em seu art. 113, n. 30, decretava 'que não existirá prisão por dívidas, multas ou custas'. Já a Constituição de 1935 deixa à legislação ordinária a questão da prisão por dívidas, não oferecendo garantia contra a mesma. As Constituições de 18 de setembro de 1946 e de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 17.10.1969 excepcionaram o devedor de alimentos e o depositário infiel, com uma redação bem semelhante. A atual Constituição de 5 de outubro de 1988, afastando a prisão de natureza civil, manteve as exceções, com o acréscimo da qualificação do inadimplemento da obrigação alimentícia e retira a expressão 'na forma da lei'.

Desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 32), passando pela de 1967 (art. 150, § 17) e pela Emenda Constitucional nº 01/1969 (art. 153, § 17) proibiu-se a prisão por dívida com a mesma redação, praticamente, mas com as duas ressalvas permissivas: depositário infiel ou devedor de alimentos. Uma das inovações de 1988, como já dito acima, foi a eliminação da expressão "na forma da lei", que reduziu as opções, vez que, obsta a que a legislação infraconstitucional amplie as hipóteses de cabimento da sanção, mediante equiparação ao contrato de depósito de outras figuras contratuais, "restringindo ainda mais a aplicação do encarceramento". (MOLITOR, 2000, p. 17)

Mas não há somente previsão constitucional sobre o tema. O Código Comercial de 1850 – revogado com novo Código Civil de 2002 – afirmava em seu art. 284: "Não entregando o depositário a coisa depositada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da intimação judicial, será preso até que se efetue a entrega do depósito, ou do seu valor equivalente (artigo nº 272 e 440)." O antigo Código Civil de 1916 também disciplina sobre o assunto em seu art. 1287: "Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)." Ainda há o Decreto-lei 911/69, que trata sobre alienação

fiduciária em garantia, e no seu art. 4º fez referência ao tema, mas esse documento será analisado mais adiante em um caso concreto. Por fim, o Código Civil de 2002, em seu art. 652: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

Diante de todas essas previsões legais, Queiroz (2004, p. 120) observa:

Assim, com o exame dos textos da legislação nacional, há de se concluir que, tradicionalmente, no direito pátrio, tem sido admitida a pesada cominação da pena para o indivíduo que se tornou inadimplente face a uma obrigação contratual, considerando a autorização constitucional e a prescrição da lei ordinária civil.

Por mais que existissem disposições infraconstitucionais, simplesmente por existir respaldo na Constituição, o depositário infiel poderia ser preso. A doutrina discutia o tema desde a promulgação da Constituição, já que ocorre a constrição da liberdade de um indivíduo em prol do direito de propriedade de outro. Mas a discussão ficou ainda maior quando, no ano de 1992, o Brasil ratificou tratados internacionais que versavam sobre a matéria.

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou, mais conhecido, Pacto de San José da Costa Rica disciplina em seu art. 7º, § 7, que: “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 documento é de 22.11.1969 e se incorporou ao direito brasileiro quando o Congresso Nacional o aprovou pelo Decreto Legislativo nº 27 de 26 de maio de 1992 e promulgação pelo Decreto Presidencial nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu passo, relata em seu art. 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” É datado de 16.12.1966, foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto Executivo nº 592 de 6 de junho de 1992.

Assim, podemos perceber que, como explana Piovesan (2013, p. 174): “enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos não prevê a exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívida, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Sobre o tema, Arenhart (2013, p. 273) declara que, nos tratados internacionais a prisão civil não é vedada inteiramente, e sim, somente nos casos de dívida ou obrigações contratuais. Também demonstra que não é possível a prisão civil que tenha vínculo obrigacional, como é o caso do devedor-fiduciante. Explica:

A prisão do depositário infiel (...) possui cunho estritamente obrigacional (arts. 627 a 652 do Código Civil brasileiro). Aliás, por muito tempo a jurisprudência questionou a possibilidade de prisão civil no caso de alienação fiduciária, exatamente porque se entende que neste caso o contrato não equivale ao depósito. (ARENHART, 2013, p. 274)

E continua:

Em síntese, é verdade que nem todo depósito é obrigacional, mas é indiscutível também que há depósitos que a lei proíbe o recurso à prisão civil. Os depósitos com outras naturezas não ficam abrangidas pela norma proibitiva do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, autorizando sua tutela por meio deste mecanismo de coerção. (ARENHART, 2013, p. 278)

Enfim, Talamini (1998, p. 296) coloca que o emprego da prisão civil como técnica coercitiva para proteção de garantias fundamentais e que os dois diplomas internacionais são claros em limitar a vedação ao emprego da medida coercitiva à proteção das obrigações.

Ora, não se pode supor que essas expressões tenham sido empregadas em vão nos textos internacionais. É obvio que a razão da presença dessas expressões decorre, exatamente, da intenção de não vedar toda e qualquer forma de prisão civil (exceto a ligada à obrigação alimentar). Apenas se pretende inibir o emprego da medida para a preservação de interesses estritamente privados, como é o caso das obrigações. (TALAMINI, 1998, p. 296)

Nesse caso, válido é o questionamento da possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel, como mostra Mendes (2011, p. 221-222):

Com a ratificação pelo Brasil dessa convenção, assim como do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, sem qualquer reserva, ambas no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.

É neste ponto que o tema se insere no nosso trabalho. As normas dos dois tratados internacionais ratificados pelo Brasil em 1992, ou seja, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, se inserem no ordenamento jurídico com qual *status*? Divergências doutrinárias sempre existiram, mas tornou-se necessária uma atualização legal ou jurisprudencial sobre o assunto.

A evolução da jurisprudência do STF veio no julgamento do Recurso Especial 466.343 no ano de 2008. Dessa forma, passamos a analisar o recurso.

#### 4.1 AS TESES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343/2008

Em 1969, o Decreto-lei nº 911, que trazia disposições sobre a alienação fiduciária em garantia, apresentava em seu art. 4º que:

Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974)

Primeiramente, explica-se que o “depositário é aquele que recebe coisa móvel para guardá-la e mantê-la assumindo a obrigação de devolvê-la quando isto lhe for determinado. Se não a devolve, é ‘infiel’.” (TALAMINI, 1998, p. 2) A finalidade principal do depósito é a guarda, se for de garantia não é depósito.

O dispositivo supracitado do decreto-lei estabeleceu a alienação fiduciária em garantia em situação equiparada ao “depósito”. Talamini (1998, p. 2) explica:

Pela alienação fiduciária, o bem dado em garantia tem sua prioridade formalmente transferida para o credor de quantia pecuniária – permanecendo, contudo, sob a posse direta do devedor. Este passa a ser reputado, conforme a lei, ‘depositário’ do bem. Caso se torne inadimplente, a lei considera-o ‘depositário infiel’ – e ele sofrerá a prisão civil, se não pagar nem entregar o bem.

A questão que gira em torno dessa equiparação é se existiria a possibilidade de o legislador infraconstitucional colocar o devedor fiduciante, matéria disciplinada

em esfera infraconstitucional, no mesmo patamar do depositário infiel, que está à mercê de uma prisão civil em caso de inadimplemento.

No caso apresentado, o juiz de primeira instância não decretou a prisão em sede de sentença. Tal decisão foi discutida por embargos de declaração, os quais levaram o magistrado a se manifestar que não seria caso de decretar prisão civil do devedor fiduciante pelo art. 5º, LXVII ser inconstitucional. O Tribunal de Justiça ao julgar a apelação, desprovida, manteve a sentença. Depois, coube a decisão do STF.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 03 de dezembro de 2008, decidiu, à unanimidade de votos, por negar provimento ao recurso pela ilicitude da prisão do depositário infiel no Brasil. Extraí-se a seguinte ementa:

**EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". (RE 466343, Relator(a): Min. CEZARPELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009)**

A decisão foi uma virada jurisprudencial se observarmos que o Tribunal já havia julgado ao contrário anteriormente, com os precedentes citados no começo do capítulo. E é nesse ponto que o Min. Relator Cezar Peluso inicia seu voto.

Com relação ao entendimento anterior da Corte, a mesma fazia interpretação quanto ao art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69 (credor fiduciário pode fazer depósito se não encontrar o bem ou não estiver na sua posse) c/c art. 153, § 17, da EC 1/69 (vedação de prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o depositário infiel ou inadimplente alimentício). Isso gerava a equiparação do depositário infiel ao devedor fiduciante.

Todavia, o Ministro entendeu que não existia conexão teórica entre contrato de depósito e alienação fiduciária em garantia, vez que aquele gera obrigação de guardar para restituir, sem uso. A alienação fiduciária em garantia seria, em sentido amplo, um “negócio jurídico em que um dos figurantes adquire, em confiança, determinado bem, com a obrigação de devolver ao implemento de certa condição acordada” (p. 5, de seu voto). Ou seja, ela garante a execução de dívida de dinheiro,

não a transmissão da propriedade para resolução, e sim a garantia do financiamento, já que a posse é transferida ao fiduciante, mas cabe ao fiduciário a obrigação de restituir. Assim, não há como prever que a estrutura da alienação fiduciária em garantia tenha contrato de depósito. Na alienação, não há obrigação de restituir a não ser que haja descumprimento contratual e não na execução do contrato, como é no caso do depósito. Dessa forma, se não é possível a equiparação, a modalidade de alienação fiduciária em garantia não admite emprego de meio coercitivo. (ARENHART, 2013, p. 287)

Afirmou que a prisão civil do depositário infiel é absolutamente legítima (ARENHART, 2013, p. 287), mas fez a ressalva que poderia existir a equiparação com outras situações, desde que houvesse identidade ou afinidade de fatos e de razão jurídica. Porém, não poderia chegar ao ponto de expandir para obrigações somente pecuniárias, pois aí seria violência da exceção constitucional. Então, declarou que o art. 4º do Decreto-Lei 911/69 é inconstitucional manifestamente e negou provimento ao recurso.

O segundo a votar foi o Min. Gilmar Mendes, que logo iniciou seu voto analisando a prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Primeiramente, explanou que as legislações de direitos humanos proíbem qualquer tipo de prisão civil por descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o alimentante inadimplente.

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 1992, sem reserva, começou o debate para possibilidade de revogação da expressão 'depositário fiel' da parte final do inciso LXVII do art. 5º da CF.

Mas para tal fim, deveria haver a discussão da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição. Desde sua promulgação em 1988, discutiu-se o tema pelo § 2º do art. 5º e chegou-se a 4 entendimentos. Estes já foram citados no capítulo anterior, mas merecem uma nova análise, agora, segundo o entendimento do Ministro. O primeiro seria da hierarquia supraconstitucional dos direitos humanos, o que faria que nem mesmo emenda constitucional pudesse suprimir a normativa internacional, o que levaria a uma produção normativa perigosa, já que expandiria a expressão "direitos humanos". Mas os tratados precisariam de um reconhecimento formal, além do intrínseco conteúdo material,

sendo necessário um prévio do Executivo em renegociar ou aceitar reservas e controle preventivo por ações constitucionais.

O segundo posicionamento seria do *status* constitucional das normas de direitos humanos, com base no § 2º do art. 5º, a cláusula aberta de recepção para os direitos humanos (não os demais tratados internacionais). Isso levaria à aplicabilidade imediata de tais direitos a partir da ratificação e em casos conflitantes, utilizar-se-ia a norma mais favorável. Para Mendes, a discussão foi esvaziada com a EC 45/2004, vez que as normas incorporadas antes da emenda não poderiam ser comparadas às normas constitucionais.

Em terceiro lugar, a paridade com lei originária, tese defendida no RE 80.004/SE, em que norma poderia ser modificada por lei nacional posterior (*lex posterior derogat legi priori*). Mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, mais especificamente em 1995, foi julgado o HC 72.131/RJ, em que foi entendida a paridade com legislação ordinária e que, assim, norma geral do art. 7º, nº 7 do Pacto de San José da Costa Rica não revogaria legislação ordinária especial sobre o tema, como o Decreto-lei 911/69. Mas a necessidade de abertura maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais defasou esse entendimento. Citou o Estado Constitucional Cooperativo de Häberle, no qual o Estado não está mais voltado para si mesmo, e é referência para os demais, ou seja, deve prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. O Brasil fez sua abertura constitucional – com base nos princípios das relações internacionais (art. 4º) e com o originário § 2º do artigo 5º e os posteriores §§ 3º e 4º, do mesmo artigo, adicionados com a EC 45/2004 – e foi uma mudança lenta e gradual com a tendência de prestigiar normas de direitos humanos. A partir de então, observou-se a necessidade de revistar a jurisprudência.

Por fim, a supralegalidade das normas de direitos humanos, que foi a tese defendida por Gilmar Mendes. Como demonstra em seu voto:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria



subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Entendeu o Ministro ser a postura jurisdicional adequada à proteção dos direitos humanos emergentes por via supranacional. Marinoni (2013, p. 1186) explica a posição de Mendes ao descrever que:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teria, lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Ou seja, “os tratados internacionais, quando qualificados como direito supralegal, obviamente colocados em grau de hierarquia normativa superior a da legislação infraconstitucional, embora inferior à da Constituição.” (MARINONI, 2013, p. 1186).

Desse modo, a legislação infraconstitucional, para produzir seus efeitos jurídicos, precisa estar consonante com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. (MARINONI, 2013, p. 1187)

E ainda, explicou que, ao se internalizarem no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos humanos “têm o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante” (p. 26, de seu voto) e prosseguiu:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. (p. 26-27, de seu voto)

Sobre o tema, Alves (2013, p. 322-323) elucida:

A decisão do STF foi no controle incidental de constitucionalidade, na qual não houve rejeição da norma, apesar de ser precedido o exame de sua constitucionalidade. Submetida ao exame de constitucionalidade as normas que previam a prisão civil do depositário infiel, apesar de a Constituição autorizá-la (art. 5º, inc. LXVII, da Constituição), foi reconhecido que referidas

normas autorizativas deixaram de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante dos tratados.

Segundo o STF, considerando o caráter especial dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a incorporação de uma norma que tutele tais direitos no ordenamento jurídico paralisa a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais que com eles conflite. Dessa forma, não há a revogação de um dispositivo somente pela recepção do tratado internacional, e sim, não tem mais aplicabilidade devido a essa paralisação na eficácia da norma. Ademais, esse efeito paralisante também pode ser aplicado à legislação infraconstitucional conflitante que seja posterior também como o art. 652 do Código Civil de 2002, *in casu*. E Mendes (p. 26, de seu voto) continuou:

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Para terminar este ponto, concluiu que o legislador constitucional não fica impedido de submeter os dois documentos internacionais ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.

O segundo ponto do voto avaliou a prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade. Se desde 1992 não há base legal para o art. 5º, LXVII da CF, nem mesmo antes existia essa possibilidade de prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, vez que já contrariava a ordem constitucional. Ela violava o princípio da proporcionalidade por dois motivos.

O primeiro seria que o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais para garantia do crédito, violando o exame de proporcionalidade como proibição de excesso na sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque no Decreto-Lei 911/69 eram apontados quatro meios exemplificativos de garantia de crédito (alienar o bem e entregar o saldo, ajuizar ação de busca e apreensão, converter processo de busca e apreensão em ação de depósito ou ajuizar ação de execução). Assim, já que existiam essas medidas executórias, a prisão civil seria uma via extremada, ou seja, seria uma proibição de excesso, o que seria desproporcional.

Sobre este ponto, trazemos a contribuição doutrinária de Queiroz (2004, p. 144-145), que pensa que a prisão civil é:

*medida de injustificada violência e de excesso notório* no que tange ao depósito: *primeiro*, porque o inadimplente depositário não é um delinquente, não cometeu crime algum, caso em que se justificaria privativa de liberdade, mas como sanção penal, dada à incontestável periculosidade do delinquente para a sociedade; *segundo*, porque existem outros contratos, nos quais, embora o devedor também o seja de uma obrigação de restituir, em caso de inadimplência, não se admite a aplicação de tal prisão civil.

Prosseguindo, o Ministro lembrou que o decreto-lei 911/69 foi redigido em meio ao AI-5 de 1968, em pleno regime de exceção, que menosprezava as liberdades individuais. Nesse ponto, vale fazermos algumas observações. A prisão civil do depositário infiel envolve um conflito de direitos fundamentais, no caso o direito à liberdade *versus* o direito à propriedade. Consequentemente, há um confronto entre esses princípios fundamentais com uma norma constitucional (art. 5º, LXVII).

Nesse sentido, a doutrina já havia levantado esse argumento antes mesmo do voto do Ministro. Esse argumento, por si só, já torna inconstitucional o inciso LXVII do art. 5º, sem a discussão da hierarquia das normas internacionais sobre o tema. Sobre o tema, citamos Queiroz (2004, p. 130), que entende que se um texto da Carta Magna for contra princípios fundamentais, ele é inconstitucional, por violar princípios transcendentais. Então,

Criou-se, já com a promulgação da Carta de 1988, uma contradição entre um texto de direito positivado e princípios fundamentais. Não se trata de antinomia entre dois textos constitucionais, simplesmente, muito embora pudesse ser esse o caso, confrontando-se o § 2º do art. 5º: tratados internacionais de direitos humanos *versus* inciso LXVII do mesmo artigo, pois tais princípios são direito positivo a teor do § 2º do artigo em comento; mas vai além, é caso de flagrante desrespeito aos princípios mencionados, que não só integram como são fundamentos da República Federativa do Brasil e que têm sua origem no direito natural.

A autora demonstra que se os tratados internacionais que o Brasil aderiu em 1992 admitem exclusivamente a prisão por dívida de alimentos, haveria a ampliação da antinomia do inciso LXVII do art. 5º e a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional, “o que torna o mencionado inciso eivado de parcial inconstitucionalidade.” (QUEIROZ, 2004, p. 135).

Azevedo (2000) partilhada mesma posição, ao afirmar que a disposição do art. 5º, LXVII da CF é injusta, pois se resume em prisão por dívida, o que é repellido por princípios de ordem supraconstitucional, o que seria injustificável.

Voltando ao voto, o segundo motivo de violação do princípio da proporcionalidade foi que o decreto-lei 911/69 equiparou o devedor-fiduciante ao depositário. Ao fazer isso, criou uma figura atípica de depósito, que transbordou os limites do inciso LXVII do art. 5º da CF, desfigurando a noção de depósito.

Assim, contrariou o princípio da reserva legal proporcional porque a Constituição de 1967 e a EC 1/69 tinham no fim do dispositivo sobre o assunto a expressão: “na forma da lei”. Nessa época, o legislador infraconstitucional poderia complementar a disposição constitucional. Contudo, a Constituição Federal de 1988 retirou essa reserva legal, não prevendo a mesma quanto à possibilidade de intervenção legislativa, não sendo possível o legislador avançar neste ponto. Mendes explicou na pg. 43, de seu voto que:

No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções.

A inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. (...)

Nesse sentido, deve-se ter em conta que a expressão ‘depositário infiel’ possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador.

Portanto, o legislador não podia ampliar indiscriminadamente as hipóteses do depositário infiel. Foi uma ficção jurídica a equiparação artificial do devedor-fiduciante ao depositário. Tornou-se, desse modo, necessária a adaptação jurisprudencial, em busca de evoluir e compatibilizar esse instituto com o Estado Constitucional. Por todos os argumentos apresentados acima, o Min. Gilmar Mendes votou pelo desprovimento do recurso.

Em seguida, votaram os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, todos acompanhando o relator para negar provimento ao recurso.

Continuando, o Ministro Celso de Mello apresentou, em seu voto-vista, inicialmente, o panorama jurídico da situação já bem explicado acima. Relatou que o

Constituinte não obrigou o legislador ordinário a disciplinar as exceções do inciso LXVII do art. 5º da CF, sendo apenas uma discricionariedade; e se decidisse fazê-lo, o legislador ordinário teria legitimidade apenas de restringir ou suprimir a decretação da prisão civil no direito brasileiro (e não aumentá-la). Essa relativa liberdade decisória poderia ter feito o mesmo disciplinar sobre ambas as hipóteses, abster-se de instituir prisão civil ou instituí-la em apenas uma delas. Contudo, na falta desse legislador, os tratados internacionais podem reger sobre o assunto. A saber:

Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de 'supralegalidade', ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional. (p. 18 de seu voto)

Celso de Mello defendeu, portanto, o *status* constitucional das normas de direitos humanos vindas dos tratados internacionais. Destacou que é evidente a primazia hierárquica das convenções de direitos humanos em face da legislação comum. O próprio Ministro votou no ADI 1.480-MC/DF pela equivalência a leis ordinárias, mas alterou seu entendimento para necessidade de distinguir-se das demais normas, sendo pela supralegalidade defendida por Mendes ou pela constitucionalidade que se inclina. Relatou que:

(...) os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de *bloco de constitucionalidade*. (p. 24, de seu voto)

O Ministro acolheu essa orientação e, em síntese, entendeu que antes mesmo da CF/88, os tratados tinham índole constitucional, e que depois da EC nº 45, eles têm natureza constitucional se obedecer procedimento do § 3º do art. 5º, e entre a promulgação da CF/88 e EC 45/2004, o caráter é materialmente constitucional, devido ao bloco de constitucionalidade do § 2º do art. 5º da CF. Sobre o tema, Bandeira e Fayet (2007, p. 87-88):

Sendo assim, as propostas consolidadas no Pacto de San José da Costa Rica já haviam resguardado as suas plenas aplicabilidades junto ao ordenamento jurídico brasileiro, sustentadas pelo pilar normativo constitucional do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que consolidado o entendimento segundo o qual não se sustenta a prisão civil por dívida, como se vislumbra, de igual sorte, na prisão do depositário infiel.

Assim, a hierarquia constitucional defendida pelo Ministro, se fosse adotada, superaria a polêmica doutrinária e jurisprudencial que gira em torno do § 2º do art. 5º da CF.

A efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana é fornecida pela evolução da jurisprudência do STF, que torna indiscutível o primado das normas internacionais de direitos humanos sobre o direito interno brasileiro, visando valorizar o sistema de proteção aos direitos humanos, ou seja, a supremacia ou hierarquia superior de tais normas sobre a legislação comum.

Continuou seu voto dizendo que as exceções constitucionais da prisão civil por dívida podem sofrer mutações, por parte do próprio legislador, pelos tratados internacionais, ou ainda por juízes e tribunais na interpretação da Constituição, de extrema importância, especial do guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Como registrado acima, o Tribunal teve posições oscilantes ao longo da sua história; nos anos 40 e 50, entendia pela superioridade das convenções sobre as leis internas e a partir dos anos 70 a paridade com essas.

Reconheceu o voto do Ministro Celso de Mello a superioridade das normas de direitos humanos com relação às leis ordinárias, e posicionou-se a favor das mesmas terem qualificação constitucional. Fez um adendo ao afirmar que é irrecusável a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, desde que, neste último caso, haja supressão, modificação gravosa ou restrição dos direitos e garantias constitucionais asseguradas pela Constituição, sendo que são protegidos como cláusula-pétrea (art. 60, § 4º, IV da CF).

O Ministro ressaltou em seu voto que há uma tendência contemporânea internacional de buscar verdadeira equiparação normativa dos tratados internacionais de direitos humanos em face das próprias constituições, dando-lhes força constitucional. Essas influências levaram o Congresso Nacional a promulgar a Emenda Constitucional nº 45 em 2004, que introduziu a cláusula de equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos com as emendas constitucionais. Tal

disposição se aplica somente aos tratados internacionais de matéria de direitos humanos, sendo que, os que não tratarem do tema, terão paridade normativa de lei ordinária. Essa reforma constitucional atribuiu hierarquia jurídico-constitucional formal e material aos tratados internacionais de direitos humanos que seguirem o disposto no § 3º do art. 5º da CF; e os que foram inseridos antes de 2004, serão apenas materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º da CF.

Assim, no caso concreto, o Ministro manifestou que:

Essas razões que venho de referir levam-me a reconhecer que o Decreto-lei nº 911/69 – no ponto em que, mediante remissão ao que consta do Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC (art. 904 e respectivo parágrafo único), permite a prisão civil do devedor fiduciante – não foi recebido pelo vigente ordenamento constitucional, considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República. (p. 54, de seu voto)

Para concluir, lembrou a afirmação do relator do processo, o Min. Cezar Peluso, “que o credor fiduciário pode valer-se da ação de depósito, mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido (...)” Conheceu o recurso e negou-lhe provimento.

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes fez uma explicação, na qual mostrou seu temor que ao ser reconhecida a hierarquia constitucional às normas de direitos humanos, possa ocorrer uma atomização das normas constitucionais, passando a ter as normas internacionais como parâmetro de controle, gerando insegurança jurídica. A única forma de se ter a segurança jurídica, seria se tais normas seguissem o rito do § 3º do art. 5º da CF, com decisão do Congresso Nacional. Desse modo, voltou o Ministro Gilmar Mendes a defender força supralegal, mas infraconstitucional.

Depois de travado este debate, o relator Min. Cezar Peluso aditou seu voto. Afirmou que a exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário infiel advém da incorporação das normas das convenções internacionais e, conseqüentemente, da falta de previsão constitucional superveniente contrária, tendo sido revogadas (por força dessa incorporação) todas as normas jurídicas que admitiam a prisão civil do depositário infiel. Ou seja, o legislador infraconstitucional fez uma opção normativa excludente.

Posteriormente, o Min. Gilmar Mendes alegou que a Constituição da República Federativa do Brasil se diferencia das demais, estas que reconhecem a

hierarquia constitucional. O Ministro relatou que não saberia determinar quais os tratados que compõem o bloco de constitucionalidade, além do Pacto de San José da Costa Rica. Retomou a ideia que o *status* constitucional das normas de direitos humanos levaria à pluralização ou atomização de normas com hierarquia constitucional, que poderiam levar a conflitos.

O Min. Cezar Peluso retomou a palavra e dispõe que, neste voto, não precisaria se comprometer com uma das teorias de hierarquia das normas internacionais, bastaria negar o *status* legal, não podendo ser aplicado o Código Civil superveniente. E finalizou:

De modo que, para concluir, é com grande satisfação de ver a evolução da Corte que adiro inteiramente à conclusão de que, nos casos em exame, não subsiste, perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica, a admissibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito. (...) Depósito convencional, judicial, necessário, qualquer que seja, é importante ressaltar. Só admito prisão civil do inadimplente de obrigação alimentar, e isso até que a Constituição pondere melhor essa mesma exceção! (p. 16, de seu voto)

Depois do voto-vista do Min. Menezes Direito, na confirmação de voto, o Min. Cezar Peluso situou-se no entendimento de que os tratados sem *status* de emenda constitucional são materialmente constitucionais e os que observaram o § 3º do art. 5º da CF são material e formalmente constitucionais. Ressaltou a distinção pelos regimes jurídicos e atos de denúncia que levem a desligamentos dos compromissos internacionais do Estado.

Explanou que os direitos humanos são históricos e se estendem, sendo objeto de interpretação e dispensados da necessária tutela jurídico-constitucional. *In casu*, a modalidade de depósito é irrelevante para que a técnica coercitiva de pagamento que recaia no corpo humano seja considerada uma grave ofensa à dignidade humana.

O Ministro Gilmar Mendes completou ao afirmar que o bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. Primeiro, pela difícil definição do que seria um tratado de matéria de direitos humanos. Ainda, traria as consequências das normas constitucionais, de serem passíveis de controle de constitucionalidade abstrato e necessidade de aplicação dessas normas sempre que necessário, o que levaria a uma insegurança jurídica. Continuando, destacou que:



O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.

Além disso, o Ministro explicou que o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre infraconstitucionais. O art. 4º, parágrafo único e art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º mostram maior abertura constitucional do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional ou supranacional. Assim, o tratado internacional não precisa ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter status paritário com qualquer deles, pois, com essa decisão, tem assento próprio na Constituição Federal, com seus requisitos materiais e formais.

Dessa forma, ao Recurso Extraordinário nº 466.343/2008, por votação unânime, foi negado seu provimento. Sobre a decisão do STF, Piovesan (2013, p. 139-140) relata:

Em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, § 7º). Tal dispositivo proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia. Diversamente, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, embora estabeleça a proibição da prisão civil por dívida, excepciona as hipóteses do depositário infiel e do devedor de alimentos. O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Convergiu, ainda, o Supremo Tribunal Federal em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Todavia, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional.

Continuando a explicação do recurso em seu livro, Piovesan (2013, p. 140) comenta sobre a virada jurisprudencial que foi gerada:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 rompe com a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força normativa dos tratados

internacionais. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e leis federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira majoritária.

Ademais, o julgamento do recurso levou à revogação de uma das súmulas do Tribunal e proporcionou a elaboração de uma súmula vinculante sobre o tema. Nesse sentido, Mendes (2011, p. 253):

Nesse caso, o Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao RE 466.343-SP. Na mesma esteira, concedeu ordem em *habeas corpus* sobre o assunto idêntico, e revogou a Súmula 619, segundo a qual ‘a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito’. Finalmente, editou a Súmula Vinculante nº 25, que prevê a ilicitude da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Em 2009, o STF revogou a Súmula 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.”, já que entendeu não ser aplicada a prisão civil em nenhum tipo de depósito, inclusive o judicial. Ainda, editou a Súmula Vinculante 25, que determina que: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Por fim, o STJ corroborou com o tema com a sua Súmula 419: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.”

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem se orientado pelo *status* da supralegalidade das normas dos tratados internacionais de direitos humanos, aplicando-a nas suas decisões, visando consolidar o caráter especial desses direitos no nosso ordenamento jurídico. (PIOVESAN, 2013, p. 141)

O entendimento a ser seguido, portanto, é de que os tratados sobre direitos humanos, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/04, gozavam de hierarquia de normas supralegais. Contudo, Arenhart entende que esse *status* criou uma condição estranha às normas, uma vez que criou um terceiro nível, além do constitucional e infraconstitucional. Ele impôs uma dupla fundamentação ao direito

infraconstitucional, que deve conformar-se tanto com o direito constitucional, assim como o supralegal. O autor entende que tal posicionamento gera complicações desnecessárias e situações inusitadas ao ordenamento jurídico pátrio. Assim, a supralegalidade dos direitos humanos é adquirida pela diferenciação da matéria perante as demais, e, dessa forma, se sobrepõe à legislação nacional e inviabiliza a elaboração de qualquer dispositivo legal em sentido contrário.

Ainda, os tratados internacionais de direitos humanos teriam tratamentos diferenciados dependendo do momento em que foram incorporados, como mostra Arenhart (2013, p. 292):

De fato, ao incorporar esse entendimento, manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, ao regime atual, concebido com a Emenda Constitucional n. 45/04, ter-se-á as seguintes possibilidades: a) tratados internacionais sobre direitos humanos, recepcionados nos termos do art. 5º, § 3º da CR, ou seja, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, que têm a força de emenda constitucional; b) tratados internacionais sobre direitos humanos *anteriores* à Emenda Constitucional n. 45/04 que, desde que recepcionados, têm força de direito supralegal; c) tratados internacionais outros que se sujeitam à mesma posição hierárquica do direito ordinário.

E, além disso, para o autor, os tratados internacionais que não conseguissem o *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º da CF, também teriam hierarquia supralegal. (ARENHART, 2013, p. 292)

Diante dessas complicações apresentadas, Arenhart (2013, p. 293) se posiciona a favor da constitucionalidade das normas de direitos humanos ao serem inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, como explica:

Talvez por isso fosse aconselhável a adoção de outro entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Melhor seria concluir que as normas de direitos humanos têm, independentemente de sua origem ou do regime de sua aprovação, força constitucional, à luz do que prevê o art. 5º, § 2º, da CR, que já autorizava essa orientação. Nos termos do que prevê esse preceito – original do texto constitucional de 1988 – os direitos não são excluídos do texto constitucional, é porque a Constitucional atual entendeu por incluí-los como garantias fundamentais, de modo que os tratados (e as normas de direito interno) que tratem de direitos humanos (ou, de forma geral, sobre direitos fundamentais) não de ser entendidos como normas constitucionais. Desse modo, não parece adequada a posição de ‘supralegalidade’ adotada pelo Supremo Tribunal Federal. De um lado, ao criar elemento intermediário na hierarquia das normas, traz problemas desnecessários e complicadores à própria aplicação desses instrumentos de proteção de direitos humanos. De outra banda, parece que essa solução não dá o devido *status* a esses tratados de direitos humanos, menosprezando seu valor e sua importância para o direito interno e internacional atual. Ademais, parece que a solução empregada pela Suprema Corte desconsidera o preceito contido no art. 5º,

§ 2º, da CR, ao não oferecer papel útil a essa norma no direito positivo brasileiro.

Apoiam tal entendimento Bandeira e Fayet (2007, p. 94-95):

Na matéria aqui enfrentada, ressalte-se que não é mais possível no universo jurídico-penal brasileiro a decretação da prisão civil do depositário infiel, uma vez que – pela redação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal – já havia sido atribuída índole constitucional para todos os tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil (*antes* da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004), e, sob todos os títulos, quando da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, essas medidas construtivas de liberdades já não eram mais homenageadas em nosso ordenamento legal.

Destarte, por mais que a tese da supralegalidade tenha prevalecido na decisão do RE 466.343/2008, o voto do Min. Celso de Mello endossou a corrente doutrinária da constitucionalidade das normas dos tratados internacionais de direitos humanos. Este pensamento, também defendido por Piovesan (2013) entende que o § 3º do art. 5º da CF veio somente reforçar a já referida constitucionalidade dos direitos humanos do § 2º do mesmo artigo, apenas os atribuindo caráter formal, já que a matéria é indubitavelmente constitucional, até protegida como cláusula-pétrea.

Porém, esse ponto de vista não é majoritário, sendo que o voto divergente do Celso de Mello (mesmo acompanhado dos Ministros Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau) foi vencido. Contudo, vale o esforço de mantê-lo vivo, já que o direito é fruto de diversas modificações e interpretações. Ora, se o Brasil é um país soberano quanto às suas normas e ainda há na sua própria Constituição o princípio da prevalência dos direitos humanos, não há empecilhos para tanto. Afinal, se já houve uma virada jurisprudencial no tema, por que não haveria de acontecer outra a favor da constitucionalidade das normas de direitos humanos ao serem incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro? Ficamos na esperança de que ela ocorra o quanto antes.

Essa nova interpretação pela constitucionalidade dos tratados internacionais traria uma consequência prática direta: a Constituição não seria mais o único paradigma de controle das normas de direito interno. Os tratados internacionais de direitos humanos, por possuir hierarquia igual do texto constitucional, também serviriam para controle da produção normativa doméstica, isto é, o chamado ‘controle de convencionalidade’ deveria ser aplicado no direito brasileiro. Este é um

tema muito interessante e relevante para a problemática do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, mas pelo recorte e limitações dessa monografia, o tema não será aqui tratado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos sempre estiveram presentes ao longo da história, mas foi a internacionalização desses direitos se deu na contemporaneidade. A partir de então, os indivíduos passaram a ter seus direitos garantidos independentemente de sua nacionalidade, buscando protegê-los acima de qualquer instância.

O Brasil sempre se orientou a favor do respeito dos direitos humanos, mas foi somente a partir da democrática Constituição Federal de 1988 que forneceu a imprescindível importância que deveria ao tema. Para tanto, concretizou nos direitos fundamentais a maneira constitucional de proteger a dignidade da pessoa humana. Independentemente de serem chamados de “direitos humanos” ou “direitos fundamentais” buscam convergir para amparar todos os indivíduos. A determinação da fundamentalidade do direito deve vir preferencialmente do seu conteúdo material, não devendo preponderar sobre o aspecto formal de superioridade hierárquica.

A preocupação jurídico-normativa de atribuir um caráter especial aos direitos humanos, devido ao seu essencial prestígio na proteção dos indivíduos, está diretamente refletida no § 2º do artigo 5º, a ‘cláusula constitucional aberta’ que forma o ‘bloco de constitucionalidade’ ao reconhecer a materialidade dos direitos, que é compatível com as normas constitucionais, devendo ter o mesmo *status* que estas. Com a inserção do § 3º ao artigo 5º, dispositivo que garantiu a recepção formal das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, não restam mais dúvidas sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos que seguissem o rito das emendas constitucionais, pois suas normas seriam material e formalmente constitucionais.

Como guardião da Constituição (art. 102), o Supremo Tribunal Federal é o responsável por fornecer a máxima efetividade aos direitos fundamentais previstos. Assim, quando provocado sobre o tema da prisão civil do depositário infiel, assegurada constitucionalmente (art. 5º, LXVII), mas proibida por tratados internacionais (art. 7º, § 7º do Pacto de San José da Costa Rica c/c art. 11 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos), teve de decidir pela hierarquia a ser adotada pelas normas dos referidos documentos. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento da suprallegalidade defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, sendo considerada, portanto, ilícita a prisão civil de qualquer tipo de depósito.

Nesse julgamento, ainda, o Ministro Celso de Mello teve posição divergente e sustentou a constitucionalidade das normas de tratados internacionais de direitos humanos. Com base nos argumentos apresentados no respectivo voto e nos ensinamentos de Flávia Piovesan, o presente trabalho se propôs a demonstrar que a constitucionalidade é a solução mais adequada quanto à indefinição da hierarquia das normas de tratados internacionais de direitos humanos.

Os direitos humanos são idôneos como tais por seu conteúdo ser indispensável para a manutenção da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer circunstância. A prevalência dos direitos humanos deve pairar sobre todo o ordenamento jurídico, sendo um princípio a guiar a proteção efetiva de tais direitos. O atual entendimento – da supralegalidade – reflete a grande importância que os direitos humanos trazem ao direito brasileiro, mas não a abrange em sua completude. Para serem elencados como cláusula-pétrea e com extenso rol previsto no coração do ordenamento jurídico brasileiro, é que devem ter prioridade máxima no nosso direito. Portanto, o *status* hierárquico da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos deve ser o constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sérgio Augusto de; SOBRINHO, Lima Florêncio. Desdobramentos Recentes no Sistema ONU de Direitos Humanos: o Novo Conselho de Direitos Humanos e a Atuação do Brasil. In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.), **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. Prefácio de Celso Lafer. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica: ABDPC, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica: ABDPC, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BANDEIRA, Fábio; FAYET, Paulo. A prisão civil por dívida (do depositário infiel): aspectos relacionados na Emenda Constitucional nº 45/2004. In: REIS, Jorge Renato dos et al. **A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: a construção universal de uma utopia**. Aparecida, SP: Ed. Santuário, 1997.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KANT, Immanuel. **Per la Pace Perpetua e altriscritti**, a cura di Nicolao Merker. Roma: Riuniti, 1985.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.) **História da Paz: os tratados que desenharam o planeta**. São Paulo: Contexto, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

MANOEL, Marina Pereira. Breves comentários sobre os tratados internacionais e sua recepção pelo direito interno brasileiro. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; BAILO, Lucas Seixas. **Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui, SP: Boreal, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica: ABDPC, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução (Constituição de 1988 revista em 1994)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MENDES, Gilmar. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão do Depositário Infiel no Brasil. In: BODANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Moraes (Org.) **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão civil do depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PETERS, Adriana Salgado. A eficácia do § 3º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, [2004].

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: \_\_\_\_\_, **Verfassungsgeschichtliche Aufsätze**. 2ª ed. Berlim: 1973.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMEI, Juliane Quintela. A estatura dos Tratados de Direitos Humanos à Luz da Ordem Constitucional Brasileira. In: GENUÍNO, Adejunior; CATOLINO, Bruno Augusto Pasian; GONÇALVES, Thiago André Silva (Org.). **Temas atuais em direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Prisão Civil e penal e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: **Revista de Processo**, nº 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/98.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado Internacional de Direitos Humanos**: volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros: Direito GV, 2006.