

**ANÁLISE DO CONTROLE
JURISDICIONAL DE
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS
A PARTIR DO JULGAMENTO
CONJUNTO DOS RECURSOS
EXTRAORDIÁRIOS Nº 466.343 E Nº
349.703 E DOS HABEAS CORPUS
Nº 87.585 E 92.566 E A TESE
DOMINANTE NO BRASIL**

*ANALYSIS OF CONTROL TRIBUNAL OF
CONVENTIONALITY LAWS FROM THE
TRIAL OF RESOURCE EXTRAORDINARY
Nº 466.343 AND Nº 349.703 AND THE
HABEAS CORPUS Nº 87.585 AND Nº
92.566 AND THE DOMINANT THESIS IN
BRAZIL*

**Ana Paula Ribeiro Soares 1
Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira 2
Vinícius Pinheiro Marques 3**

Resumo: O artigo pretende compreender o status com que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil adentram no ordenamento jurídico interno, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal. O objetivo é analisar o controle jurisdicional de convencionalidade das leis no país a partir do emblemático julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566. Para tanto, desenvolve-se uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, adotando enfoque teórico, priorizando como técnica de obtenção de dados a bibliográfica e a jurisprudência do STF. Confronta-se a tese do status de supralegalidade conferido aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum simples de votação, prevalecente no STF, e a tese de que tais tratados possuiriam status constitucional independentemente da aprovação por quórum simples ou qualificado. Conclui-se apresentando o panorama atual da questão no Brasil.
Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Ordenamento jurídico.

Abstract: The article intends to understand the status with which ratified international human rights treaties in force in Brazil enter the domestic legal system, from the perspective of the Federal Supreme Court. The objective is to analyze the jurisdictional control of the conventionality of laws in the country from the emblematic joint trial by the Supreme Federal Court of REs n.º 466.343 and n.º 349.703 and Habeas Corpus n.º 87.585 and n.º 92.566. Therefore, an exploratory research with a qualitative approach is developed, adopting a theoretical approach, prioritizing as a technique for obtaining data the bibliographic and the jurisprudence of the Supreme Court. The thesis of the supralegal status conferred on international human rights treaties approved with simple voting quorum, prevailing in the STF, and the thesis that such treaties would have constitutional status regardless of approval by a simple or qualified quorum, is confronted. It concludes by presenting the current panorama of the issue in Brazil.

Keywords: Control of conventionality. International human treaties. Domestic legal system.

Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7255113068380131>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5617-7073>. E-mail: anapaularis02@hotmail.com | 1

Doutor em Direito, professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) e da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7410990226412683>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3045-2097>. E-mail: gustavopaschoal1@gmail.com | 2

Doutor em Direito, professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7300803447800440>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1294-8603>. E-mail: vinicius.marques@ceulp.edu.br | 3

Introdução

Desde a democratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, constituiu-se o Estado Democrático de Direito, informado no artigo 1º da Carta Magna, e adotou-se como fundamento da República, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, insculpida no inciso III do próprio artigo 1º.

No âmbito internacional, a Assembleia Constituinte adotou como um dos princípios a reger as relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos”, conforme disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal.

Por fim, no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal restou estabelecido que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esse cenário constitucional demonstra a abertura do Brasil para a garantia da dignidade da pessoa humana, para a prevalência dos direitos humanos e para a incorporação dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais de que o país seja parte, desde a promulgação da Carta Magna.

Já em 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45, a Constituição Federal passou a incorporar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado, isto é, aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com equivalência de emendas constitucionais.

A ordem jurídica interna relaciona-se, portanto, com tratados internacionais comuns, com tratados internacionais de direitos humanos e com tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum qualificado.

Mas como solucionar a situação em que tratado internacional e norma jurídica interna disciplinam, de maneira divergente, o mesmo assunto? Qual norma deve prevalecer diante do aparente conflito que se estabelece?

A resposta a essas questões implica em desvendar o *status* com que tais normas internacionais adentram no ordenamento jurídico interno para, a partir daí, estabelecer a relação de hierarquia eventualmente existente entre as normas internacionais ratificadas pelo Brasil e as nacionais.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos que ingressam no país sob a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o texto constitucional afasta qualquer dúvida ao conferir-lhes equivalência às emendas constitucionais.

Contudo, não existe na Constituição Federal resposta clara quanto ao *status* que os tratados internacionais comuns e os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com quórum qualificado possuem em relação à ordem jurídica interna.

O esclarecimento dessa questão é de suma importância tendo em vista que, se por um lado os tratados internacionais são acordos de cumprimento obrigatório e vinculam os países que a eles aderem, não podendo o Brasil se furtar ao cumprimento dos tratados internacionais por ele ratificados e em vigor no ordenamento jurídico, por outro lado o Brasil também não pode se furtar ao cumprimento das normas constitucionais, ainda que colidentes com os tratados internacionais.

Esse artigo é resultado de uma pesquisa que visou produzir conhecimento a ser utilizado em pesquisas futuras, adotando-se abordagem qualitativa, porquanto utilizou como fonte primordial de coleta de dados a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Adotou-se o enfoque teórico, dedicando-se a reconstruir a teoria adotada pela Corte Suprema no que diz respeito à hierarquia com que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno sob a sistemática do art. 5º, § 3º, da CF/1988, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados com quórum simples e os tratados internacionais comuns, ingressam no ordenamento jurídico pátrio.

Diante do problema apresentado, objetivou-se com este artigo desenvolver uma pesquisa exploratória com o intuito de examinar, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, a relação hierárquica existente entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais comuns de que o Brasil seja signatário com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Buscou-se compreender a abordagem dada pela Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, ou seja, o modo como a Constituição Federal os

acolhe, para daí se chegar aos efeitos de tais tratados sobre o Direito brasileiro.

A análise do status com que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ingressam no Direito brasileiro iniciou-se pelo texto constitucional, especificamente o artigo 5º, §§ 2º e 3º.

Para tanto, no capítulo 1 se descreveu o panorama normativo brasileiro, explicando-se brevemente o controle de constitucionalidade das leis no país para, por fim, esclarecer o significado da expressão “controle de convencionalidade das leis”.

No capítulo 2 examinou-se o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos Recursos Extraordinários nº 466.343/SP e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566, ocasião em que se discutiu a celeuma existente sobre o status com que os tratados internacionais de direitos humanos se incorporam ao Direito brasileiro, tendo como pano de fundo a questão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Descreveu-se de maneira pormenorizada a divergência dos posicionamentos adotados pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, os quais encamparam, respectivamente, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados no Brasil com quórum simples e a tese da constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que aprovados com quórum simples.

No capítulo 3 explicou-se a tese defendida pelo professor Valério Mazzuoli, pioneiro no desenvolvimento de uma teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro.

Passou-se, assim, à parte final na qual se concluiu o artigo esclarecendo como o Supremo Tribunal Federal adota o controle de convencionalidade das leis, respondendo, assim, a problemática apresentada.

Panorama Legislativo Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade

Não haveria como falar a respeito de controle convencionalidade das leis sem antes defini-lo. Porém, antes mesmo de dar a definição, deve-se abordar o controle de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal.

Por essa razão, é necessário expor as espécies normativas existentes no Brasil, o papel da Constituição Federal diante delas e dar uma breve explanação sobre o controle de constitucionalidade das leis e do papel do Supremo Tribunal Federal nesse controle. Após traçar esse cenário será possível definir o que se entende por controle de convencionalidade das leis.

O arcabouço legislativo brasileiro é constituído por sete espécies normativas. A esse respeito, o artigo 59 da Constituição Federal de 1988 atribui ao processo legislativo a elaboração de emendas à Constituição, de leis complementares, de leis ordinárias, de leis delegadas, de medidas provisórias, de decretos legislativos e de resoluções.

A obediência ao processo legislativo próprio confere à norma vigência. Já para ser válida, o conteúdo da norma deve estar de acordo com a Constituição Federal. Ferrajoli (2008, p. 21) explica a existência de normas inválidas distinguindo duas dimensões de regularidade ou de legitimidade das normas. Para ele, a vigência da norma refere-se à própria existência da norma e está ligada à forma dos atos normativos, à obediência ao processo legislativo para a produção da norma. Já validade da norma e, em se tratando de leis, a constitucionalidade, tem a ver com o conteúdo.

Não obstante as diferenças existentes entre as sete espécies normativas, há um ponto em comum entre elas, consistente no parâmetro de controle da validade. Significa dizer que as sete espécies normativas possuem o mesmo parâmetro de controle de validade¹, qual seja, a Constituição Federal, devendo, portanto, com ela estarem em conformidade, tendo em vista ser a Constituição o instrumento que assegura a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal tem a função de nortear o arcabouço legislativo brasileiro. Ela é a lei fundamental perante a qual a sociedade se organiza e restringe ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos.

A obediência à Constituição Federal decorre da supremacia da Constituição, ou seja, da

¹ Sobre o controle de constitucionalidade dos decretos legislativos e das resoluções, conferir ADI 5744 e ADI 3.731, respectivamente.

opção feita pelo constituinte originário por um texto dogmático (processo de deliberação baseado nos valores dos constituintes) e rígido (só pode ser alterada por procedimento legítimo e bastante exigente).

Sendo assim, todas as normas que compõem o ordenamento jurídico do país devem se adequar aos parâmetros constitucionais impostos pela Constituição Federal, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

A verificação da adequação da norma infraconstitucional à Constituição Federal é o que se chama por controle de constitucionalidade das leis, ou seja, a Constituição Federal exercendo controle sobre as espécies normativas previstas no próprio texto constitucional.

Há duas formas de controle de constitucionalidade das leis, quais sejam o sistema concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação e o sistema difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção. Nos dizeres de Hitters:

Os órgãos jurisdicionais domésticos – e os Tribunais Constitucionais que em determinados países não dependem do Poder Judiciário – exercem o chamado controle de constitucionalidade que importa uma comparação, entre sua Carta Magna e as normas que por seu alcance estão abaixo dela, devendo-se dar prioridade à primeira (trad. livre). (HITTERS, p. 1.427)

Continua o autor poder-se falar de um órgão controlador concentrado, típico de algumas Constituições Europeias, a partir da Austríaca de 1946, onde a revisão das normas abaixo da Constituição é feita exclusivamente por um único órgão desenhado para tal fim; e, em outros casos, de um controle difuso, como nos Estados Unidos, na Argentina e no México, através de todos os magistrados.

A Constituição brasileira adota as duas espécies de controle, o concentrado, também chamado de austríaco ou europeu, e o difuso, também chamado de americano (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.116).

O sistema concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação objetiva obter a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de caso concreto. É realizado através da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

No sistema concentrado, quando o parâmetro de análise é a Constituição Federal e o ato questionado é legislação federal, a competência para a análise da constitucionalidade do ato normativo é do Supremo Tribunal Federal. Esse esclarecimento é necessário porque, em se tratando de questionamento de legislação municipal ou estadual e de alegação de ofensa à Constituição Estadual, a competência será diversa.

Por outro lado, pelo sistema difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção todo e qualquer juiz estará autorizado a realizar no caso concreto a análise da compatibilidade do ordenamento jurídico para com a Constituição Federal. Nesse caso, os efeitos da eventual conclusão pela incompatibilidade do ato normativo questionado perante a Constituição Federal ficarão restritos ao caso concreto, de modo que o ato questionado permanecerá válido perante terceiros. No sistema difuso, a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo poderá, portanto, ser feita por qualquer juiz.

O controle de constitucionalidade das leis é mais amplo do que o quadro geral exposto. Possui particularidades que não serão tratadas no presente artigo, tendo em vista não ser o tema central, de modo que as palavras acima traçadas objetivaram resumir o modelo de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, limitando-se a esclarecer aspectos necessários à compreensão do controle de convencionalidade das leis.

Assim, a Constituição Federal é o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis, não podendo estas contrariar a Constituição Federal, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. A partir daí, será mais fácil compreender em que consiste o controle de convencionalidade das leis.

Controle de Convencionalidade das Leis

É tendência mundial o privilégio às normas de proteção aos direitos fundamentais do homem. Sob a perspectiva jurídica voltada aos direitos e garantias fundamentais, as constituições passam a ser concebidas numa abordagem de aproximação do Direito Internacional com o Direito Constitucional (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.120).

Os magistrados que compõem a Corte Interamericana utilizam desde o julgamento do caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cuja sentença data de 25 de novembro de 2003 (MAZZUOLI, 2019, p. 173) a expressão “controle de convencionalidade” (HITTERS, p. 1.428). Já a partir do julgamento do caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguardo Alfaro e outros) vs. Peru”, cuja sentença data de 24 de novembro de 2006 (MAZZUOLI, p. 328), os magistrados passaram a defender que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, o Poder Judiciário deve realizar não apenas o controle de constitucionalidade, mas também o controle de convencionalidade das leis, de ofício, evitando a aplicação de leis contrárias às disposições dos tratados internacionais ((HITTERS, p. 1.428).

De maneira simples e direta, o controle da convencionalidade das leis é a compatibilização vertical das normas domésticas em vigor no Estado com os tratados internacionais de direitos humanos mais benéficos em relação às garantias individuais (CAMBI, 2017, p. 246). O controle de convencionalidade consiste na comparação das convenções sobre direitos humanos de que o país seja parte, com as disposições internas do país aderente à convenção (HITTERS, p. 1.428).

No Brasil, se antes o parâmetro de controle da legislação pátria restringia-se ao texto constitucional, isto é, à Constituição Federal e às Emendas à Constituição, agora discute-se a possibilidade desse parâmetro se ampliar para, além da Constituição Federal, os Tratados e Convenções de Direitos Humanos de que o Brasil seja parte serem utilizados como parâmetro de controle das normas. Assim, os juízes nacionais passam a ter o dever de controlar a validade dos atos internos a partir das normas internacionais de direitos humanos (CONCI, 2014, p. 363)

Há três décadas as constituições dos países membros da Corte Interamericana vêm adotando diretrizes de interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da interpretação conforme, do princípio da progressividade e do postulado da interpretação pro homine, ainda que não positivados na respectiva constituição (HITTERS, p. 1.431).

A interpretação conforme consistiria na readequação da interpretação da norma interna para adaptá-la à norma internacional mais favorável aos direitos humanos, para, coma adaptação, manter a incidência da legislação interna, buscando uma hermenêutica que compatibilize a norma interna com os tratados internacionais. Manter-se-á a norma interna conferindo-lhe uma interpretação mais favorável aos direitos humanos (HITTERS, p. 1.431-1.432).

A interpretação segundo o postulado pro homine, por sua vez, consiste em aplicar o princípio hermenêutico em favor da pessoa, aplicando, dentre a regra nacional e a internacional, a que garanta maior benefício à pessoa, numa sistemática chamada de diálogo jurisprudencial entre a justiça local e a internacional (HITTERS, p. 1.434).

A Constituição brasileira, por exemplo, prevê no artigo 5º, § 2º, a necessidade de compatibilização dos direitos e garantias expressos na Constituição a outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como visto, a verificação da conformação da legislação pátria para com a Constituição Federal se dá por meio do controle de constitucionalidade das leis. O controle de convencionalidade das leis, por sua vez, amplia o parâmetro de verificação da compatibilidade das leis, que ultrapassa os limites da Constituição Federal e alcança os tratados e convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

Nasce, daí, a controvérsia acerca da relação hierárquico-normativa entre os tratados e convenções internacionais e a Constituição Federal. Uma dificuldade em se admitir a supremacia de normas internacionais sobre o direito nacional está em aceitar que essa supremacia não violaria direitos fundamentais de um Estado (MENDES; BRANCO, 2017, P. 1.121). Por isso é necessário estabelecer o status com que os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte adentram no país.

A eficácia e a aplicabilidade do direito internacional no sistema jurídico pátrio é tema há tempos discutido. Historicamente, os autores que trataram da relação entre as fontes normativas

do direito internacional e as fontes normativas do direito interno, bem como da hierarquia existente ou não entre tais dividiam-se basicamente entre as escolas monista e dualista.

Os dualistas entendem que as normas internacionais não têm qualquer validade no âmbito interno dos Estados. Segundo eles, o direito internacional e o direito interno são dois sistemas iguais, independentes e separados, que não se confundem, sendo diversos tanto os sujeitos de direito como a estrutura das duas ordens (DIREITO, 1968, p. 45 - 56).

O monismo, por sua vez, admite a prevalência tanto do direito interno (Hegel), na medida em que o Estado é a síntese de contradições verificadas na realidade, detendo soberania absoluta e não comportando prevalência de nenhum outro sistema jurídico, como do direito internacional (Escola de Viena), porquanto o direito internacional retiraria sua força do direito interno, entendendo como relativo o conceito de soberania (DIREITO, 1968, p. 45 - 56).

No Brasil especificamente o tema controle de convencionalidade começou a ser estudado a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que possibilitou a equivalência dos tratados de direitos humanos a emendas constitucionais, desde que aprovados pelo Poder Legislativo com o quórum qualificado de três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação, conforme disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (MENDES; BRANCO, 2017, P. 1.123).

Mas a controvérsia sobre a relação hierárquico-normativa do direito internacional na ordem normativa interna ficou mais evidente no julgamento conjunto dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e do HC nº 87.585 e nº 92.566, ocorrido no ano de 2006.

Controvérsia do Status Conferido aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Âmbito do Supremo Tribunal Federal

No tema pertinente às relações entre as fontes normativas do direito internacional e as do direito interno o Supremo Tribunal Federal assumiu posições que oscilaram ao longo do tempo.

Entre as décadas de 1940 e 1950 o STF, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil, a exemplo dos seguintes julgados: Apelação Cível nº 7.872/RS, Relator Ministro Laudo de Camargo, e da Apelação Cível nº 9.587/DF, Relator Ministro Lafayette de Andrada.

A partir da década de 1970 houve sensível mudança na jurisprudência do STF, passando a reconhecer a relação de paridade normativa entre as espécies derivadas das mesmas fontes jurídicas, ou seja, convenções internacionais e legislação interna do Brasil.

Em 22/11/2006, ao iniciar o julgamento do RE nº 466.343, o STF debruçou-se novamente sobre a questão da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante, equiparado ao depositário infiel através da analogia, tendo em vista que a Lei nº 6.071/1974 concedeu ao credor fiduciário a possibilidade de converter a ação de busca e apreensão em ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia nas situações em que o bem não era encontrado ou não se achasse na posse do devedor fiduciante.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pelo Banco Bradesco visando reformar acórdão proferido pelo TJSP que confirmou sentença proferida pelo juiz de primeiro grau. Este, por sua vez, julgou procedente o pedido do Banco autor para condenar o devedor fiduciante a restituir o veículo ou a entregar o equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a prisão por entende-la inaplicável.

O julgamento do RE nº 466.343 iniciou-se em 2006 e findou-se em 2008. Durante o julgamento, foram incluídos nos debates o RE nº 349.703 e os HCs nº 87.585² e nº 92.566.

O tema central da controvérsia girou em torno do artigo 5º, inciso LXVII, da CF, segundo o

² No HC 87.585/TO intentava-se conceder liberdade a proprietário de empresa que, celebrando contrato de depósito com a sociedade sucedida pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, não o cumpriu, deixando de restituir à CONAB 2.741.516 quilos de arroz em casca natural. A 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Tocantins condenou a empresa depositária a entregar o produto ou seu equivalente em dinheiro, nos termos do art. 11, item 1º, do Decreto 1.102 de 1903, sob pena de ser decretada a prisão civil do proprietário e dirigente. O TRF da 1ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto, contra o qual foi impetrado HC ao TRF da 1ª Região, sem êxito, recurso ordinário em habeas corpus contra o acórdão do TRF da 1ª Região ao STJ que, por decisão monocrática do relator negou seguimento ao recurso. Perante o STF, o Relator Ministro Marco Aurélio deferiu a ordem de soltura do assistido.

qual “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Discutiu-se, mais especificamente, a possibilidade de prisão do depositário infiel e de figuras a ele equiparadas através de leis.

O Relator Ministro Cezar Peluso RE nº 466.343 enfrentou a questão da possibilidade ou não da prisão civil do devedor fiduciante equiparado ao depositário infiel através da interpretação da própria Constituição Federal, sem invocar o direito internacional como fundamento de decisão, concluindo pela rejeição da prisão civil do devedor fiduciante.

Para ele, quando a Constituição Federal cria uma exceção ao exercício de um direito individual, no caso liberdade, não pode a legislação infraconstitucional ampliar a exceção. Assim, não poderia a Lei 6.071/1974 aumentar as hipóteses de prisão civil de modo a alcançar o devedor fiduciante ao equipará-lo ao depositário infiel. Neste aspecto, pertinente é a transcrição de trecho do voto do relator:

É o que constava, aliás, do art. 6º da Introdução ao Código Civil, abrogado menos por superação científica que por constituir objeto mais curial à dogmática. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. E é bom não esquecer que a ‘garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso’, nem que, desde GAIO, se reconhece que em todos os assuntos e circunstâncias a liberdade é que merece maior favor. (itálico no original) (RE 466.343/SP, p. 18)

E continuou o Relator a discorrer não se estar longe da época em que se preconizava interpretação literal da Constituição, quando a resposta à questão suscitada resultasse em possível cerceamento de exercício de direitos fundamentais, lembrando que para Rui Barbosa “o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência”.

Por essa razão a prisão do devedor fiduciário equiparado ao depositário infiel não se revestiria de legitimidade constitucional, porquanto a legislação não poderia ampliar hipótese excepcional de privação do direito à liberdade.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

Em seguida votou o Ministro Gilmar Mendes, cujo resultado seguiu o voto do relator: rejeição do pedido de prisão do devedor fiduciante, negando-se provimento ao recurso. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes ampliou o julgamento para enfrentar o tema pertinente ao status com que as normas internacionais de direitos humanos adentram no Estado.

Para tanto, explicou haver controvérsia acerca da prisão civil do depositário infiel e proibição da prisão civil decorrente de descumprimento de obrigações contratuais pelas legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969³ – Pacto de San José da Costa Rica –, que no artigo 7º dispõe “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966⁴, cujo artigo 11 dispõe “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

O Ministro ressaltou que desde a promulgação da Constituição de 1988, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de acordo com o qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

³ O Pacto de San José da Costa Rica foi assinado em novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.

⁴ O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 1976, quando alcançou-se o número mínimo de adesões (35 Estados) e o Congresso Brasileiro aprovou-o através do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1992, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril de 1992 e, desde então, o Brasil assumiu a responsabilidade pela implementação e proteção dos direitos fundamentais nele previstos.

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ensejou discussões a respeito do status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sintetizados em quatro frentes abaixo apresentadas, algumas seguidas pela respectiva crítica:

- Vertente que lhes confere natureza supraconstitucional: para essa corrente, os tratados internacionais de direitos humanos teriam preponderância em relação às normas constitucionais, as quais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais, de modo que sequer emenda constitucional poderia suprimir a normativa internacional em matéria de direitos humanos subscrita pelo Brasil. Segundo Direito (1968, p. 45-46), o direito internacional e o direito interno são direitos com uma mesma substância de valor e conformação. Para ele, “a destinação universal do Direito das Gentes, enquanto é direito, substancialmente direito, tem como base de sua justificação proteger o homem e, na medida em que se destina ao homem, a sua aplicação imediata é válida e eficaz onde quer que se encontre o homem”.
- Crítica: supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no RHC 79.785/RJ, “a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade (CF, art. 201, III, b)”. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, explica que os “poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-makingpower*” e, por essa razão, ao se celebrar tratados e convenções internacionais devem ser observados o procedimento formal e o conteúdo material da Constituição. Assim, a Constituição, por ser soberana, não ficaria submetida às normas internacionais.
- Vertente que lhes atribui caráter constitucional: o § 2º do artigo 5º da Constituição seria uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil e o § 1º do mesmo artigo asseguraria aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. Para essa corrente, a hierarquia constitucional em relação às normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil somente se daria na hipótese de a norma constitucional ser mais favorável ao titular do direito.
- Crítica: a ideia de hierarquia constitucional dos tratados ocasiona situação singular na Constituição brasileira, diferenciando-a das demais constituições, que já apontam a norma internacional que terá *status* constitucional, a exemplo do que ocorre na Europa em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos que já é apontada pelas constituições como sendo dotada de hierarquia constitucional, dando delimitação exata às normas que comporiam o bloco constitucional. Já no Brasil haveria dificuldade em se saber qual seria o tratado com esta conotação, além do Pacto de San Jose.
- Vertente que reconhece o *status* de lei ordinária a tais diplomas internacionais: os tratados de direitos humanos, a exemplo de qualquer convenção internacional, seriam equivalentes às leis ordinárias e não teriam legitimidade para confrontar ou complementar a Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.
- Crítica: de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”.
- Vertente que lhes atribui caráter supralegal: é a tese mais bem acolhida pelo Ministro Gilmar Mendes. Os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas estariam acima da legislação infraconstitucional por possuírem caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais que tratam de matéria diversa a

direitos humanos.

Após expor as teses em relação à matéria, o Ministro Gilmar Mendes explicitou o posicionamento pessoal em relação à questão e concluiu o voto. Segundo ele:

“[] desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, 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), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”.

Importante salientar, por fim, por honestidade de pensamento, que a tese da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil foi tratada pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto condutor proferido no RHC 79.785 de 22/11/2002⁵.

Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, apresentou voto cujo resultado, a exemplo do voto do Ministro Gilmar Mendes, assemelhava-se ao voto do Relator, ou seja, pela rejeição do pedido de prisão do devedor fiduciante.

Nas razões de decidir, entretanto, desenvolveu posicionamento diverso do explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes no que diz respeito ao *status* com que as normas internacionais de direitos humanos adentram nos Estados. Para ele, as normas internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, ou seja, equiparam-se à própria Constituição, independentemente de se submeterem ao procedimento legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

O procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal conferiria às normas internacionais de direitos humanos a formalidade constitucional, equiparando-as a emendas constitucionais.

Já os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, seriam, ainda assim, materialmente constitucionais e comporiam do chamado bloco de constitucionalidade, ao lado das normas constitucionais e dos tratados internacionais de hierarquia constitucional no plano interno (CONCI, p. 1.469).

Portanto, no julgamento dos processos em questão, o Supremo Tribunal Federal dividiu-se quanto ao status hierárquico-normativo com que os tratados e convenções internacionais e direitos humanos não incorporados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal adentrariam no âmbito normativo interno.

Para a corrente majoritária, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, tais normas internacionais adentrariam no sistema normativo pátrio com aspecto supralegal, de modo que as normas anteriores e a ela divergentes seriam revogadas e as normas posteriores e contrárias seriam inconventionais (não ultrapassariam o controle de convencionalidade).

Para a corrente minoritária, encampada pelo Ministro Celso de Mello, o status conferido a tais normas internacionais seria de constitucionalidade e, conseqüentemente, as leis contrárias

⁵ Min. Sepúlveda Pertence: a hierarquia está “ínsita em preceitos inequívocos” da Constituição, “como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). O Ministro aceito, assim, “sem certezas suficientemente amadurecidas, a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (RHC 79.785).

seriam inconstitucionais, e não, inconvenções.

Ao final do julgamento prevaleceu, então, a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes de status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, como resultado do julgamento, fixou-se o não cabimento no Brasil de nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque todas as leis ordinárias em sentido contrário ao art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 foram por esta derogadas.

Acerca da matéria a Corte suprema, editou, inclusive, a súmula 25, segundo a qual “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Desde então, a proibição da prisão civil de depositário infiel é peremptória, inexistindo qualquer dúvida sobre sua vedação.

Posição defendida por Valério Mazzuoli

A importância do Professor Valério Mazzuoli para o tema controle de convencionalidade das leis consiste no fato de ter sido o primeiro a tratar sistematicamente da técnica dos controles difuso e concentrado de convencionalidade, bem como do controle de supralegalidade das leis na tese de doutoramento aprovada *summa cum laude* por unanimidade, intitulada Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis (MAZZUOLI, 2018), defendida em 4 de novembro de 2008, um mês antes da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566, ocorrido em 03 de dezembro de 2008.

Na nota prévia à 5ª edição da monografia o autor exemplifica a abordagem do tema controle de convencionalidade pela jurisprudência invocando a Recomendação n.º 1, de 25.01.2017, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins, que, nas palavras do autor, “pioneiramente entre os tribunais brasileiros, resolveu ‘recomendar aos magistrados que observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças’ (art. 1º)” (MORAIS, 2017).

A Recomendação n.º 1 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins coloca em prática a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso J. vs Peru⁶, segundo a qual os juízes em todos os níveis de jurisdição têm a obrigação de exercer de ofício o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, ainda que o controle de convencionalidade seja exercido de ofício, os magistrados não podem ignorar os pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência impostas na legislação interna para que não haja ofensa ao princípio do devido processo legal (HITTERS, p. 1.433).

Para Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país têm status de normas constitucionais, independentemente do quórum de aprovação, por força do disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Consequentemente, os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa brasileira, ao qual se nomina de controle de convencionalidade das leis.

Do mesmo modo que ocorre com o controle de constitucionalidade das leis, também o controle de convencionalidade das leis poderia se dar tanto na via de ação (controle concentrado), quanto pela via de exceção (controle difuso) (HITTERS, p. 1.432).

A diferença entre a aplicação dos dois tipos de controle é que a via de ação seria pertinente somente aos tratados internacionais aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, enquanto que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal autorizaria o controle pela via de exceção, arguindo-se a inconvenção das leis em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no plano interno.

O controle de convencionalidade das leis pela via de exceção pode ser aplicado por qualquer magistrado do Brasil. O sentido é que os juízes de primeiro grau de jurisdição, em especial, executem o controle primário das leis e adotem as normas domésticas e as internacionais que acharem convenientes ao caso concreto (HITTERS, p. 1.436).

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso J. vs Peru, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C n.º 275, par. 407.

Daí se tem que os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado, ou seja, aprovados com o quórum especial do art. 5º, § 3º, da CF, autorizariam a propositura das ações do controle abstrato, quais sejam ADI, ADC, ADPF etc. para atacar a validade de norma interna que lhes violasse.

O status de supralegalidade dos tratados internacionais, por sua vez, ficaria resguardado somente àqueles que avertissem matéria diversa de direitos humanos, ratificados e em vigor no Brasil.

Assim, de acordo com Mazzuoli, haveria no Brasil, além do controle de legalidade (entre um decreto e uma lei, por exemplo), o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade e o controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

Para o doutrinador, a produção normativa brasileira contaria com um duplo limite vertical material. O primeiro limite seria a Constituição e os tratados de direitos humanos (aprovados ou não pelo quórum especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF) e o segundo limite seriam os tratados internacionais comuns.

Conclusão

A posição predominante no Supremo Tribunal Federal é, desde 2008, aquela proclamada no julgamento conjunto REs nº 466.343/SP e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em oposição à tese defendida pelo Ministro Celso de Mello que conferia hierarquia constitucional a tais tratados, em conformidade com a tese defendida pelo Professor Valério Mazzuoli.

Para o STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não aprovados com o quórum previsto no art. 5º, § 3º, da CF, possuem status supralegal e servirão de paradigma para o controle difuso de supralegalidade (ou de convencionalidade); e os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da CF servirão de paradigma para o controle de convencionalidade concentrado perante o STF ou perante qualquer magistrado por meio do controle difuso.

Por fim, conclui-se que o controle de convencionalidade defendido por Mazzuoli é diverso daquele defendido pelo STF, correspondente à tese majoritária encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, na medida em que Mazzuoli confere aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil status constitucional, independentemente do quórum de aprovação pelo Congresso Nacional, autorizando-os a serem paradigma de exercício do controle de convencionalidade das leis, o qual estaria no mesmo patamar do controle de constitucionalidade das leis, com a diferença de que, neste, o paradigma é a Constituição Federal, defendendo, ainda, que os tratados internacionais seriam paradigma do controle de supralegalidade das leis, localizando-se em patamar superior à legislação ordinária, tese não aceita pelo STF, segundo o qual tais tratados teriam status de lei, não servindo como parâmetro de controle da validade das leis.

Assim, não obstante a tese adotada por Mazzuoli dê maior abertura à integração dos tratados internacionais no âmbito normativo brasileiro, fenômeno que corresponde a uma tendência mundial de internacionalização do Direito, no Brasil não se pode negar *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974**. Brasília, DF, 3 jul. 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785**, Plenário, Brasília, DF, 29 de março de 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.as>

p?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1. Acesso em 01.07.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. **Recurso Extraordinário nº 466.343**, Plenário, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=104&dataPublicacaoDj=05/06/2009&incidente=2343529&codCapitulo=5&numMateria=17&codMateria=1>. Acesso em 17.06.2019.

CAMBI, Eduardo. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 102/2017, p. 245-268.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**. vol. 232/2014, p. 363-390.

Corte IDH. **Caso J. vs Peru, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C, n.º 275, par. 407**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf]. Acesso em 29.06.2019.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **O estado moderno e a proteção dos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

HITTERS, Juas Carlos. Controle de Convencionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 10/2015, p. 1.427-1.465.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais**. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Roniclay Alves de. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Poder Judiciário Tocantinense: internalização da jurisprudência da Corte como forma de aplicação dos direitos humanos e conhecimento dos tratados internacionais**. Palmas, TO, 2017. Orientador: Gustavo Pachoal Teixeira de Castro Oliveira.

Recebido em 09 de setembro de 2019.

Aceito em 21 de fevereiro de 2020.