

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O STATUS ATRIBUÍDO AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS REALMENTE IMPORTA? ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O TEMA

*ALLOCATED TO THE STATUS OF HUMAN RIGHTS TREATIES REALLY
MATTER? ANALYSIS OF POSITIONING ON THE THEME OF STF*

Luiz Magno Pinto Bastos Junior¹

Jair Domingos Gonçalves²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Debate sobre a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; 1.1 "CONSAGRAÇÃO" da Tese da Equiparação dos Tratados De Direitos Humanos ao Nível Hierárquico de Direito Federal; 1.1.1. O papel dos tratados internacionais nos votos vencidos; 1.1.2. Mantenham-se as coisas como estão: os tratados internacionais como direito federal incorporado; 1.2 Do caráter materialmente constitucional dos direitos reconhecidos em tratados internacionais; 2. As Discussões Sobre o Alcance das Alterações Determinadas Pela Ec N. 45/04 Em Relação aos Tratados de Direitos Humanos; 3. Revisão de Posicionamento do STF: Correção de Caminho; 3.1 Pressão Judicial Por Mudanças; 3.2 Mapeamento do Posicionamento dos Magistrados Sobre a Tese Adotada; 3.3 Identificação e Análise dos Argumentos Teóricos e Pragmáticos em favor das teses concorrentes; 3.3.1. Argumentos de Gilmar Mendes (tese da supralegalidade); 3.3.2. Argumentos de Celso de Mello (tese da constitucionalidade); Considerações Finais; Referências Das Fontes Citadas

¹ **Luiz Magno Pinto Bastos Junior.** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional da Universidade do Vale do Itajaí, na graduação (Direito e Relações Internacionais) e pós-graduação (Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica). Advogado e sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados. E-mail: Imagno@univali.br; Imagno@madvocacia.com.br.

² **Jair Domingos Gonçalves.** Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí. Chefe de Gabinete da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. E-mail: jair.goncalves@presidencia.gov.br e jaica10@hotmail.com.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

RESUMO

O crescimento do número de tratados internacionais e a ampliação do seu espaço de regulação reacendem o debate sobre o processo sua incorporação no plano doméstico dos Estados. O objetivo deste artigo é questionar a ênfase exacerbada que se atribui ao debate em torno do status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos e analisar em que medida o STF efetivamente adotou uma posição sobre a questão ao julgar os casos sobre a prisão civil do depositário infiel. Para tanto, serão apresentadas as teses concorrentes sobre o tema; serão discutidas as repercussões decorrentes da EC n. 45/04 na sistemática destas normas; e, analisada de forma mais intensa a posição dos ministros no julgamento de 2008. Ao final, pretende-se discutir a fragilidade da maioria formada naquele momento e defender que o debate em torno da hierarquia das leis deve dar lugar aos desafios de compatibilização entre normas.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados de Direitos Humanos; Supralegalidade; Bloco de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The increasing number of international treaties and the enlargement of their issues reshape the debate on the incorporation of these standards at domestic level of the National States. The purpose of this paper is to question the emphasis on the hierarchical concerns that the discussion has been settled in Brazil, and to analyze if is possible to surely assert that the Brazilian Constitutional Court even had defined this question when decided the *civil imprisonment of the unfaithful trustee* cases (Dec 3th, 2008). At the end, on discuss the fragility of the majority achieved at that moment, and argues that the debate on the hierarchical status must be replaced by the discussion on the norms compatibility issue.

KEYWORDS: Human rights treaties, supralegality, *bloc de constitutionnalité*, Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal).

INTRODUÇÃO

O crescimento do número de tratados internacionais e ampliação do seu espaço de regulação para além das temáticas tradicionalmente associadas reacendem o debate sobre o processo de incorporação destas normas ao plano doméstico dos Estados e o correlato problema relacionado aos eventuais conflitos daí advindos. A questão ainda é mais evidente quando se encontra diante de tratados em matéria de direitos humanos, já que estes documentos veiculam obrigações

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

assumidas pelos Estados junto à comunidade jurídica internacional em relação à salvaguarda destes direitos no plano doméstico. A consolidação do direito internacional dos direitos humanos, a par de outros processos de interdependência entre os Estados, representa o esgotamento do paradigma westfaliano das relações internacionais, exigindo pelo menos uma reconfiguração de inúmeras categorias teóricas como, por exemplo, a de soberania.

As mudanças radicais que se processam no plano internacional também repercutem diretamente na forma como se compreende a noção de supremacia constitucional e de autonomia das ordens constitucionais. A abertura das constituições às normas convencionais e a interação entre os tribunais nacionais e os sistemas de proteção dos direitos humanos representam um grande aumento nas possibilidades de interpretação da própria constituição. E, por consequência, a forma como se responde à questão em torno do *status* a ser atribuído aos tratados de direitos humanos subsidia o fornecimento de critérios para a solução de conflitos concretos apresentados perante os tribunais nacionais.

É neste contexto que se insere o presente trabalho. O *objetivo* deste artigo é questionar a ênfase exacerbada que se atribui no Brasil o debate em torno do status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos e analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal efetivamente enfrentou a temática ao discutir sobre a vigência das normas que regulavam no país a prisão civil do depositário infiel.

Para tanto, inicialmente, serão apresentadas, em linhas gerais, as teses concorrentes sobre a relação entre tratados e ordem constitucional nacional e de que forma este debate foi sendo introduzido em nosso meio.

Em seguida, serão brevemente traçadas as repercussões na sistemática de incorporação dos tratados de direitos humanos decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/04 e as dúvidas suscitadas em relação aos tratados já incorporados com base na sistemática anterior.

Por fim, será feita uma análise mais detida sobre os debates ocorridos no STF que resultaram na promulgação do pronunciamento daquela corte, no julgamento ocorrido em 3.12.2008. E, ainda, pretende-se discutir a fragilidade

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

da maioria formada naquele momento e defender que o debate em torno da hierarquia das leis deve dar lugar aos desafios de compatibilização entre normas.

1. DEBATE SOBRE A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, O papel dos tratados de direitos humanos ganhou uma nova dimensão, em especial em face do § 2º do art. 5º ao enunciar que: "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte".

Desde a sua promulgação, este texto normativo tem suscitado posições antagônicas e conflitantes. Ao passo que inovou ao inserir referência expressa aos direitos decorrentes dos tratados internacionais, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, não qualificou exatamente em que grau estes direitos seriam incorporados. Em decorrência deste silêncio, desenvolveram-se quatro teses distintas sobre o status aplicável aos direitos incorporados através de tratados internacionais, as teses: da legalidade, da supralegalidade, da constitucionalidade e da supraconstitucionalidade dos tratados em matéria de direitos humanos.

A **tese da legalidade** equipara o tratado internacional à legislação federal, relegando a estas normas o regime geral da lei ordinária. Esta posição até recentemente era a consolidada no Supremo Tribunal Federal. Segundo esta corrente, quaisquer tratados, independente da sua natureza, ao serem incorporados ao Brasil, assumem status de lei ordinária, podendo revogar a legislação geral anterior e ser revogados pela lei posterior que seja incompatível com suas disposições.

Esta tese foi subscrita por Ferreira Filho que, referindo-se à Convenção Americana de Direitos Humanos, afirma:

O Pacto de São José da Costa Rica tem apenas a força de Lei Ordinária. (...) Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos 'fundamentais', estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja,

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal³.

Para a corrente que defende a **tese da supralegalidade**, em face de sua especialidade, os tratados de direitos humanos não poderiam ser equiparados à legislação infraconstitucional. Esta tese, que até bem recentemente representava o posicionamento minoritário no STF, pode ser considerada um avanço sobre a anterior. Segundo esta corrente, os tratados em matéria de direitos humanos possuem um regime diferenciado dos tratados em geral e ocupam uma posição intermediária, encontram-se acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo (e submetidos) da constituição de onde retiram seu fundamento de validade. Nesta condição, os mesmos revestem-se da prerrogativa de revogar a legislação ordinária anterior, sem contudo serem revogados pela legislação superveniente. A síntese da defesa em favor desta tese pode ser identificada na manifestação do Ministro Gilmar Mendes, para quem:

(...) 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.⁴

Por outro lado, temos a posição da doutrina formada em grande parte por internacionalistas, que defende o **status constitucional** das normas de direitos humanos, tese defendida por autores como Antônio Augusto Cançado Trindade⁵, Flávia Piovesan⁶, Celso Lafer⁷ e Valério Mazzuoli⁸. Seria possível conferir-lhes tal *status* com base no⁹

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 466.343-1 SP, Voto-vogal do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 21

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. Brasília: Instituto Internacional de Direitos Humanos, 1996. p. 210

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.59

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(...) entendimento no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, como uma cláusula aberta de recepção de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição atribuiria a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E ainda, o § 1º do art. 5º da CF¹⁰, asseguraria a tais normas a aplicabilidade imediata nos planos nacionais e internacionais a partir do ato de ratificação¹¹.

Por fim, há a vertente que reconhece que os tratados têm **status supraconstitucional**, dessa forma representariam o fundamento normativo da própria constituição nacional, portanto, teriam o condão de subordinar a própria constituição nacional. De acordo com esta corrente, nem mesmo a emenda constitucional teria a faculdade de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de Direitos Humanos. Exponente em defesa desta postura foi Celso de Albuquerque Mello, que considerava ser:

(...) um grande avanço a tese de normas constitucionais. Contudo é ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso que uma norma constitucional posterior tende revogar uma norma internacional constitucionalizada.¹²

Antes da promulgação da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal vinha conferindo, desde 1977, status de legalidade aos tratados internacionais subscritos pelo Brasil e devidamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Neste ano, por ocasião do julgamento do RE n. 80.004, o STF revisou seu

⁷ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Barueri, 2005. p. 16-17

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p.313

⁹

¹⁰ "Ar. 5, Parágrafo primeiro: A normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 466.343-1 SP, Voto-vogal do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 8.

¹² MELLO, Celso de Albuquerque. A eficácia do § 2º do art 5º. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 25.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

posicionamento anterior que conferia primazia ao direito internacional sobre o direito interno. Neste julgado, ao resolver conflito entre a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio (promulgada por força do Decreto n. 57.663. de 1966) e o Decreto-Lei n. 427, de 1969, o STF consolidou o entendimento segundo o qual, no sistema jurídico brasileiro, os tratados e convenções internacionais têm a mesma hierarquia normativa das demais leis ordinárias¹³.

Com a entrada em vigência da Constituição de 1988, importante questão que se apresentava em relação à temática consistia em saber se este entendimento (legalidade) deveria se aplicar aos tratados em matéria de direitos humanos. A questão foi enfrentada diretamente pelo STF, somente em 1995, por ocasião do julgamento do HC n. 72.131-RJ, quando aquela Corte reconheceu ser aplicável aos tratados de direitos humanos o entendimento anteriormente fixado.

A partir de então, pôde-se constatar um crescimento contínuo de forte oposição a este pronunciamento, em especial, em relação à viabilidade da decretação da prisão civil do devedor de contrato de alienação fiduciária (aplicação do Decreto-Lei n. 911/69). A fim de ilustrar como se processou esta discussão, serão apresentados a seguir, tanto uma síntese dos elementos discutidos por ocasião do julgamento de 1995, pelo STF, quanto das teses suscitadas pelos internacionalistas em torno do reconhecimento de hierarquia constitucional aos direitos decorrentes de tratados de direitos humanos.

1.1 "CONSAGRAÇÃO" DA TESE DA EQUIPARAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO NÍVEL HIERÁRQUICO DE DIREITO FEDERAL.

Como já mencionado, no caso do HC 72.131¹⁴, pela primeira vez sob a vigência da nova constituição, o STF reconheceu ser aplicável a jurisprudência anterior aos tratados em matéria de direitos humanos (referindo-se especificamente nesse julgado, a Convenção Americana de Direitos Humanos). E, no tocante à análise da alienação fiduciária, reconheceu tanto a recepção de sua legislação

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 61

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 72.131-RJ, 1995.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

instituidora (Decreto-Lei n. 911/69), quanto a sua vigência atual, ou seja, afastou a existência de colisão entre a norma brasileira e o dispositivo convencional, aplicando o critério da especialidade, segundo o qual, por prever o tratado uma regra geral, não teria o condão de invalidar a norma nacional de caráter especial (*lex posterior generalis non derogat speciali*).

Esta 22 de novembro de 1995, aquele Tribunal, por maioria de votos (7x4), indeferiu o pedido de habeas corpus e cassou a medida liminar concedida. Em razão de sua relevância, serão analisados os fundamentos condutores de todos os votos dos Ministros que, àquela época, compunham o STF.

Antes, porém, de analisar os votos, é importante ressaltar que o debate central levado a efeito no STF, diferentemente do novo pronunciamento de 3.12.2008, não tratou do status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos, mas a discussão sobre a recepção, ou não, da legislação pretérita sobre alienação fiduciária. Tendo em vista que este foi o fundamento da concessão da liminar pelo Relator (Min. Marco Aurélio) e ter sido contra este argumento central que se insurgiram os ministros Maurício Corrêa e Moreira Alves.

1.1.1. O papel dos tratados internacionais nos votos vencidos

Como já mencionado, o Ministro-Relator Marco Aurélio manifestou-se pela não recepção da referida norma (Decreto-Lei n. 911/69). Para o autor, quando a constituição previu a garantia contra a prisão civil por dívidas, excetuou expressamente duas hipóteses: a prisão do devedor de alimentos e a prisão do depositário infiel. O caso submetido à análise referia-se à prisão decretada em razão da inadimplência de dívida garantida por contrato de alienação fiduciária, em face da qual, o devedor inadimplente não devolveu o bem objeto da garantia, na ação de depósito contra si ajuizada pela Financeira.

Para o relator, uma interpretação adequada da Constituição exige que tais hipóteses de exceção sejam interpretadas restritivamente. Desta forma, qualquer tentativa de ampliação da restrição constitucional deveria ser afastada, ou seja, a existência de norma infraconstitucional que estendesse a figura do contrato de depósito para outras modalidades de contrato, criando outra hipótese de decretação de prisão civil não prevista na Constituição. Segundo o

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Ministro, trata-se da proteção de um dos bens constitucionais mais importantes: a liberdade.

No que diz respeito aos tratados internacionais (mais especificamente à Convenção Americana de Direitos Humanos), o Ministro recorre a ela como argumento interpretativo que reforça o posicionamento por si assumido. Nestes termos manifesta-se o Ministro:

A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessária e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988 aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte. A teor do disposto no § 2º do artigo 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais.¹⁵

Portanto, não chega o Ministro a reconhecer aos tratados status constitucional. Em sua manifestação, sequer ele parece contestar a equiparação ao direito federal reconhecida na jurisprudência consolidada do STF. O Ministro recorre ao diploma internacional, tão-somente, para reforçar o seu posicionamento sobre a não-recepção, pela ordem constitucional vigente, da equiparação por lei (Decreto-lei n. 911/69) do fiduciante a condição de depositário. A esta manifestação, subscreveu integralmente, o Min. Sepúlveda Pertence.

Já o ministro Francisco Rezek, parece ter dado um passo além ao dado pelo Min. Marco Aurélio. Em seu pronunciamento, já podem ser encontrados alguns dos elementos da tese da supralegalidade. Para o Min. Francisco Rezek, a assinatura do Pacto de San José não gerava uma incompatibilidade material com o texto constitucional brasileiro, mas impediria que o legislador infraconstitucional criasse outra hipótese de depositário por equiparação, enquanto estivesse em vigor o tratado assinado pelo país. É o que se pode extrair do seguinte trecho de sua manifestação:

(...) o Congresso Nacional aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, pressuposto da sua ratificação pelo governo brasileiro, e da incorporação ao direito interno. Por não ver esse conflito material, estimo que aquilo que a

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Marco Aurélio, fl. 13.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Constituição entende possível poderia ser depois invalidado pela assunção de que um compromisso internacional – como poderíamos não ter na legislação ordinária brasileira nada que, em qualquer momento, autorizasse a prisão do depositário infiel, ou que a este equiparasse o comprador fiduciário. Se essa Convenção viesse um dia a ser denunciada pelo Brasil, voltaríamos ao status quo ante: o legislador poderia de novo, em bases ordinárias, estabelecer a prisão civil do depositário infiel. Tenho que hoje, pela ausência de conflito real entre a Convenção e a Carta, o problema se resolve de modo sumário. Há uma obrigação internacional que é preciso honrar. Ela não derroga o instituto do depósito, em absoluto, mas tudo aquilo que, na legislação ordinária, facultava a prisão civil do depositário infiel.¹⁶

Por seu turno, o Ministro Carlos Velloso, neste julgamento, foi o único ministro que se pronunciou, expressamente, em favor da tese da consagração do status constitucional aos tratados de direitos humanos, em especial, o Pacto de San José da Costa Rica. Para o autor, a dogmática dos direitos fundamentais deveria, por força do art. 5º, §2º, tratar não somente os direitos consagrados expressamente no texto constitucional, mas reconhecer a condição de materialmente fundamentais a outros direitos nos termos descritos naquele dispositivo constitucional. Pode-se extrair de sua manifestação, o seguinte trecho:

Se é certo, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixa expresso em voto que proferi nesta corte, na ADI 1.497/DF e em trabalho doutrinário que escrevi – “Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas. Especialmente a dos Direitos Fundamentais e a Reforma Tributária”, “Direito Administrativo e Constitucional”, estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, organizado por Celso Antônio de Mello, Malheiros Ed., 1997, pág. 162 – se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Sepúlveda Pertence, fl. 1-5.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição.¹⁷

Estes posicionamentos, no entanto, não prevaleceram. Naquela oportunidade, o STF preferiu por reiterar seu posicionamento anterior, a adotar tese mais ousada que ampliaria o parâmetro de controle judicial, como se verá adiante.

1.1.2. Mantenham-se as coisas como estão: os tratados internacionais como direito federal incorporado

Como dito anteriormente, três foram as manifestações do STF neste caso, (a) o Decreto-Lei n. 911/69 foi recepcionado pela Constituição; (b) a Convenção Americana de Direitos Humanos, qualquer outro tratado internacional, é incorporado ao ordenamento brasileiro, como direito federal; (c) não há colisão entre as normas, pois o art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica consagra norma geral que não prepondera frente a norma especial do Decreto-Lei n. 911/69.

Em relação ao primeiro aspecto, (a) recepção do Decreto-Lei n. 911/69, entenderam os Ministros que em decisões anteriores, o STF já havia se manifestado sobre a compatibilidade da prisão de depositário infiel com a Constituição brasileira de 67/69 e que, considerando que o texto da atual Constituição reproduzia integralmente a mesma ressalva vigente na ordem anterior, a melhor interpretação seria pela recepção da legislação infraconstitucional.

Nestes termos, manifestaram-se os Ministros Maurício Corrêa e Sydney Sanches, para quem, respectivamente:

[...] o Decreto, lei 911, foi recepcionado pela Carta Política Federal de 1988. E que a jurisprudência do STF é iterativa neste sentido. O referido decreto, lei 911, que disciplina as

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Carlos Velloso, fl. 14.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

vendas com a garantia fiduciária, muito ao contrário do que sustentação, manteve a prisão civil.¹⁸

[...] Com o advento da Constituição de 1988, a meu ver, nada mudou a esse respeito. Estou de acordo, pois, com o acórdão da Segunda Turma, Relator e eminente Ministro Francisco Rezek, segundo o qual o Decreto-lei no 911/69 foi recepcionado pela Constituição de 1988, precedente citado o voto do Senhor Ministro Celso de Mello.

Corroborando a tese, mediante argumento de deferência ao legislador, o Ministro Ilmar Galvão reconhece que, diante da vagueza do texto constitucional, incumbe ao legislador a tarefa de identificar o alcance da garantia constitucional:

É inegável que, ao referir “dívida do depositário infiel” emprestou sentido amplo ao vocábulo dívida, querendo significar a obrigação que incumbe ao depositário de restituir o bem depositado.

Essa ressalva há de estender-se a toda espécie de depósito, não sendo razoável restringi-la ao depósito típico do Código Civil, em que o depósito se faz no interesse do depositante, excluindo-se as hipóteses, como a de que ora se trata, em que se revela decisivo ao interesse do depositário.

A dicção do constituinte, por não estar sujeita a rigor técnico, permite tal interpretação.

Neste contexto, Moreira Alves é categórico ao afirmar que:

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a convenção de São José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º de seu artigo 7º 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”.

[...] não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Maurício Correa, fl. 1.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5o, LVII, da nossa atual Constituição.¹⁹

Mais enfática ainda foi a posição do Min. Celso de Mello. Curiosamente²⁰, naquela altura, o ministro afastou inclusive a possibilidade de que a interpretação da constituição fosse baseada na referência aos tratados internacionais. Nos termos da manifestação do Ministro:

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.²¹

Em relação ao item seguinte, (b) status do Pacto de San José da Costa Rica, a discussão sequer foi levada a sério pelos Ministros. Não obstante os votos antes mencionados dos Ministros Francisco Rezek e Carlos Velloso, praticamente não houve discussão durante esta sessão sobre o status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos. Os ministros limitam-se a afirmar que, sobre esta questão:

[...] é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária. (Moreira Alves).

[...] no que concerne ao Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.69, que foi incorporado ao nosso direito positivo, na posição hierárquica da lei ordinária [...]. (Ilmar Galvão)

Em relação ao último aspecto, (c) caráter de norma geral do Pacto, em uma verdadeira inversão da lógica de proteção dos direitos fundamentais e a própria regra constante do §1o do art. 5o, os ministros reconhecerem a incapacidade do Pacto de revogar as normas em vigor quando de sua promulgação interna.

E o que se extrai do voto do Min. Neri da Silveira:

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Moreira Alves, fl. 7-8.

²⁰ Foi o Ministro Celso de Mello que, treze anos depois, vai exercer um papel importantíssimo na mudança jurisprudencial do STF, levada a efeito em 3.12.2008, pois ao defender a tese da constitucionalidade, foi rivalizar com o Ministro Gilmar Mendes.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Celso de Mello, fl. 5.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

‘Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, São José da Costa Rica, a que aderiu o Brasil, em 1992, já na vigência da Constituição de 1988, com hierarquia de norma ordinária, não considero haja revogação o Decreto-lei no 911. Se nesse Pacto, se prevê a proibição de prisão por dívida, salvo em se cuidando de dívida proveniente de obrigação de natureza alimentícia, “ut” art. 5º, § 2º, não cabe, aí ver senão a caracterização de norma geral, que não revoga norma especial anterior, consoante o § 2º do art. 2º da lei de Introdução ao Código Civil. Certo está, assim, que essa Convenção não revoga, com sua entrada em vigor no País, as leis especiais que regulam as figuras de depositário infiel, entre elas, o Decreto-lei no 911/1969’.²²

Tentando afastar a alegação de incompatibilidade entre o Tratado e a exceção constitucional brasileira, defende o Min. Ilmar Galvão:

Assim, ao proibir a prisão por dívida, salvo os casos de dívida resultante de obrigação alimentar, desenganadamente, a meu ver, não proíbe a prisão pelo inadimplemento da obrigação de restituir o bem depositado, que não pode ser considerado dívida no sentido estrito acima referido.²³

Esta decisão provocou uma crescente e acirrada oposição que, foi ganhando espaço na doutrina e nos próprios tribunais, fazendo com que, no início do século XXI, ganhasse maior projeção esta discussão no cenário brasileiro.

1.2 DO CARÁTER MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS RECONHECIDOS EM TRATADOS INTERNACIONAIS

Este pensamento decorre da interpretação de que a Constituição Federal, em seu art. 4º, II,²⁴ assegura como um de seus princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos e também prevê, em seu art. 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

²² Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Néri da Silveira, fl. 1.

²³ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131-1, Voto do Min. Ilmar Galvão, fl. 2-3.

²⁴ A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II- prevalência dos direitos humanos.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Após qualificar a Constituição de 1988 como um marco jurídico da transição democrática e como instrumento de institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, Flávia Piovesan afirma:

(...) a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direito constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.²⁵

Portanto, segundo a autora, quando a Constituição confere atributo de fundamentalidade aos direitos enunciados nos tratados internacionais, reveste à natureza dos Direitos Humanos o status constitucional, confere-lhe índole de direito fundamental constitucional, como os demais previstos no extenso rol de direitos de nossa Carta Política. Esclarecedoramente, Flávia Piovesan argumenta:

O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enumerados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhe confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo Texto Constitucionais.²⁶

Sobre a questão, Antonio Augusto Cançado Trindade ressalta que os fundamentos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal. Afirma que um Estado não pode deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de suposta dificuldade de ordem constitucional ou interna e de negar vigência a um tratado de direitos humanos a que tenha aderido, pelo

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p. 58

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 54-55

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

simples fato de seus tribunais domésticos interpretarem o tratado de modo diferenciado do que se impõe no plano do direito internacional.

Para o jurista, integrante da Corte Internacional de Justiça de Haia desde 2009, a força cogente destes tratados, no plano doméstico, decorre da feição constitucional de que foram revestidos. Em suas palavras:

O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentemente de conceder um tratamento especial e diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de Lei de modo a outorgar a suas disposições vigentes ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos Direitos Humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.²⁷

Por seu turno, de acordo com a visão de Celso Lafer, o § 2º do art. 5º acabou por suscitar controvérsia, sobre elas explica: *"arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna"*. Não sendo seguidos estes requisitos, conforme solicita o § 2º do art. 60 da CF, para a votação da emenda constitucional, não poderiam ter validade de norma constitucional os referidos tratados. No entanto, de acordo com o jurista paulista, esta é uma falsa questão, porque "na sistemática da Constituição de 1988, [este dispositivo] tem uma

²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratados de direitos internacionais dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003, 2ª ed., vol. 1, p. 513.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

função clara: a de tecer a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional”.

Por fim, Valério Mazzuoli, que ganhou notoriedade por repetir a exaustão estes argumentos, assinala que:

(...) o *status* do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se “materialmente constitucional”, tendo em vista não integrarem tais tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60 § 2º, o qual prevê que tal proposta “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em três quintos dos votos dos respectivos membros”. Integram os tratados de proteção dos direitos humanos, entretanto, o conteúdo material da Constituição, o seu “bloco de constitucionalidade”.²⁸

Frequentemente associada à tese da constitucionalidade, os mesmos autores (Flávia Piovesan²⁹, Valério Mazzuoli³⁰ e Antonio Augusto Cançado Trindade³¹) defendem que, além do status diferenciado, os tratados de direitos humanos, por força do art. 5º, § 1º, teriam vigência e aplicabilidade direta e imediata, independentemente de sua promulgação interna no Brasil pelo Presidente da República através de decreto executivo. Situação esta que, além do status, implicaria numa nova diferenciação dos tratados em geral, ou seja, estes últimos só teriam vigência internamente após a edição, pelo Presidente da República, do decreto que o integraria ao ordenamento jurídico pátrio, conforme art. 84, XVII da Constituição Federal.

²⁸ Direito internacional público – parte geral. Valério de Oliveira Mazzuoli. 2. ed., São Paulo: RT, 2005. p.106

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Sariva. SP 2007. p. 80

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro**. WWW.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm. /

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratados de direitos internacionais dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003, 2ª ed., vol. 1, p. 512 e 513.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

2. AS DISCUSSÕES SOBRE O ALCANCE DAS ALTERAÇÕES DETERMINADAS PELA EC N. 45/04 EM RELAÇÃO AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Como antes mencionado, parte da doutrina constitucional nacional entendia que os tratados internacionais sobre direitos humanos, se fossem ratificados pelo governo brasileiro, estariam incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico com status de norma materialmente constitucional. Materialmente, posto que lhe faltariam (aos direitos neles previstos) o atributo formal de garantia constitucional.

Com a Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional no 45/2004, foi acrescentado o § 3º ao art. 5º segundo o qual:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Assim, pela nova redação, os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (e promulgados internamente), antes recepcionados como direito federal (logo, como normas infraconstitucionais), passariam a ter hierarquia constitucional caso fossem aprovados em procedimento análogo ao das emendas constitucionais.

No entanto, essa mudança, ao invés de resolver a questão, suscitou uma série de questionamentos, principalmente no que se refere ao alcance deste novo dispositivo constitucional. Isto porque, a EC 45/04 não explicitou seus efeitos sobre os tratados internacionais ratificados anteriormente à sua promulgação.

É possível distinguir três posicionamentos: (a) o primeiro que reconhece que a Emenda Constituição não alterou em nada a condição materialmente constitucional dos tratados incorporados sob a égide do §2º do art. 5º; (b) o segundo grupo que compreende que a alteração constitucional passou a considerar os tratados em matéria de direitos humanos suscetíveis de serem incorporados com hierarquia constitucional e, em relação ao passado, a partir desta nova disposição constitucional, teriam sido elevadas ao patamar de diplomas materialmente constitucionais; e, ainda, (c) aqueles que entendiam que

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

a EC n. 45/04 não produziu nenhum efeito em relação ao passado, nada impedindo que os documentos já em vigor fossem novamente submetidos à apreciação do Congresso Nacional, a partir do novo procedimento determinado pela EC n. 45/04.

(a) Em relação ao primeiro posicionamento, podem ser colhidas as lições de Flávia Piovesan e Celso Lafer. Segundo a primeira autora:

Reitere-se que, por falta do art. 5o, § 2o, todos os tratados de direitos humanos, independente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum 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. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela”.

Por seu turno, com fundamentos parcialmente distintos, invoca Celso Lafer a concepção de leis interpretativas para empreender o que ele entende ser a mais adequada interpretação ao referido dispositivo. Para o referido autor:

O novo § 3o do art. 5o pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2o do art. 5o. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

Este me parece ser o caso do novo § 3o do art. 5o.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídico interna, tem a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2o do art. 5o não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

por ele adotados. Neste sentido, aponta que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva "ex parte cirium" dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional no 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao item previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional no 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela "vis directiva" do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o quorum de uma emenda constitucional não podem ser encaradas como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier.

Explico-me observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco da constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critérios de preenchimento de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional no 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Faço estas considerações porque, concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer "a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional".

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A Emenda Constitucional no 45, de 8 de dezembro 2004, confirma a relevância desta interação e contribui para o processo dessa tessitura ao dar à União a responsabilidade nacional e a competência federal que lhe faltava para lidar com um aspecto de sua responsabilidade internacional.³²

Por outro lado, (b) há quem sustente que as normas incorporadas teriam sido recepcionadas, após a Emenda, com status de direito constitucional, caminham neste sentido as lições de Francisco Rezek e André Lupi, enunciadas pouco tempo após a promulgação da referida alteração constitucional.

Francisco Rezek explicita este aspecto nos seguintes termos:

Uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5o. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsias entre os constitucionalistas, mas 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. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.³³

Por sua vez, André Lupi, de forma bastante didática, leciona que:

Para poder se considerar que os direitos humanos protegidos por tratados internacionais aos quais o Brasil tenha se vinculado e internalizado têm o nível de emendas constitucionais, prevalecendo sobre a legislação ordinária e integrando-se ao sistema de garantias da Constituição Federal, é preciso lançar mão de uma interpretação sistemática. Deve-se, portanto, levar em conta o art. 5o, § 2o, e dele deprender os postulados da indivisibilidade e da

³² LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri, SP: Manole 2005. pp. 16-18

³³ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público : curso elementar. 11a Ed. São Paulo. Saraiva, 2008. p. 103

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

irretroatividade dos direitos humanos, os quais somados ao princípio que deve reger a República Federativa do Brasil, fixado no art. 4º, II, de prevalência dos direitos humanos, devem sustentar a recepção material dos tratados já vigentes como normas constitucionais.³⁴

Por fim, há de se destacar ainda que, (c) a terceira postura, adotada pelo STJ, defendia uma concepção mais restritiva em relação ao alcance do §3º:

No STJ, o Ministro Teori Albino Zavascki [antes de passar a integrar o Supremo Tribunal Federal] já esposou a tese da interpretação restritiva do § 3º. Segundo ele, a exigência do rito qualificado é aplicável mesmo aos tratados anteriores a 2004. Como nenhum dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil foi aprovado dessa forma, eles não têm status de emendas constitucionais. Mantêm-se ao nível das leis ordinárias, seguindo a tradicional posição do STF.³⁵

Como se verá no próximo tópico, o debate suscitado por estas correntes não foi enfrentado diretamente pela Corte Suprema. O STF não discutiu o efeito causado pela Emenda Constitucional n. 45/04, mas a promulgação da mesma foi utilizada como motivação para que o STF mudasse o seu próprio posicionamento, frente à demonstração eloquente de que se queria emprestar especial proteção jurídica a estas normas pelo ordenamento constitucional brasileiro.

3. REVISÃO DE POSICIONAMENTO DO STF: CORREÇÃO DE CAMINHO

3.1 PRESSÃO JUDICIAL POR MUDANÇAS

O STF foi acionado através de diferentes instrumentos como o Recurso Extraordinário n. 349.703³⁶, Recurso Extraordinário n. 466.343³⁷, Habeas Corpus

³⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil a partir da EC 45/2004. RT-847 – 2006. p. 21-22

³⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. O problema do depositário infiel persiste. Reflexões acerca da interpretação do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1570, 19 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10530>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349.703**, Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno, Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 3.12.2008, p. em 5.6.2009 (DJe n. 104). Recorrente: Banco Itaú S.A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

n. 87.585³⁸ e Habeas Corpus n. 92.566³⁹, no curso dos quais foram enfrentados diferentes aspectos concernentes a prisão do depositário infiel. Somente em 3.12.2008, depois de mais de dois anos após o início desta votação (pronunciamento do Min. Gilmar Mendes em 22.11.2006), aquela Corte firmou seu pronunciamento “final”, sobre a prisão civil do depositário infiel e, sobretudo, sobre o status a ser atribuído aos tratados em matéria de direitos humanos.

É possível identificar a “evolução” da discussão no curso destes processos, a partir da análise do quadro abaixo:

	RE 349.703/RS	RE 466.343/SP	HC 87.585/TO	HC 92.566/SP
Distribuição	1.8.02	15.12.05	19.12.05	24.9.07
Relator	Ilmar Galvão (Carlos Britto)	Cezar Peluso	Marco Aurélio	Marco Aurélio
Fundamento prisão	Alienação fiduciária	Alienação fiduciária	Ação de depósito	Penhor rural e depósito judicial
Gilmar Mendes	Vista: 3.4.03 Manif.: 22.11.06	Manif. 22.11.06		
Celso de Mello	Vista: 22.11.06 Manif.: 12.3.08	Vista: 22.11.06 Manif.: 12.3.08	Vista: 22.11.06 Manif.: 12.3.08	
Menezes Direito	Vista: 12.3.08	Vista: 12.3.08	Vista: 12.3.08	
Julgamento	3.12.08	3.12.08	3.12.08	3.12.08

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**, São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. j. em 3.12.2008, p. em 5.6.2009 (DJe n. 104). Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87.585**, Tocantins. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. j. em 3.12.2008, p. em 26.6.2009 (DJe n. 118). Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 92.566**, São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. j. em 3.12.2008, p. em 5.6.2009 (DJe n. 104). Paciente: José Arlindo Passos Correa. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Apesar dos resultados finais terem sido, no caso dos três primeiros processos, obtidos por unanimidade, o consenso entre os Ministros convergiu tão-somente em relação à conclusão, qual seja, de que a prisão civil do depositário infiel não poderia mais ser considerada vigente no país.

Ao analisar os votos proferidos e o debate oral travado, pode-se perceber que houve um acirrado debate sobre a fundamentação a ser utilizada pelo STF para sustentar tais decisões. Basicamente duas foram as questões controvertidas:

- *tese da constitucionalidade vs. tese da supralegalidade*, onde duas correntes estavam em pauta: a do Ministro Gilmar Mendes que sustenta o valor supralegal dos tratados de direitos humanos, e a do Ministro Celso de Mello que lhes confere valor constitucional, sendo a corrente da supralegalidade, por ora, foi a vencedora com cinco votos a quatro.
- *posicionamento isolado do Menezes de Direito* sobre a persistência da legitimidade da decretação de prisão frente a desobediência à ordem judicial de apresentação de bem que havia sido gravado como de depósito judicial. (manifestação esposada no voto proferido após o pedido de vista e que resultou, na sua divergência expressa no HC n. 92.566/SP).

3.2 MAPEAMENTO DO POSICIONAMENTO DOS MAGISTRADOS SOBRE A TESE ADOTADA

O debate foi acirrado em torno do status a ser atribuído aos tratados em matéria de direitos humanos. De um lado, havia um consenso entre os ministros em torno da não vigência da prisão civil do depositário infiel; em contrapartida, houve uma acalorada controvérsia quanto ao status a ser atribuído aos referidos tratados.

Após analisar os votos proferidos e os debates orais travados (e transcritos) em dois dos processos (RE 466.343/SP e HC 87.585/TO), pôde-se identificar os seguintes posicionamentos adotados por cada um dos ministros que há época integravam a Corte Suprema, nos seguintes termos:

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Ministros	RE 466.343/SP		HC 87.585/TO	
Celso de Mello	fl. 1230	Constitucionalidade	fl. 287	Constitucionalidade
Marco Aurélio	fl. 1208	Decidiu não se pronunciar	fl. 246	Decidiu não se pronunciar
Ellen Gracie	-	-	fl. 355	Constitucionalidade
Gilmar Mendes	fl. 1154	Supralegalidade	fl. 306	Supralegalidade
Cezar Peluso	fl. 1305	Constitucionalidade	fl. 352	Constitucionalidade
Carlos Britto	fl. 1205	Supralegalidade	fl. 349	Supralegalidade
Joaquim Barbosa		Licenciado	-	Licenciado
Eros Grau		Constitucionalidade	fl. 336	Constitucionalidade
Ricardo Lewandowski	fl. 1196-1197	Supralegalidade	fl. 333	Supralegalidade
Cármen Lúcia	fl. 1195	Supralegalidade	-	-
Menezes Direito	-	-	fl. 329	Supralegalidade

Dos 11 ministros que integravam a Corte, somente 9 deles se posicionaram especificamente sobre o assunto durante o julgamento destes processos. E, computando-se estes pronunciamentos, chega-se ao resultado de 5 x 4 em relação ao ponto. Dois ministros deixaram de se posicionar expressamente sobre o tema, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Marco Aurélio. O primeiro, durante as sessões em que foram travados os debates orais (sessão de 12.3 e 3.12 de 2008), encontrava-se licenciado. O segundo recusou-se a enfrentar a questão de fundo, pois reputava ser irrelevante para o deslinde do feito, em suas palavras:

[...] porque compreendi que em jogo estava, consideradas as balizas objetivas deste processo, apenas a indagação da derrogação da legislação ordinária pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Reafirmo esse voto e, portanto, adoto a economia e celeridade processuais: o máximo de eficácia da lei com um mínimo de atuação judicante. Deixo para discutir os demais temas quando indispensável essa mesma discussão à elucidação do caso, o que, até aqui, não se faz presente.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para além de não terem se manifestado expressamente sobre a questão, não é possível identificar um posicionamento claro destes ministros em relação à temática.

O Min. Joaquim Barbosa, em manifestação proferida no julgamento do RE n. 466.434/SP, na sessão do dia 22/11/2006, diz que o Pacto de San José da Costa Rica integra o catálogo de direitos fundamentais do nosso país e manifesta-se também nos seguintes termos:

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvida, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.

Este pronunciamento parece fazer crer que ele subscreve a tese da constitucionalidade. Todavia, quando o Ministro volta a discutir a questão das garantias incorporadas através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (notadamente, a questão sobre o duplo grau de jurisdição em matéria penal), o ministro mantém o posicionamento anterior do STF, ã sob o argumento de que a garantia do duplo grau de jurisdição comporta exceção prevista na própria Constituição (AI 601832 AgR/SP, j. em 17.3.2009). Posicionamento como este parece enquadrá-lo na tese da supralegalidade.

Por outro lado, o posicionamento do Min. Marco Aurélio também parece ser marcado por certa dose de ambiguidade. No pronunciamento feito por ocasião do julgamento no RE n. 466.343, textualmente afirma que:

[...] subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais.

Desta forma, parece que o ministro subscreve a tese da supralegalidade. Todavia, em diversas outras oportunidades, inclusive discutindo a possibilidade de interposição de recurso inominado para assegurar a garantia ao duplo grau de jurisdição previsto no Pacto de San José, o ministro continua reconhecendo a

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

primazia da norma mais favorável a vítima e a garantia prevista na convenção americana (RHC 79.785-RJ, j. em 29.3.2000, voto divergente). Parecendo adotar a tese da constitucionalidade.

Isto evidencia que, em relação a esta questão, as únicas certezas que podem ser inferidas são que: (a) foi suplantado o posicionamento anterior do STF no que toca a equiparação dos tratados de direitos humanos à posição hierárquica do direito federal; e (b) nenhuma modalidade de prisão civil de depositário infiel (decorrente de alienação fiduciária ou outra equiparação legal, contrato de depósito e depósito judicial) pode ser considerada lícita no país⁴⁰.

Portanto, à época da votação (dezembro de 2008), estava-se ante uma maioria apertada (5 x 4) e era evidente uma certa indefinição (ambivalência) sobre o posicionamento dos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, já evidenciavam a falta de uma tomada de posição mais consistente em relação à questão.

Desde então, a questão ainda não voltou a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de que vem sendo, cada vez com mais intensidade, confrontado a decidir questões em que se está diante de entrecosques entre o direito doméstico (e a interpretação consolidada pelos tribunais nacionais) e instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos (e a autoridade das decisões proferidas pelas instâncias de controle judicial supracional).

3.3 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DOS ARGUMENTOS TEÓRICOS E PRAGMÁTICOS EM FAVOR DAS TESES CONCORRENTES

3.3.1. Argumentos de Gilmar Mendes (tese da supralegalidade)

Como antes mencionado, em voto proferido por ocasião do julgamento do RE 466.343-1/ SP (em 26.11.2006), o Ministro Gilmar Mendes propôs uma revisão do posicionamento do STF em matéria de direitos humanos. Aduz justificar esta mudança, em razão da superveniência da Emenda Constitucional n. 45/04 que teria conferido especial importância à temática e ao reconhecimento de um

⁴⁰ Tanto é assim que, em 16.12.2009, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 25 que prescreve ser "ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito."

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

estádio evolutivo novo do constitucionalismo, constante da cláusula de estado constitucional cooperativo de Peter Häberle.

Defende em seu arrazoado que, ante as teses concorrentes, a que encontra maior lastro no texto constitucional e que se coaduna com essa mudança do papel dos tratados de direitos humanos, seria a tese da supralegalidade. Para o ministro, seria mais adequada “à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistema regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.”

Sustenta sua opção com base em vasta referência ao direito comparado. Ademais, argumenta ainda que, mesmo se não fosse acolhida esta tese, a manutenção da prisão civil do depositário infiel ainda assim poderia ser considerada inconstitucional, por ofensa direta ao princípio da proporcionalidade, já que há inúmeros outros meios postos a disposição do credor menos gravosos aos direitos do devedor.

Sobretudo após o pronunciamento do Min. Celso de Mello, em 12.3.2008, a transcrição do debate oral apresenta inúmeras intervenções do Ministro, a pretexto de confirmação de voto e de esclarecimento de voto, tendentes a persuadirem seus colegas sobre a adequação da opção pela tese da supralegalidade.

Para além dos argumentos já levantados, o ministro reforça sua tese, defendendo que a adoção da tese da constitucionalidade defendida por Celso de Mello (fundada em uma ampliação material do bloco de constitucionalidade) importará em risco de aumento exponencial da insegurança jurídica.

Para tentar corroborar seu posicionamento (risco de insegurança), vale-se de uma mescla de argumentos (de índole pragmática, retórica e teórica) por meio dos quais pretende defender seu ponto de vista:

(a) Processo de atomização das normas constitucionais:

Entre nós já haveria dificuldade em se saber qual seria o tratado com essa conotação, além do Pacto de San José. E teríamos, portanto, uma pluralização, o que chamei de atomização, de normas com hierarquia constitucional com todas as consequências e, até mesmo, com a possibilidade de conflito”

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(b) Ampliação do parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade:

Por outro lado, teríamos de reconhecer que estes tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da causa petendi aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima, insegurança jurídica.

(c) Dificuldades práticas que poderiam advir desta equiparação:

Parece-me que as consequências práticas desta equiparação – [...] – podem nos levar realmente para uma situação tal, por exemplo, sobre supraposição de normas, de revogação de normas constitucionais com o advento de tratados; problemas ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional. A rigor, os problemas são tão graves.

(d) Possibilidade de recorrer aos elementos presentes nos tratados de direitos humanos, sem ter que assumi-los como integrantes a este conceito de bloco de constitucionalidade:

[...] a noção de bloco de constitucionalidade pode ajudar-nos, por exemplo, a complementar determinados conceitos do texto constitucional, a partir inclusive de construções que temos nos tratados internacionais, sem que necessariamente atribuamos ao texto de tratado a hierarquia constitucional. [...] Portanto, é possível fazer-se esse avanço até mesmo como fenômeno de construção e de mutação constitucional.

O que parece reear o Ministro é minar a legitimidade da atuação da Corte ao diminuir a importância atribuída à Constituição e, ao mesmo tempo, transformar a referência ao direito internacional dos direitos humanos a fim de conferir sentido ao texto constitucional, quase como subsidiariamente.

3.3.2. Argumentos de Celso de Mello (tese da constitucionalidade)

Como já mencionado, o Min. Celso de Mello subscreveu a tese da constitucionalidade, com base em longo arrazoado a partir da qual explica as razões que o levaram a mudar radicalmente o seu posicionamento sobre a

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

temática. Toda a sua argumentação é construída a partir das ideias defendidas por Celso Lafer, Antonio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli (cf. item 2.2).

Ao longo debate, tendo em vista o embate travado em relação a postura do Min. Gilmar Mendes, em determinados momentos em que o ministro interveio igualmente (mas em menor escala) com base no expediente de “esclarecimento de voto” e de “confirmação de voto”, buscava explicitar o alcance da expressão “bloco de constitucionalidade” e a na possibilidade de realização de “controle de convencionalidade” do direito interno contrário a norma internacional de direitos humanos.

Para o Ministro, com base no pronunciamento de Lafer, o bloco de constitucionalidade: “[...] é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”.

É justamente com base na noção de bloco de constitucionalidade e de materialidade dos direitos fundamentais que o autor interpela alguns de seus colegas, cobrando uma maior clareza sobre os fundamentos de seu pronunciamento contrário a prisão civil do depositário infiel. E é justamente por reconhecer a importância deste conceito que alguns dos ministros acolhem esta tese, como é o caso do Min. Eros Grau, Min. Cesar Peluso e Min. Ellen Gracie, como visto.

Por seu turno, apresenta a possibilidade de recorrer ao controle de convencionalidade, quando responde a questão formulada pelo Min. Cesar Peluso em relação ao controle dos atos do direito interno contrários aos direitos humanos. Para o Ministro:

Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humano.

Apesar da relutância inicial do Min. Cesar Peluso e do Min. Menezes Direito, esta questão consistia o aspecto mais importante a ser deliberado sobre o STF durante este julgamento em bloco. Com clara preocupação de que aquela Corte encerrasse a discussão sobre a prisão de todas as possibilidades de depositário

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

infiel e, sobretudo, para que deixasse claro seu posicionamento sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional.

Apesar da importância e da grande repercussão no meio acadêmico que essa decisão tomou, o que se percebe é que o Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos posteriormente adotados que envolvia o debate referente à confronto *in abstracto* entre diplomas legais nacionais e obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal parece não ter adotado uma postura consistente com esse posicionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de expor alguns conceitos, diferentes entendimentos jurisprudenciais e interpretações doutrinárias, tendo em vista entender um pouco melhor a polêmica que envolve a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico. Podem ser sumarizadas as seguintes conclusões:

- a Emenda Constitucional 45/2004, logo após a sua promulgação, acabou suscitando ainda mais controvérsia em relação à natureza dos tratados de direitos humanos incorporados até aquela data;
- a partir da manifestação do Min. Gilmar Mendes, em 22.11.2006, quando profere voto que propõe a mudança do posicionamento do STF sobre o papel desempenhado pelos tratados em matéria de direitos humanos. Debate este que se "arrastou" até o dia 3.12.2008, quando ocorreu o julgamento "final" do STF sobre a questão.
- diferentemente daquilo que pode parecer, ainda é cedo para sentenciar o posicionamento "final" do STF em relação à incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos, tendo em vista o acirramento da discussão naquela corte (maioria apertada de 5 x 4). Não somente pela ambivalência dos demais ministros integrantes da Corte àquela altura, mas, sobretudo, em razão de sua radical alteração.
- o debate em torno do status ficou polarizado entre os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, durante as sessões plenárias, apesar de já terem proferido

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

seus votos, intervieram na discussão em vários momentos para apresentarem elementos em favor da tese por si defendida.

- com base na manifestação dos ministros, durante o julgamento, por vezes não parece estar clara as consequências da deliberação em torno de uma ou outra tese. Inclusive, parece que o posicionamento adotado em relação à questão relativa à hierarquia dos tratados, encontrava-se fortemente impregnado da discussão de fundo apresentada, qual seja o problema da prisão civil do depositário infiel.
- do debate travado entre o Min. Gilmar Mendes e Min. Celso de Mello fica difícil identificar, com clareza, quais são as principais consequências práticas decorrentes da opção entre uma ou outra corrente. Apesar da impossibilidade de recurso aos direitos assegurados em tratados como parâmetro direto de controle de constitucionalidades das leis, no dizer do Min. Gilmar Mendes, sempre será possível recorrer a eles para conferir um novo sentido ao texto constitucional.
- ademais, os magistrados, ao longo de seus arrazoados, parecem fazer pouco caso da possibilidade de responsabilização internacional do país pelo descumprimento de algum compromisso com o qual tenha expressamente oposto sua vontade. Isto pode fazer com que, em questões sensíveis, o Brasil entre em rota de colisão com os órgãos de supervisão dos direitos humanos, em especial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Situação esta que pode colocar em xeque a legitimidade internacional das nossas instituições.

O que se percebe, ao final, é que ocorreu uma ênfase exacerbada no debate em torno do status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos, sem que essa discussão aprofundasse a análise sobre as consequências deste posicionamento para a dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

Pouca (ou nenhuma) reflexão vem sendo tematizada no tocante às implicações desta virada hermenêutica acerca dos direitos humanos (e o seu papel como parâmetro axiológico de valoração das normas domésticas) e sobre a autoridade a ser emprestada às decisões proferidas por outras instâncias decisórias, sobretudo, aquelas provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que possui competência jurisdicional para ditar sentenças impositivas ao Brasil.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Neste sentido, ainda há um longo caminho a ser percorrido quanto a essa questão. A fragilidade da maioria obtida em 2008, é somente um dos elementos a serem observados. Parece, no entanto, que o desafio maior repousa justamente em deslocar o problema central na compreensão das normas de direitos humanos centrada nas preocupações quanto a sua localização topográfica no plano jurídico doméstico (qual a hierarquia?) e à interação eventualmente conflitiva entre as normas (qual norma vale?).

O grande desafio consiste justamente em deslocar o foco de atenção para a questão referente à como aumentar o grau de compatibilidade entre estes universos normativos (como conferir maior coordenação normativa?) e sobre como traduzir a linguagem das normas internacionais de forma a ser incorporada ao léxico do discurso doméstico de proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131-1 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87.585 – Tocantis**. Voto do Ministro Celso Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recursos Extraordinário 466.343-1 São Paulo**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recoeido: Luciano Cardoso Santos.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratados de direito internacional dos Direitos Humanos**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 2003. v. 1

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto e GONÇALVES, Jair Domingos. O status atribuído aos tratados de direitos humanos realmente importa? Análise do posicionamento do STF sobre o tema. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O problema do depositário infiel persiste. Reflexões acerca da interpretação do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1570, 19 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10530>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil a partir da EC 45/2004. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 847, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. A eficácia do § 2º do art 5º. In: TORRES: Ricardo Lobo. **Teria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público : curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.