

12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

V O T O

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registro, desde logo, Senhora Presidente, **nestes** casos em que pedi vista, **a excelência** dos doutos votos neles **já** proferidos pelos eminentes Ministros desta Suprema Corte, **notadamente** aqueles da lavra dos eminentes Senhores Ministros CEZAR PELUSO (**RE** 466.343/SP), MARCO AURÉLIO (**HC** 87.585/TO) e GILMAR MENDES (**RE** 349.703/RS e **RE** 466.343/SP), que analisaram, em **substanciosos** pronunciamentos, **apoiados** em razões **que tanto enriquecem** este julgamento, **a controvérsia jurídica** ora em exame, **referente** ao tema da prisão civil do depositário infiel, **bem assim à questão da constitucionalidade**, ou não, da **alegada** equiparação legal do devedor fiduciante, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, **à figura jurídica** do depositário.

A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito positivo brasileiro, **no plano infraconstitucional** da legislação interna, **a prisão civil** do depositário infiel, **considerado o que dispõem a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos/**Pacto de São José** da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) **e o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

A alta relevância dessa matéria, **que envolve** discussão **em torno** do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, **impõe que se examine**, de um lado, **o processo de crescente internacionalização** dos direitos humanos **e**, de outro, **que se analisem as relações** entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) **e** o direito internacional dos direitos humanos, **notadamente** em face do preceito inscrito **no § 3º** do art. 5º da Constituição da República, **introduzido** pela EC nº 45/2004.

Nesse contexto, **o tema** da prisão civil por dívida, **analisado** na perspectiva dos documentos internacionais, **especialmente** na dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **assume** significativa importância no plano jurídico, **pois estimula reflexão** a propósito de uma clara tendência que se vem registrando **no sentido** da abolição desse instrumento de coerção processual, **que constitui resquício** de uma prática **extinta**, já na Roma republicana, **desde** o advento, no século V A.C., da "*Lex Poetelia Papiria*", **saudada**, então, **enquanto** marco divisor entre dois períodos históricos, como representando a "*aurora dos novos tempos*".

Vale referir, a esse respeito, a valiosa lição de ALFREDO BUZAID ("Do Concurso de Credores no Processo de Execução", p. 43/44, item n. 3, e p. 53, item n. 10, 1952, Saraiva):

"No período das 'legis actiones', a execução se processava normalmente **contra a pessoa** do devedor, **através** da 'legis actio per manus injectionem'. **Confessada** a dívida, **ou julgada** a ação, **cabia a execução** trinta dias depois, **sendo concedido** êsse prazo a fim de o devedor poder pagar o débito. **Se êste não fôsse solvido**, o exequente **lançava** as mãos **sobre o devedor** e o conduzia a juízo. **Se** o executado **não satisfizesse** o julgado **e se ninguém** comparecesse para afiançá-lo, **o exequente** o levava consigo, **amarrando-o** com uma corda, **ou algemando-lhe** os pés. **A pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado** durante sessenta dias. **Se** o devedor **não se mantivesse** à sua custa, **o credor** lhe daria diàriamente algumas libras de pão. **Durante** a prisão era levado a três feiras sucessivas **e aí apregoado** o crédito. **Se** ninguém o solvesse, **era aplicada** ao devedor a pena capital, **podendo** o exequente matá-lo, **ou vendê-lo** 'trans Tiberim'. **Havendo pluralidade** de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fôsse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude.

.....
O **extremo rigor** do primitivo processo civil romano **não perdurou** largo tempo. **Fez-se logo sentir** a necessidade de uma reforma. **Em 428, ou 441, foi publicada a 'Lex Poetelia'**: seu objetivo foi, por um lado, fortalecer a intervenção do juiz. **Assim foi abolida** a faculdade de matar o devedor insolvente, de vendê-lo como escravo, **ou de detê-lo** na cadeia, **bem como proibido** o uso da 'manus injectio' contra o devedor não 'confessus', nem 'judicatus'. **Tornava-se indispensável** a intervenção do magistrado **mesmo** quando o devedor se tivesse obrigado pelas formas solenes do 'nexum'." (grifei)

Sabemos que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional. A Lei Fundamental, ao estabelecer as bases do regime que define a proteção dispensada à liberdade individual, consagra, **em tema de prisão civil por dívida**, uma tradição republicana, que, iniciada pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 30), tem sido observada, com a só exceção da Carta de 1937, **pelos sucessivos** documentos constitucionais brasileiros (CF/46, art. 141, § 32; CF/67, art. 150, § 17; CF/69, art. 153, § 17). A Constituição de 1988, perfilhando essa mesma orientação, dispõe, em seu art. 5º, **inciso LXVII**, que **"Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel"** (grifei).

Esse preceito da Constituição brasileira, como se vê, contempla a possibilidade de o legislador comum, em duas hipóteses - (a) inadimplemento de obrigação alimentar e (b) infidelidade depositária -, limitar o alcance da vedação constitucional **pertinente** à prisão civil.

Ocorre, no entanto, Senhora Presidente, **que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, ao dispor sobre o estatuto jurídico da liberdade pessoal, **prescreve**, em seu art. 7º, n. 7, que **"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os**

mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar" (grifei).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, **a que o Brasil aderiu** em 25 de setembro de 1992, **foi incorporada** ao nosso sistema de direito positivo interno **pelo Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992, e que, **editado** pelo Presidente da República, **formalmente consubstanciou** a promulgação desse importante ato internacional.

Essa Convenção internacional - **reiterando** os grandes princípios generosamente proclamados **pela Declaração Universal** dos Direitos do Homem, **pela Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem **e pela Carta** da Organização dos Estados Americanos - **reafirmou o propósito** dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, *"dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem"*.

Na realidade, o Pacto de São José da Costa Rica **constitui** instrumento normativo **destinado** a desempenhar um papel de extremo relevo **no âmbito** do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, **qualificando-se,** sob tal

HC 87.585 / TO

perspectiva, **como peça complementar** no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, **celebrado** sob os auspícios da Organização das Nações Unidas **e revestido** de projeção global **no plano** de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, **estabelece**, em seu Artigo 11, que *"Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual"*.

Vê-se, daí, **considerado** esse quadro normativo **em que preponderam** declarações constitucionais **e** internacionais de direitos, **que o Supremo Tribunal Federal** se defronta com um grande desafio, **consistente em extrair**, dessas mesmas declarações internacionais **e** das proclamações constitucionais de direitos, **a sua máxima eficácia**, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana tornarem-se **palavras vãs**.

Presente esse contexto, **convém insistir na asserção** de que o Poder Judiciário **constitui** o instrumento **concretizador** das

liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais **assegurados** pelos tratados e convenções internacionais **subscritos** pelo Brasil. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. **Assiste**, desse modo, ao Magistrado, **o dever de atuar** como instrumento da Constituição - **e garante** de sua supremacia - **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, **conferindo**, ainda, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - **e notadamente** dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover** a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais e **assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de

um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas **impõem-se** ao Estado **como obrigação indeclinável**, que se justifica **pela necessária submissão** do Poder Público **aos direitos fundamentais** da pessoa humana.

O conteúdo dessas liberdades - verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal - **acentua-se** pelo caráter ético-jurídico que assumem **e** pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais **criam, em torno da pessoa**, uma área **indepassável** à ação do Poder.

As liberdades clássicas - cujo processo de afirmação histórica tem seu momento culminante no Século XVIII - **projetaram-se**, no plano político-jurídico, **como direitos de primeira geração**, objeto de formulações constitucionais que visavam, precipuamente, à limitação dos poderes do Estado.

Nesse sentido - e no contexto histórico-social em que se formaram -, **as Declarações de Direitos** representaram, **sempre**, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e

garantias individuais. **Era-lhes subjacente** a idéia de conter, **mediante** limitações jurídicas, **a onipotência** do próprio Estado.

Essa visão do tema, derivada de uma perspectiva "**ex parte populi**", consagrou, iniludivelmente, **o postulado** da liberdade e a **primazia** da pessoa humana, **no campo delicado e complexo** das relações estruturalmente desiguais entre o Estado e o indivíduo.

A problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea **não pode prescindir**, em conseqüência, **de um dado axiológico essencial**: o do valor ético fundamental da pessoa humana.

Por isso mesmo, acentua CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

"O valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura - o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental - passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza."

Esta é uma verdade que se não pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada,

de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante e condicionante, que é, da própria ordem político-jurídica do Estado.

Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, **ao promulgar** a Constituição do Brasil, **nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica:**

(a) **a dignidade** da pessoa humana (artigo 1º, n. III);

(b) **a prevalência** dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);

(c) **o repúdio** à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);

(d) **a punibilidade** de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);

(e) **a inafiançabilidade e a inagraviabilidade** do crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);

(f) **a proscricão** de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);

(g) **a intangibilidade física e a incolumidade moral** de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);

(h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);

(i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, **que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, realizada em Viena, em

1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, **representou** um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, foi responsável - consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES ("Os Direitos Humanos como Tema Global", p. 135/144, item n. 8.2, 1994, Perspectiva) - por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

Cumpre não desconhecer, nesse contexto, o alcance **e** o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene de **todos** os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

Resulta claro de todas as observações que venho de fazer que os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, dentre os quais avulta, por sua extraordinária importância, o direito de não sofrer prisão por dívida, ainda mais se se considerar que o instituto da prisão civil por dívida - **ressalvada** a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar - **vem sendo progressivamente abolido** no âmbito do direito comparado.

É certo que a Constituição da República, ao vedar a prisão civil por dívida, prevê a possibilidade de o legislador ordinário instituí-la em duas situações excepcionais: (a) a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e (b) a do depositário infiel (CF, art. 5º, **inciso LXVII**).

Também é inquestionável que a prisão civil, que não é pena, mas simples medida de coerção jurídico-processual (HC 71.038/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 66.627/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, **v.g.**) - entendimento este igualmente adotado pelo magistério da doutrina (CLÓVIS BEVILAQUA, "Código Civil",

HC 87.585 / TO

vol. V, p. 22/23, itens ns. 3 e 5, 1957, Francisco Alves; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, "A Ação de Depósito e o Pedido de Prisão", "in" "Revista de Processo", vol. 36/12, v.g.) -, não foi instituída pela Constituição Federal.

Na realidade, as exceções à cláusula vedatória da prisão civil por dívida devem ser compreendidas como um afastamento meramente pontual da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, em ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e injustificável de obrigação alimentar e de infidelidade depositária.

Isso significa que, sem lei veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador ("*interpositio legislatoris*"), eis que cabe, a este, cominar a prisão civil, delineando-lhe os requisitos, determinando-lhe o prazo de duração e definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo

HC 87.585 / TO

legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e conseqüentemente viabilizadora da análise - que me parece inteiramente pertinente ao caso em questão - das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados nacionais.

Torna-se relevante assinalar que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 74.383/MG**, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 166/963), **pôs em destaque a não-vinculatividade** do legislador ordinário às exceções constitucionais **que meramente permitem - mas não obrigam -** a instituição, pelo Congresso Nacional, da prisão civil, **havendo ressaltado**, ainda, nesse julgamento, **como fundamento essencial** de sua decisão, **considerado** o que dispõem o art. 4º, II, e o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, **a primazia** que os direitos e garantias individuais **ostentam** em nosso ordenamento positivo.

Reproduzo, no ponto, fragmento do voto **então** proferido pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK (RTJ 166/963, 971-972):

"Há de se presumir equilíbrio e senso das proporções em todo legislador, sobretudo no constituinte quando trabalha nas condições em que trabalhou o constituinte brasileiro de 1988. Ele

prestigia uma tradição constitucional brasileira: **não há**, nesta República, **prisão por dívida**; **não se prendem** pessoas **porque** devem dinheiro. **Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir** em nome do equilíbrio? **Que essas duas exceções** têm peso mais ou menos equivalente. **No caso do omissio** em prestar alimentos, a linguagem constitucional é firme: inadimplemento **voluntário e inescusável** da obrigação. **E**, ao lado disso, **o que mais excepciona** a regra da proibição da prisão por dívida? **O depositário infiel. Mas nunca se há de entender** que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. **O depositário infiel** há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omissio em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. (...). Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera. (...).

Mas, por cima de tudo isso, ainda vem São José da Costa Rica. Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro.

(...) **o inciso LXVII** proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissio e do depositário infiel. Permite, **não obriga**. O constituinte **não diz**: prenda-se o depositário infiel. **Ele diz: é possível legislar nesse sentido**. (...) a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. (...)." (grifei)

Vê-se, daí, que a própria Constituição tornou juridicamente viável, no plano da legislação meramente comum, a possibilidade de o legislador ordinário, mesmo em face das duas

únicas exceções previstas na Lei Fundamental, sequer considerar a instituição desse instrumento excepcional de coerção processual, a indicar, portanto, que se revela plenamente legítimo, no âmbito infraconstitucional, ao Congresso Nacional, e desde que assim o entenda conveniente, restringir ou, até mesmo, suprimir a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento positivo.

Na realidade, o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil, eis que dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite - sempre **respeitados** os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII) - (a) disciplinar **ambas** as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar **e** infidelidade depositária), (b) **abster-se**, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la **em apenas uma** das hipóteses facultadas pela Constituição.

Abre-se, desse modo, um campo de relativa discricção, ao Poder Legislativo, que poderá, presente tal contexto, adotar qualquer das providências acima mencionadas.

Esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, não impõe, ao legislador comum, a regulação do instituto da prisão

civil, com necessária projeção e abrangência **das duas** hipóteses excepcionais **a que se refere** a Constituição.

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

É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos - como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) -, ao limitarem a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos **em face** da legislação comum, **de caráter** infraconstitucional, **editada** pelo Estado brasileiro.

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente - notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre

direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de **paridade normativa** com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, **examinada** a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis **internas** em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

Daí a observação que o eminente Ministro GILMAR MENDES **fez** em seu douto voto:

"Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em

quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, **a mudança constitucional** ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

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

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

Vale lembrar, ainda, neste ponto, **expressiva** passagem **constante** do voto que o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE **proferiu**, como Relator, no julgamento **do RHC 79.785/RJ** (RTJ 183/1010-1012, 1022), **demonstrando** a sua inclinação no sentido de, **ao reconhecer** a necessária prevalência da Constituição, "no Direito brasileiro, sobre **quaisquer** convenções internacionais, **incluídas** as de proteção aos direitos humanos (...)", **admitir**,

contudo, a precedência desses mesmos tratados internacionais sobre a legislação **interna** do Estado brasileiro:

"(...) tendo, assim (...), a aceitar a outorga de força supra-legal 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."
(grifei)

Vale registrar, neste ponto, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("Curso de Direito Constitucional", p. 670/671, item n. 9.4.4, 2007, IDP/Saraiva), cuja análise e compreensão da função tutelar dos tratados internacionais, própria e co-natural, em matéria de liberdades públicas, à vocação protetiva inerente ao Direito internacional contemporâneo, põe em perspectiva o decisivo papel que se atribui, hoje, em tema de direitos humanos, às convenções internacionais, culminando por reconhecer-lhes eficácia inibitória de diplomas normativos, que, impregnados de qualificação infraconstitucional, com elas se mostrem colidentes:

"Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos

supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, 'a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central'.

Portanto, diante do inequívoco **caráter especial** dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, **não é difícil entender** que a sua internalização no ordenamento jurídico, **por meio** do procedimento de ratificação **previsto** na Constituição, **tem o condão de paralisar** a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa **infraconstitucional** com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, **diante da supremacia** da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional** da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) **não foi revogada** pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) **e** à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade** diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, **incluídos** o art. 1.287 do Código Civil de 1916 **e** o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. **É o que ocorre**, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), **que reproduz** disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

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

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, **que há expressivas lições doutrinárias** - como aquelas ministradas por

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE ("Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos", vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER ("A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais", p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), **dentre** outros eminentes autores - **que sustentam**, com sólida fundamentação teórica, **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, na ordem positiva interna brasileira, **qualificação constitucional**, **acentuando**, ainda, que as convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos, **celebradas** pelo Brasil **antes** do advento da EC nº 45/2004, **como** ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, **revestem-se de caráter materialmente constitucional**, **compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual** de *bloco de constitucionalidade*.

Vale referir, no ponto, **e no sentido** ora exposto, **o douto magistério** do eminente Professor CELSO LAFER ("A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais", p. 15/18, 2005, Manole):

"No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos

tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois argüiu-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. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, o novo § 3º que diz:

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

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 jurídica interna, têm 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, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 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 'iter' 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 n. 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 encarados** 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, acima referido.

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 de 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 é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. 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 critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 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'.**" (grifei)*

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte **de que participei** como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) **tratados** internacionais de direitos humanos **celebrados** pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), **e regularmente** incorporados à ordem interna, **em momento anterior** ao da promulgação da Constituição de 1988 (**tais** convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) **tratados** internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) **em data posterior** à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, **para**

se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados").

Essa mesma percepção do tema em causa, que extrai a qualificação constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos dos textos normativos inscritos nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, é também revelada por FRANCISCO REZEK ("Direito Internacional Público - Curso Elementar", p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva):

" 'Direitos e garantias individuais: o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição'. No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988,

que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. (...).

A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento **do terceiro parágrafo** ao mesmo artigo constitucional: **os tratados sobre direitos humanos** que o Congresso **aprove** 'com o rito da emenda à carta' - **em cada casa** dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos **do total** de seus membros - **integrarão em seguida** a ordem jurídica **no nível** das normas da própria Constituição. **Essa nova regra**, que se poderia chamar de cláusula holandesa por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados (v. **referência** no § 49), **autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer** que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. **Pode haver dúvida preliminar** sobre a questão de saber **se** determinado tratado **configura** realmente essa hipótese temática, **mas se tal for o caso** o Congresso seguramente adotará o rito previsto **no terceiro parágrafo**, de modo que, **se** aprovado, **o tratado se qualifique** para ter estatutura constitucional **desde** sua promulgação - **que pressupõe**, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. **Não haverá** quanto a semelhante tratado **a possibilidade** de denúncia **pela só vontade** do Executivo, **nem a de que** o Congresso **force a denúncia** mediante lei ordinária (v. adiante o § 53), **e provavelmente** nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, **visto** que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

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 controvérsia** 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." (grifei)

Igual entendimento é perfilhado por FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 71/74, 7ª ed., 2006, Saraiva), cuja lição assim expõe a matéria ora em exame:

"Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispendo: 'Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando - tal como o fez o texto argentino - que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o 'quorum' qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

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

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu 'quorum' de aprovação. **A título de exemplo, destaque-se** que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último - um tratado complementar e subsidiário ao principal - fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.

(...) **Esse entendimento decorre de quatro argumentos:** a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas

deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer, de modo explícito, a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pelo elevado 'quorum' de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter 'status' formal de norma constitucional tão-somente pelo procedimento de sua aprovação.

.....
Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, crescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal." (grifei)

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 694/695, item n. 8, 2ª ed., 2007, Atlas), por sua vez, segue essa mesma orientação, assim resumindo, no ponto em análise, a sua compreensão do tema em causa:

"Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm 'status' de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o

qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional **'não excluem** outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte', **pois**, na medida em que a Constituição **'não exclui'** os direitos humanos provenientes de tratados, **é porque ela própria 'os inclui'** no seu catálogo de direitos protegidos, **ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia** de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. **Portanto, já se exclui**, desde logo, **o entendimento** de que os tratados de direitos humanos **não aprovados** pela maioria qualificada **do § 3º** do art. 5º **equivalem** hierarquicamente à lei ordinária federal, **uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas** por maioria simples **(nos termos** do art. 49, inc. I, da Constituição) **e não** pelo 'quorum' que lhes impõe o referido parágrafo. **Aliás, o § 3º** do art. 5º em nenhum momento atribui 'status' de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. **Dizer** que os tratados de direitos humanos **aprovados** por este procedimento especial **passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais' não significa** obrigatoriamente **dizer** que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. **O que se deve entender** é que o 'quorum' **que o § 3º** do art. 5º **estabelece** serve **tão-somente** para atribuir **eficácia formal** a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, **e não para atribuir-lhes a índole e o nível 'materialmente' constitucionais que eles já têm** em virtude **do § 2º** do art. 5º da Constituição.

O que é necessário atentar é que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição **cuidam** de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para quê serviria a regra insculpida **no § 3º** do art. 5º da Carta de 1988, senão para atribuir 'status' de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? **A diferença entre o § 2º, 'in fine', e o § 3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil:** nos termos da parte final **do § 2º** do art. 5º, os 'tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte' **são**, a 'contrario sensu', **incluídos** pela Constituição, **passando conseqüentemente a deter o 'status' de norma**

constitucional' e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais ('bloco de constitucionalidade'); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, **uma vez aprovados** tais tratados de direitos humanos pelo 'quorum' qualificado ali estabelecido, **esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais'.**

(...) **A relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida por esta norma é de 'equivalência' e não de 'igualdade', exatamente pelo fato de 'tratado' e 'norma interna' serem coisas desiguais, não tendo a Constituição pretendido dizer que 'A é igual a B', mas sim que 'A é equivalente a B', em nada influenciando no 'status' que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada. Falar que um tratado tem 'status de norma constitucional' é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é 'equivalente a uma emenda constitucional', o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Assim, o que se quer dizer é que o regime 'material' (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime 'formal' (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm 'status' de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser 'equivalentes às emendas constitucionais'), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo 'quorum' do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição."**
(grifei)

É interessante observar que ANDRÉ RAMOS TAVARES (“Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça”, p. 47/48, item n. 3.2.2.5, 2005, Saraiva), **além de atribuir qualificação constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos cujo processo de incorporação ao ordenamento interno **tenha observado** o “iter” procedimental **previsto no § 3º** do art. 5º da Constituição, **também sustenta** que as convenções internacionais sobre **idêntica** categoria temática, **celebradas** pelo Brasil **em data anterior** à da promulgação da EC nº 45/2004, **foram recebidas** com força, autoridade e valor de normas constitucionais:

“Quanto aos tratados celebrados anteriormente à EC n. 45/04, e já internalizados pelo rito anterior, cabe indagar sobre sua situação a partir da Reforma. Com base na premissa de que não se aplicava o § 2º do art. 5º da CB, duas leituras, no mínimo, seriam possíveis doravante: (i) permanecerem com o ‘status’ próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; (ii) passarem automaticamente a ter ‘status’ de emenda constitucional, numa espécie de recepção. Infelizmente não houve a preocupação em estabelecer uma regra de transição que disciplinasse o delicado e relevante tema dos tratados incorporados anteriormente à EC n. 45/04.

Como se sabe, no fenômeno da recepção de normas anteriores à nova Constituição (ou à nova emenda constitucional), apenas verifica-se sua compatibilidade material, que, no caso positivo, permite a absorção da antiga norma infraconstitucional com o ‘status’ que a nova Constituição conferir à respectiva matéria. Assim, se se tratava de lei ordinária e a nova Constituição passou a exigir lei complementar, se não houver outra incompatibilidade, a antiga norma é recepcionada como se lei complementar fosse (posto que só poderá ser alterada, doravante, por nova lei complementar). Essa a

extensão da tese que declara haver novação legislativa, **pela introdução** de um novo fundamento de validade (...).

Assim, se a nova 'regra' constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, **versando (e adotando)** direitos humanos, **possam** ser incorporados ao Direito positivo brasileiro, **há total compatibilidade** com esses documentos que, **anteriormente**, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. **Só que, a partir de então, seu 'status' passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (e, pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só** porque não poderão ser alterados **senão** por nova emenda, **mas também** porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (**proibição do retrocesso**).” (grifei)

Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, **reconsiderando** o seu anterior entendimento, **tal como eu próprio ora faço** neste julgamento, **destacou**, em momento que precedeu a promulgação da EC nº 45/2004, **que o § 2º** do art. 5º da Constituição - **verdadeira** cláusula geral de recepção - **autoriza** o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **em face** da relevantíssima circunstância **de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional** de direitos e garantias individuais, **de outras** prerrogativas e liberdades fundamentais, **que passam a integrar**, subsumindo-se ao seu conceito, **o conjunto normativo** configurador do **bloco de constitucionalidade**:

“(...) certo que, no § 2º do art. 5º, se tem uma **norma de caráter aberto**, que dá margem ao ingresso, no

rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos; ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, que podem adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nelas escritos, ampliando o que se costuma chamar de 'bloco de constitucionalidade', **nas palavras** de Canotilho ('Direito Constitucional', p. 241). São normas **materialmente** constitucionais, **que,** conquanto **não se incorporem** ao Texto Fundamental, **ampliam o núcleo mínimo** de direitos e garantias nele consagrados, **ganhando** hierarquia constitucional.

É a própria Constituição **que assim as considera,** ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, **refletindo,** com isso, **orientação** adotada pelo nosso constituinte **no sentido** de se ajustar às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

.....
O **exemplo clássico** é o da prisão civil do depositário infiel, **permitida** no inciso LVII do art. 5º da CF/88 **e vedada** no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos **e no art. 7º** do Pacto de São José da Costa Rica.

.....
Valendo dizer que eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, **para pôr-se de acordo** com as modernas teorias acima expostas, **haverá de partir** da adoção da tese **de que o § 2º** do art. 5º da CF **elevou à categoria de normas integrantes** do chamado '**bloco da Constituição**' as normas **decorrentes** de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte." (grifei)

Desejo fazer, neste ponto, Senhora Presidente, uma pequena observação.

Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada

Zulaiê Cobra, **então** Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, **em Substitutivo** que ofereceu à PEC nº 96/92, **proposta que sugeri** àquela Comissão da Câmara dos Deputados, **no sentido** de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, **objetivando**, com tal sugestão, **superar** a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance **do § 2º** do art. 5º da Constituição.

Essa eminente congressista paulista, **em parecer** que produziu como **Relatora** da Proposta de Reforma do Poder Judiciário, **no âmbito** da Câmara dos Deputados, **assim justificou**, no ponto, o **Substitutivo** que ofereceu:

"Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição Argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, n. 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º." (grifei)

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) - da "prevalência dos direitos humanos" **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição

jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de

direitos humanos, supremacia e precedência em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal.

Cabe registrar, aqui, uma observação que se faz necessária. Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado.

Isso significa, portanto, presente tal contexto, que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério

ênfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem "O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte" (grifei).

Cumprê referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal - que detém, em matéria constitucional, "o monopólio da última palavra" -, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.

A regra de direito - todos o sabemos - nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação.

Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do "corpus" constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de "aggiornamento", o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam "Zeitgeist".

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, ao reconhecer "que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional", para

ênfatizar, a partir dessa constatação, que **"A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo"** (grifei).

O fato é que - consoante assinalou em seu douto voto - **"A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos"** (grifei).

Não custa lembrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, assumiu posições que oscilaram no tema pertinente às relações **entre** as fontes normativas do direito internacional e aquelas do direito interno.

Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e

HC 87.585 / TO

de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (Apelação Civil 7.872/RS, Rel. Min. LAUDO DE CAMARGO - Apelação Civil 9.587/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70 - RTJ 83/809 - RTJ 179/493-496, v.g.).

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido)

importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

Sabemos que o exercício do "*treaty-making power*", pelo Estado brasileiro - não obstante os polêmicos arts. 27 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.

A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico (RTJ 84/724 - RTJ 121/270-276 - RTJ 179/493-496). Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir o texto da Carta Política, como sucederia, p. ex., na hipótese de o Estado brasileiro subscrever tratados internacionais ofensivos e gravosos ao regime das liberdades públicas consagrado pela própria Lei Fundamental.

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral - e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política - impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais, como hoje ocorre, p. ex., no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976) - com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989) - excepcionalmente admite a incidência de normas apenas formalmente inconstitucionais constantes de tratados internacionais (art. 277, n. 2): "A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental" (grifei).

Impõe-se enfatizar, neste ponto, que o modelo consagrado pela Constituição de Portugal revela-se semelhante, ainda que com algumas variações, ao que prescrevem importantes textos constitucionais vigentes no plano do direito comparado.

Assim, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1983, permite, expressamente, que qualquer cláusula de tratado internacional que se revele incompatível com a Carta Política do Estado holandês seja, não obstante o vício de inconstitucionalidade, suscetível de incorporação ao direito interno daquele País, desde que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (Artigo 91, n. 3).

O mesmo ocorre com a recente Constituição do Peru (1993), que admite a incorporação de tratados inconstitucionais, desde que esse ato de direito internacional público seja "aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição (...)" (Artigo 57).

A Constituição argentina de 1853, por sua vez, com as inovações introduzidas pela reforma de 1994, atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (Artigo 75, n. 22).

Vê-se, portanto, que já se esboça, no plano do direito constitucional comparado, uma significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados

internacionais de direitos humanos em face das próprias Constituições políticas dos Estados, **atribuindo**, a tais convenções internacionais, **força e autoridade** de norma constitucional.

Na realidade, essa tendência culminou por influenciar o Congresso Nacional brasileiro, que, em 2004, promulgou a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu, em nosso sistema de direito positivo, a cláusula de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que observado, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração concernente à reforma da Constituição (CF, art. 5º, § 3º).

Registre-se, neste ponto, a correta observação expendida pelo eminente Professor LUÍS ROBERTO BARROSO ("Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno", "in" "Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo", p. 185/208, 207, **coordenação** de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira, 2008, Renovar), cuja lição, a propósito do alcance e das conseqüências **resultantes do § 3º** do art. 5º da Constituição, vale lembrar:

"Na linha da nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para

serem equivalentes às emendas constitucionais, **deverão observar** o seguinte trâmite: **a) celebração** pelo Presidente da República (art. 84, VIII), **b) aprovação** pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º, c/c art. 49, I), **c) ratificação** (ato de direito internacional) **e, por fim, d) a promulgação e publicação** de seu texto via decreto do Presidente da República. **Somente a partir daí**, como destaca a doutrina do direito internacional, o tratado **estará incorporado** ao direito brasileiro. **No caso, vigera com força** de emenda constitucional, **sem** com ela se confundir.

É bem de ver que não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, **mas de atribuição de uma eficácia 'qualificada'**, que dará ensejo à produção **de três efeitos diferenciados**: **a) em caso de conflito** entre lei e tratado de direitos humanos, **aprovado** em conformidade com o art. 5º, § 3º, da CF, **prevalecerá** sempre o tratado, **em razão** de sua equivalência com as emendas constitucionais (**e independentemente** do critério cronológico); **b) os tratados** de direitos humanos **incorporados** de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF **podem servir** de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, **ampliando** o chamado 'bloco de constitucionalidade'; **c) tais tratados** não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, **por força** do art. 60, § 4º, da CF." (grifei)

Desse modo, **a relação de eventual antinomia** entre os tratados internacionais em geral (**que não versem** o tema dos direitos humanos) **e** a Constituição da República **impõe que se atribua**, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, **irrestrita** precedência hierárquica à ordem normativa **consubstanciada** no texto constitucional, **ressalvadas** as hipóteses excepcionais **previstas nos §§ 2º e 3º** do art. 5º da própria Lei Fundamental, **que conferem**

hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

O eminente Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entendeu conveniente enfatizar, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República:

"Infelizmente, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição."

(Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/05/92, p. 9.241 - grifei)

Daí a advertência - que cumpre não ignorar - de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo IV/146, item n. 35, 2ª ed., 1974, RT), no sentido de que, "Também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional" (grifei).

Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.

Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 - que introduziu um novo paradigma no cenário nacional - estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna

brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

A referida Emenda **refletiu** clara tendência **que já se registrava** no plano do direito comparado **no sentido** de os ordenamentos constitucionais **dos diversos** Países **conferirem primazia jurídica** aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, **notadamente** quando se tratasse de convenções internacionais **sobre direitos humanos**, às quais se atribuiu hierarquia constitucional. **É o que ocorre, por exemplo,** na ARGENTINA (**Constituição de 1853**, com a **Reforma** de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (**Constituição de 1983**, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (**Constituição de 1993**, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (**Constituição de 1992**, Arts. 137 e 141), na FRANÇA (**Constituição de 1958**, Art. 55) e na VENEZUELA (**Constituição de 2000**, art. 23).

Em decorrência dessa reforma constitucional, **e ressalvadas** as hipóteses a ela anteriores (**considerado**, quanto a estas, o disposto **no § 2º** do art. 5º da Constituição), **tornou-se** possível, agora, **atribuir**, formal **e** materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, **hierarquia** jurídico-constitucional, **desde** que observado, **quanto** ao processo de incorporação de tais convenções, **o "iter" procedimental** concernente

ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*.

Essas razões que venho de referir levam-me a reconhecer que o Decreto nº 1.102, de 21/11/1903, que "*Institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas*", não foi recebido - especificamente no que concerne à expressão "*sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 horas depois que judicialmente forem requeridos*" constante do seu art. 11, nº 1, e, também, no que se refere à locução "*sem prejuízo da pena de*

HC 87.585 / TO

prisão de que trata o art. 11, n° 1" inscrita na parte final do art. 35, 4° - **pelo vigente** ordenamento constitucional.

É que existe evidente incompatibilidade material superveniente **entre** referidas cláusulas normativas **e** o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), **incorporado**, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto **revestido** de hierarquia constitucional, por efeito **do § 2°** do art. 5° da Constituição da República.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de "*habeas corpus*", **para invalidar** a ordem judicial de prisão civil **decretada** contra o ora paciente.

É o meu voto.