

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACIENTE(S) : ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA
IMPETRANTE(S) : ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA
ADVOGADO(A/S) : JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 3 de dezembro de 2008.


MARCO AURÉLIO

- RELATOR



12/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

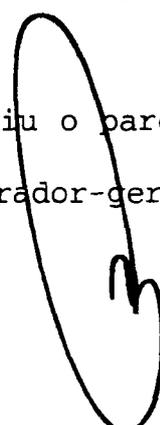
RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACIENTE(S) : ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA
IMPETRANTE(S) : ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA
ADVOGADO(A/S) : JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eis a síntese deste processo feita no ato mediante o qual implementei a cautelar (folha 14):

1. O pano de fundo deste *habeas* é ordem de prisão por sessenta dias, cuja observância ocorreu em 3 de novembro de 2005, considerada a figura de depositário infiel. O Superior Tribunal de Justiça não admitiu a seqüência de recurso ordinário interposto contra acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, presente impetração. Remeteu ao que decidido em *habeas* ajuizado em favor do paciente, consignando a sobreposição e a insubsistência dos novos argumentos expendidos. Na inicial, busca-se demonstrar que o paciente vem insistindo em parcelar o débito, proposta não aceita pela CONAB. Daí haver-se chegado à ordem de prisão que se argúi contrária à Emenda Constitucional nº 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Brasil teria subscrito o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a versarem sobre a impossibilidade de se proceder a prisão por falta de obrigação contratual. Pleiteia-se a concessão de medida acauteladora que viabilize a soltura do paciente, vindo-se, alfim, a tornar insubsistente a prisão. Além do apenso, a revelar a Petição nº 41/04, processada no Superior Tribunal de Justiça, juntaram-se as demais peças inerentes à controvérsia.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de folha 31 a 34, da lavra proficiente do subprocurador-geral Dr.



HC 87.585 / TO

Cláudio Lemos Fonteles, pela concessão da ordem. A peça está assim resumida:

Sem um prazo certo, ou mesmo que se considere o prazo máximo permitido de um ano, a prisão civil, como mero instrumento de coerção para fazer o depositário cumprir a sua obrigação, se torna desproporcional e, por consequência, contrária ao princípio da razoabilidade.

Lancei visto no processo em 28 de maio último,
liberando-o para julgamento.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Reafirmo a óptica constante da decisão por meio da qual foi deferida a liminar (folha 14):

2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel - artigo 5º, inciso LXVII -, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma inserta no artigo 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil.

A circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, a limitar a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, preceito que, a toda evidência, não se mostra auto-aplicável, até mesmo ante o silêncio quanto ao período de custódia. Em síntese, com a introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel. Não fora isso, há de se ter presente o trecho da defesa apresentada, que veio a ser transcrito no parecer da Procuradoria Geral da República:

O paciente não tentou furtar-se ao pagamento de seu débito e, por inúmeras vezes, formulou pedido de acordo com a CONAB para o pagamento da dívida em questão, na forma de parcelamento, com garantia real. Porém, tais propostas foram

HC 87.585 / TO

rejeitadas pela CONAB, que não aceita qualquer forma de acordo, diante de suas resoluções e portarias, e pugna tão-somente pela satisfação integral e incondicional de seu crédito.

Assim, em sendo mantida a r. Decisão que decretou a prisão do Paciente, o mesmo estará respondendo pela dívida através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo. Ao contrário, com o afastamento da prisão do Paciente, este poderá, através de seu trabalho com a agricultura, obter meios para o pagamento parcelado do débito, conforme propostas formuladas nos autos. Enquanto preso o Paciente, a CONAB não conseguirá receber seu crédito, tornando sem efeito a prisão do devedor.

Concedo o *habeas* para tornar definitiva a liminar, ou seja, para afastar do cenário jurídico a ordem de prisão decretada contra o paciente.



12/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - O caso não é de alienação fiduciária?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, o que me impressiona neste caso é que a prisão teria se estendido por mais de um ano. É isso, Ministro-Relator?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Não, esse é o prazo máximo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mesmo que se entenda que tenha sido determinada:

"(...) foi condenado a entregar ou depositar em juízo, no prazo de 24 horas, 2.761.511 kg de arroz em casca, nos mesmos padrões do produto depositado, ou seu equivalente em dinheiro, sentença com trânsito em julgado, nos autos do processo n.º 95.312-0, em trâmite na 2ª Vara Federal (...)"
(Lê fls. 3)

Ele foi condenado. Aqui é uma situação interessante, porque ele foi condenado e se executa justamente essa sentença. Não é a figura que conhecemos, se bem que ele

Página 1

HC 87.585 / TO

tinha recebido, ou teria ficado com essa quantidade de arroz em casca, como depositário.

É uma situação que se aproxima muito da alienação fiduciária.

Se os Colegas quiserem conhecer o contrato, a decisão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) -
Minha dúvida é decidirmos isso na Turma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - É:

"D E C I S Ã O

Trata-se de Ação de Depósito proposta pela Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB em desfavor da EMPRESA" - empresa natural - "ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA, representada por seu proprietário de igual nome, e do fiel depositário ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA, tendo sido a mesma sentenciada em 20/10/97 (...)" (Lê fls. 15 do apenso)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência concedeu a liminar?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Deferi a liminar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) -
Então a prisão não se executou.



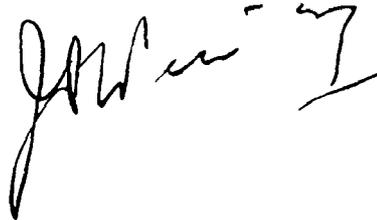
HC 87.585 / TO

Creio que a matéria é do Plenário. Mesmo no caso limite, que é o da alienação fiduciária, ainda não se decidiu em contrário à orientação que julga constitucional a prisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

Recentemente, eu trouxe um *habeas corpus* entendendo constitucional e legal a prisão decretada contra o depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a eventual mudança.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - A minha proposta seria de remeter o caso ao Pleno. Temos decisões posteriores à ratificação do Pacto San José, insistindo na legitimidade da prisão.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 87.585-8

PROCED.: TOCANTINS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

IMPTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

ADV.(A/S): JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente **habeas corpus** ao Tribunal Pleno. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª. Turma, 12.06.2007.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.


Ricardo Dias Duarte
p/ Coordenador

29/08/2007

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)- Senhora Presidente, a premissa de meu voto é esta: a Constituição Federal continua a prever a possibilidade, em verdadeira exceção, de prender-se, consideradas a dívida e a obrigação contratual, quer sob o ângulo dos alimentos, quer sob o ângulo do depósito. Só que essa norma, para ter eficácia e concretude, depende da regulamentação da prisão, inclusive quanto ao instrumental, para alcançar-se essa mesma prisão. E aí, o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, que limita a prisão por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia. Logo, os parâmetros legais alusivos à prisão, em decorrência do depósito - não é a Constituição, pois o Pacto não a alterou -, não subsistem.



29/08/2007

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

À revisão de apartes dos Senhores Ministros CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO (Relator) e CARLOS BRITTO.

V I S T A

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhora Presidente, houve, no caso, concessão de medida liminar? 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Houve.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Gostaria muito de saber a opinião de Vossa Excelência, porque o Ministro Marco Aurélio emite um voto conceitual, defende a tese jurídica de que a Constituição, no particular, não é auto-aplicável, não consubstancia uma norma de eficácia plena quando excepciona a prisão civil. A proibição é a regra, mas há duas exceções que, segundo o Ministro Marco Aurélio, não são pleno operantes, dependem da lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não subsiste mais, após a subscrição do Pacto de São José da Costa Rica, a regulamentação dessa prisão mediante texto estritamente legal, e, não se havendo essa regulamentação, o preceito da Constituição

HC 87.585 / TO

Federal não é auto-aplicável, porque nem sequer delimita o tempo da custódia.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 87.585-8

PROCED.: TOCANTINS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

IMPTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

ADV.(A/S): JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente **habeas corpus** ao Tribunal Pleno. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª. Turma, 12.06.2007.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário

12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINSV 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,



HC 87.585 / TO

§ 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".

HC 87.585 / TO

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 sôbre 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 diariamente 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)

HC 87.585 / TO

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**



HC 87.585 / TO

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



HC 87.585 / TO

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



HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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."

HC 87.585 / TO

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 proscricção** de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);

HC 87.585 / TO

(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 delinea, 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.



HC 87.585 / TO

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).

Cumpra 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

HC 87.585 / TO

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 87.585 / TO

(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", 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

HC 87.585 / TO

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 legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminente 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.



HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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.

HC 87.585 / TO

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.

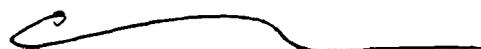
É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos - como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos

HC 87.585 / TO

(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



HC 87.585 / TO

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.



HC 87.585 / TO

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)

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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,

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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.

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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**

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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 estatura 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

HC 87.585 / TO

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, dispondo: '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

HC 87.585 / TO

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



HC 87.585 / TO

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, acrescer 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 equivaleriam

HC 87.585 / TO

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**



HC 87.585 / TO

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

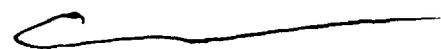
HC 87.585 / TO

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



HC 87.585 / TO

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 n° 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

HC 87.585 / TO

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 LXVII do art. 5º da CF/88 e **vedada** no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis 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



HC 87.585 / TO

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.



HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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 enfatiza, 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.

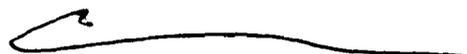
HC 87.585 / TO

Importante rememorar, 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).

Cumpre 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



HC 87.585 / TO

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 enfatizar, 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).

HC 87.585 / TO

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 rememorar, 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 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

HC 87.585 / TO

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.

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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

HC 87.585 / TO

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), cuj
lição, a propósito do alcance e das conseqüências resultantes do
§ 3º do art. 5º da Constituição, vale rememorar:

"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

HC 87.585 / TO

doutrina do direito internacional, o tratado **estará incorporado** ao direito brasileiro. **No caso, vigerá 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**.



HC 87.585 / TO

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



HC 87.585 / TO

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.

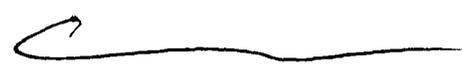
Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 - que introduziu um novo paradigma no cenário nacional - estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria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



HC 87.585 / TO

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,

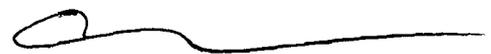


HC 87.585 / TO

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 matericamente 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 prisão de que trata o art. 11, nº 1*" inscrita na parte final do art. 35, 4º - pelo vigente ordenamento constitucional.



HC 87.585 / TO

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 § 2º** do art. 5º 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.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke with a small loop at the end, and a shorter, straight horizontal stroke below it.

12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

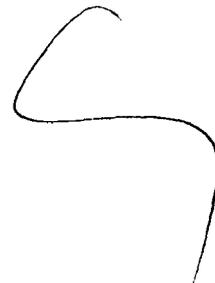
À revisão de aparte do Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, quero saudar o magnífico voto proferido pelo Ministro Celso de Mello e, desde logo, apontar a divergência em relação à tese, agora sustentada por Sua Excelência, quanto à recepção desses tratados de direitos humanos como normas constitucionais, por força do artigo 5º, § 2º.

A despeito da belíssima sustentação dos argumentos e também dos respaldos doutrinários, entendo que, no caso, corremos o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais. Identificados os tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, um quadro de insegurança jurídica.

Sua Excelência observou muito bem que, por exemplo, no modelo argentino - o qual Sua Excelência tem como paradigma -, houve uma declaração expressa de que as normas incorporadas têm força de norma constitucional.

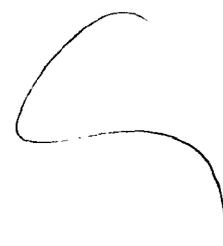


No modelo europeu, que se tem repetido - há o caso da Áustria e, agora, o da Holanda em relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos -, trata-se de uma declaração relativamente a um tratado e, portanto, a um conjunto de normas explícito.

Só essa razão de índole prática me levaria a fazer esta ressalva. Por isso, entendo realmente positiva, do ponto de vista de segurança jurídica, a decisão tomada pelo Congresso, com a Emenda nº 45, ao fixar, no § 3º, essa definição. Se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional.

Por essa razão, volto a enfatizar a tese perfilhada - conforme Sua Excelência bem destacou - no sentido de, realmente, esses tratados adentrarem o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, com uma diferença: eles não têm a mesma hierarquia. Com isso, dogmaticamente, também estamos a resolver todas essas questões colocadas em relação ao próprio depositário infiel. Assim, os tratados adentram o ordenamento jurídico com um perfil diferenciado - tese já sustentada no Tribunal pelo Ministro Sepúlveda Pertence -, com uma força superlegal, mas infraconstitucional.

Essa é a posição e apenas essa a divergência que gostaria de apontar.



12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

À revisão de aparte do Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

V I S T A

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência poderia me esclarecer?,
meu!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Estamos julgando dois recursos?
meu!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Recursos

extraordinários interpostos por instituições financeiras.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Um relatado pelo Ministro Ilmar Galvão e outro pelo Ministro Cezar Peluso, e um habeas corpus relatado pelo Ministro Marco Aurélio.
meu!

HC 87.585 / TO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pelo Ministro MARCO AURÉLIO, onde houve concessão de medida cautelar.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

E neste **habeas corpus** há liminar.

Quero homenagear os votos dos eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Cezar Peluso**, com as intervenções dos Ministros **Gilmar Mendes** e **Carlos Britto**.

Peço vista dos autos, para melhor estudar.

ojuiz

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 87.585-8

PROCED.: TOCANTINS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. (S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

IMPTE. (S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

ADV. (A/S): JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente **habeas corpus** ao Tribunal Pleno. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª. Turma, 12.06.2007.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.08.2007.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS**VOTO-VISTA****O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra decreto de prisão tendo por fundamento o descumprimento de contrato de depósito típico.

Consta da sentença prolatada pela 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Tocantins (fls. 48 a 66 do apenso) que a sociedade sucedida pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB celebrou contrato de depósito com a empresa do paciente, o qual, na ocasião, assumiu, solidariamente, o compromisso de fiel depositário de 2.761.511 quilos de arroz em casca natural.

Após algumas retiradas, restou um saldo contábil de 2.741.516 quilos do produto, não restituídos. Dessa forma, a empresa depositária foi condenada a entregar essa diferença ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão civil do seu proprietário e dirigente, nos termos do que estabelecido pelo artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903, assim redigido:

“Art. 11. As empresas de armazéns gerais, além das responsabilidades estabelecidas nesta Lei, respondem:

1º) Pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem entrega dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois que judicialmente requeridas”

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto em decisão que transitou em julgado no dia 10/3/03 (fls. 67 a 78 do apenso).

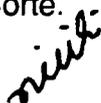
Contra essa decisão foi impetrado o HC nº 2005.01.00.034337 ao Tribunal Regional da 1ª Região, sem êxito (fls. 9 a 13). Seguiu-se recurso ordinário em **habeas corpus** diretamente ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 2 a 9). Por decisão monocrática do Relator negou-se seguimento à *“presente petição, apresentada na forma de recurso ordinário em **habeas corpus** contra acórdão do TRF da 1ª Região”*

HC 87.585 / TO

(fl. 119 do apenso). O agravo regimental interposto foi desprovido, sendo denegada a ordem. O voto condutor destacou que a *“ausência de prazo para a prisão civil em nada macula a sua decretação, porquanto, diferentemente da prisão criminal, de caráter retributivo e punitivo, trata-se de mero instrumento de coerção para fazer o depositário cumprir com sua obrigação e, portanto, pode durar um dia, dez, vinte ou o máximo de um ano, conforme o art. 902, § 1º, do CPC. O prazo da prisão civil, na verdade, depende da atuação do inadimplente da obrigação e, pois, a falta de sua fixação é mera irregularidade, até porque o máximo de um ano é imposição ex lege, operando-se de pleno direito”* (fl. 121 do apenso).

O eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, deferiu a ordem. Considerou o Relator que a *“circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica a limitar a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, preceito que, a toda evidência, não se mostra auto-aplicável, até mesmo ante o silêncio quanto ao período de custódia. Em síntese, com introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel”*. Assinalou, por fim, que a defesa do paciente revelou que foram frustradas as tentativas feitas para o pagamento. Assim, estar-se-ia impondo que o paciente responda *“pela dívida por meio de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão do Paciente, este poderá, através de seu trabalho com a agricultura, obter meios para o pagamento parcelado do débito, conforme propostas formuladas nos autos. Enquanto preso o Paciente, a CONAB não conseguirá receber seu crédito, tornando sem efeito a prisão do devedor”*.

O eminente Ministro **Celso de Mello** trouxe erudito voto-vista começando por fixar a questão básica que é a de saber se ainda subsiste no direito positivo brasileiro, no plano infraconstitucional da legislação interna, a prisão civil do depositário infiel, consideradas as disposições constantes do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Reputo necessário resumir a poderosa argumentação apresentada por nosso Decano, que tanto lustra esta Suprema Corte.



HC 87.585 / TO

Sua Excelência, após traçar a valiosa história das prisões por dívidas, invocando doutrinadores consagrados e estabelecendo os critérios constitucionais desde 1934, passa a desafiar a questão das convenções internacionais sobre direitos humanos no foco de seu raciocínio sobre as relações entre esses atos internacionais e a Constituição brasileira tanto antes como depois da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O postulado básico está centrado na consideração de que 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 indevassável à ação do Poder*”. Daí se segue, como assinala o Ministro **Celso de Mello**, que a “*problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir, em consequência, de um dado axiológico essencial: o valor ético fundamental da pessoa humana*”. Não é por outra razão, prossegue o Ministro **Celso**, “*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 – ressalvada a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar – vem sendo progressivamente abolido no âmbito do direito comparado*”.

Por outro lado, acentua o Ministro **Celso**, as exceções mencionadas na Constituição Federal à cláusula que veda 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”. Por isso, “*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 legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento*”*

HC 87.585 / TO

coativo sob uma perspectiva eminente 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". Com isso, fica claro, segundo o Ministro **Celso**, que o modelo não impõe ao legislador a regulação do instituto da prisão civil. Daí se segue "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".

Passa então o Ministro **Celso** a dedicar sua sempre culta atenção à questão da força dos tratados e convenções sobre direitos humanos para mostrar que cláusulas inseridas nesses tratados e convenções internacionais "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". Revelando que nesse tema, após longa reflexão, evoluiu para considerar a distinção entre tratados sobre direitos humanos e tratados sobre demais matérias, concluindo por atribuir àqueles natureza constitucional e não supralegalidade como prefere o Ministro **Gilmar Mendes**. Na supralegalidade, os tratados serão considerados como estatutos situados em posição intermediária, qualificados, por isso, como superiores à legislação ordinária, embora subordinados à autoridade da Constituição Federal, o que havia sido indicado em voto proferido pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Depois de percorrer a doutrina brasileira sobre o tema, afirma que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm superioridade jurídica em face das leis internas, reconhecendo neles o que chama de qualificação constitucional. E, no ponto, adverte ser irrecusável a supremacia da Constituição Federal sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, incluídos "aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que

HC 87.585 / TO

o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa 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”.

Finalmente, o Ministro **Celso** em seu precioso voto cuida das repercussões da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que “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”. Assim, a partir da Emenda nº 45, desde que observado o rito ali previsto para o processo de incorporação, os tratados e as convenções ganham hierarquia constitucional. Quanto aos tratados e convenções anteriores, segundo o Ministro **Celso**, deve incidir o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, “que lhe confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade”.

Com essas razões, o Ministro **Celso** entende que o Decreto nº 1.102/1903, que institui regras para armazéns gerais não foi recebido na parte que prevê a prisão, porquanto 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 § 2º do art. 5º da Constituição da República”. Conclui, portanto, pelo deferimento da ordem.

O Ministro **Gilmar Mendes** interveio para apontar divergência com a tese sustentada pelo Ministro **Celso** no que diz com a natureza constitucional dos tratados e das convenções internacionais. Afirmou, então, ser “positiva do ponto de vista da segurança jurídica, a decisão tomada pelo Congresso, com a Emenda nº 45, ao fixar, no § 3º, essa definição. Se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional”. Reforçou, portanto, a tese da supralegalidade já defendida pelo Ministro **Pertence**.

No caso dos autos não se discute, portanto, a possibilidade de equiparação do devedor fiduciário ao devedor no contrato de depósito para efeitos de



HC 87.585 / TO

decretação de prisão civil, nem, tampouco, a possibilidade de prisão do depositário judicial. Assim, examino a questão nessa perspectiva.

O pedido de liminar requerido nestes autos foi deferido pelo Ministro Relator, com a determinação da expedição do competente alvará de soltura (fls. 13 a 15).

No que diz com a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, assim dispõe a Constituição Federal:

“Artigo 5º

(...)

LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Observe-se que o constituinte originário não impôs a prisão civil do depositário infiel. Muito pelo contrário, estabeleceu como regra geral a impossibilidade de toda e qualquer constrição à liberdade decorrente de dívida de natureza civil. O que se extrai do dispositivo constitucional é, simplesmente, uma autorização para que, em caráter excepcional, e nos termos de legislação infraconstitucional que estabeleça requisitos, prazo de duração e rito, venha a ser decretada a prisão civil por dívida tanto do devedor de alimentos como do depositário infiel. Isso ficou bem claro também no voto do Ministro **Celso de Mello**.

Dessa forma, em princípio, não haveria fundamento para entender não recebido pela Constituição de 1988 o artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903.

Sucedo que, em 24/1/02, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que ingressou no ordenamento jurídico interno por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e que estabelece, no seu artigo 11, que:

“Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

Além disso, no dia 25/9/92, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. O artigo 7º, item 7, da mencionada Convenção:

inibido

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Necessário, portanto, antes de qualquer outra consideração, fixar o **status** que essas espécies normativas ocupam no ordenamento jurídico nacional a fim de determinar a validade e eficácia do artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903.

A questão se põe, sobretudo, em vista do que estabelece o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que *“os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

A respeito do tema é possível identificar, segundo excepcional levantamento realizado pelo Ministro **Gilmar Mendes** no voto-vogal, que proferiu no RE nº 466.343/SP, quatro correntes principais de entendimento:

- “a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;*
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;*
- c) a tendência que reconhece o **status** de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;*
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.”*

A primeira dessas correntes esbarra no princípio da supremacia da Constituição em que fundado o ordenamento jurídico pátrio, daí advindo todas as demais críticas que lhe possam apresentar.

A terceira das vertentes apresentadas é a que tradicionalmente, tem sido acolhida, a partir do julgamento do RE nº 80.004/SE, Relator o Ministro **Xavier de Albuquerque**, pela jurisprudência desta Corte Suprema. Naquele caso não se cuidava propriamente de um tratado internacional sobre direitos humanos, mas sobre títulos de crédito. Além disso, o seu julgamento remonta ao ano de 1977, antes, portanto, da promulgação da atual Constituição Federal.

De qualquer forma, a tese então fixada foi reiterada em seguidos precedentes desta Corte, posteriores a 1988 e que versavam, inclusive, sobre tratados

ovik

HC 87.585 / TO

internacionais concernentes a direitos humanos. Anote-se, a propósito: HC nº 72.131/RJ, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 1º/8/03; ADI nº 1.480/DF-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 18/5/01; HC nº 81.319/GO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 19/8/05; HC nº 79.870/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 20/10/2000.

Para essa corrente de pensamento, a norma constante no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não teria o condão de afastar a aplicação das normas constantes do ordenamento jurídico interno, disciplinadoras da prisão civil do depositário infiel, como, por exemplo, o Decreto nº 1.102/1903 e o Decreto-Lei nº 911/69. Em primeiro lugar porque a norma advinda dos referidos diplomas internacionais teria caráter geral, enquanto as demais seriam específicas. Em, segundo lugar, porque essas últimas contariam com a anuência expressa da Constituição Federal.

Tomo como exemplo os debates travados quando do julgamento do HC nº 72.131/RJ em que se discutia o reflexo do Pacto de São José da Costa Rica sobre a regra que autoriza a prisão do depositário infiel. Vencido o Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que afastou a prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fiduciária, o voto prevalecente do Ministro **Moreira Alves** destacou que havendo o depósito necessário "*em que o depositário é o devedor do financiamento garantido pela propriedade fiduciária, e não fazendo o art. 5º, LXVII, da Constituição distinção entre depósito convencional e depósito necessário (que é considerado necessário pela Lei e não simplesmente, como o convencional, pela vontade das partes), enquadra-se ele, normalmente, na figura do depositário infiel ali referida, para excepcioná-lo da vedação da prisão civil*". Por outro lado, asseverou o Ministro **Moreira Alves**, "*nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de São José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º de seu artigo 7º que: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar'*". Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão-somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como

HC 87.585 / TO

ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores da dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite, expressamente, as normas sobre prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, o tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que esse § 7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do § 2º do mesmo artigo 7º dessa Convenção que estabelece, sem distinguir prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil, que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, SALVO PELAS CAUSAS E NAS CONDIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-MEMBROS OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS”.

Em outro precedente, desta feita Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence** (RHC nº 79.785, DJ de 22/11/02), o voto condutor deixou claro que “a partir da Constituição positiva do Brasil — e não daquilo que a cada um aprovesse que ela fosse — fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la”. Acrescenta o Ministro **Pertence**, 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 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). Prosseguiu,

minha

então, para aceitar, “*sem certezas suficientemente amadurecidas*”, “*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*”.

Naquela ocasião, o Ministro **Nelson Jobim** lembrou “*que as especulações e as análises feitas pelo Ministro Sepúlveda Pertence sobre a relação entre a Constituição e os tratados internacionais irão assumir extraordinário relevo e, seguramente, baterão às portas deste Tribunal, tendo em vista que o Brasil assinou o Tratado de Roma, em 19/7/98, sobre a criação do Tribunal Penal Internacional*”.

O Ministro **Moreira Alves** destacou sua dúvida com relação à existência de hierarquia, considerando o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, “*entre a lei ordinária e os tratados internacionais e a própria Constituição. E tanto isso é verdade que quando se criou, no processo legislativo, a lei complementar se chegou a considerar, de início, que ela seria hierarquicamente superior à lei ordinária, para, depois, em face até da dificuldade de se ficar no terreno da legalidade quando a lei ordinária se chocasse com a lei complementar, o que levaria à conclusão de que aquele seria ilegal perante esta, tendo assim uma contradição em termos (lei ilegal), se passar a entender, o que é correto, que esse choque acarretaria invasão inconstitucional de competência da lei ordinária que dispusesse sobre matéria privativa da lei complementar, o mesmo não ocorrendo se esta ou algum de seus dispositivos dissesse respeito à matéria da competência da lei ordinária, pois desta se considerariam aquela ou aquele*”. E arrematou que, “*com relação a esse § 2º do artigo 5º da Constituição, parece-me que se pretendeu com ele constitucionalizar os tratos internacionais a respeito anteriores à promulgação da Carta Magna, uma vez que os posteriores a ela não podem ser equiparados a emenda constitucional*”.

Como sabemos todos, esse tema das relações entre o direito das gentes e o direito interno tem provocado acesas controvérsias. Historicamente, os autores dividiam-se entre as escolas monista e dualista, havendo ainda quem tentasse apresentar conciliação entre elas. Há muito tempo examinei o tema (cf. O Estado Moderno a Proteção dos Direitos do Homem, Liv. Freitas Bastos, 1968, págs. 45 a 56), lembrando que o dualismo teve seu primeiro estudo sistemático com Henrich Triepel, em 1899, mostrando que o direito internacional e o direito interno são dois sistemas

mais

HC 87.585 / TO

iguais, independentes e separados, que não se confundem, sendo diversos tanto os sujeitos de direito como a estrutura das duas ordens. No monismo tanto se pode assumir a prevalência do direito interno como a prevalência do direito internacional. No primeiro caso, tem-se a forte influência de Hegel, *“na medida em que sendo o Estado a síntese de contradições verificadas na realidade, é ele o detentor de uma soberania absoluta, que não comporta prevalência de nenhum outro sistema jurídico”*. Em conseqüência, o direito internacional retiraria sua força do direito interno. Para a Escola de Viena, por seu turno, prevalece o direito internacional, sendo relativo o conceito de soberania. Entre os conciliadores, os doutrinadores espanhóis destacam-se, mas introduzem a coordenação do direito natural. Para Gustav Adolf Walz, o direito internacional tanto pode ser originário, isto é, possuir autoridade imediata sobre os estados e entidades análogas, como derivado, isto é, possuir validade interna em decorrência de uma norma de direito interno. Naquele tempo, já lá se vão quarenta anos, afirmei não ser razoável considerar as relações entre o direito internacional e o direito interno como subordinadas à primazia absoluta de um ou de outro. Por isso, entendi que o direito internacional e o direito interno são direitos com uma mesma substância de valor e conformação. Escrevi, então:

“Tal como foi indispensável assegurar à sociedade política um grau de estabilidade e segurança, é indispensável garantir esta mesma estabilidade e segurança na sociedade internacional. Assim, as relações que se desenvolvem no âmbito das sociedades políticas particulares tendem a extravasar os lides destas sociedades, dando nascimento a múltiplas relações entre as diversas sociedades políticas particulares, enquanto comportadas em Estados, e, também, entre os seus membros. Ora, considerado o problema sob este prisma, a estabilidade da sociedade internacional só pode ser mantida através da consolidação de um ordenamento jurídico outro, que pela sua destinação abranja o conjunto das relações que operam em órbita maior, isto é, em área internacional. Tal ordenamento jurídico tende, também, a adquirir maior positividade e, dessa forma, conquistar maior solidez. 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.

Dir-se-ia que tal orientação conduziria a uma primazia absoluta do Direito; mas não é assim. Para derrubar o equívoco, bastaria lembrar que o Direito Internacional se formula, enquanto se lhe admite a positividade em grau crescente, pela participação essencial dos estados que, nestas circunstâncias, incorporam as suas vontades na



consolidação da positividade do Direito das Gentes. Isto implica reconhecer que o Direito Internacional não pode ficar sem o suporte factual da sua validade e eficácia. E mais: que tal suporte será formado pela permanência de uma estrutura que atue sem intermitência. De outro lado, quando afirmamos que as vontades dos Estados se incorporam, não pretendemos cair no dualismo de TRIEPEL, ou na vereibarung de BINDING, pura e simplesmente. E não pretendemos por isso que quando falamos em incorporação de vontades, acrescentamos a permanência de uma estrutura que não condicione a positividade do Direito Internacional à veleidade de um ou mais Estados. Tanto assim é que admitimos como pacífica a sujeição do homem como sujeito do direito internacional e enquanto o fazemos temos como fundamental que com o homem, e não com o estado, nasce o direito. Ainda mais que a própria existência de uma estrutura específica que tenha por finalidade a afirmação do Direito Internacional Positivo, enquanto congrega Estados, congrega os homens que compõem estes Estados.”

Lembrei as lições de Giorgio Del Vecchio e Gustav Radbruch, mencionando o magistério de Celso de Albuquerque Mello, monista que acolheu a prevalência do direito internacional, bem assim, o de Pontes de Miranda que defendeu o primado direito supra-estatal.

Por outro lado, a Corte Permanente de Justiça Internacional sempre agasalhou o entendimento de que o Estado que validamente contraiu obrigações internacionais é obrigado a introduzir em sua legislação as modificações necessárias para assegurar a execução dos compromissos assumidos.

Já naquele tempo, asseverei não ter dúvida da marcha ascendente do fortalecimento do direito internacional. Conclui que a dificuldade era encontrar um equilíbrio capaz de permitir a convivência entre o direito das gentes e o direito interno, o que fiz nos termos que se seguem:

“Desta forma, sem filiação à teoria conciliadora de GUSTAV ADOLF WALZ, estamos em que a primazia do Direito Internacional opera direta e indiretamente. Direta, quando regula as múltiplas relações desenvolvidas pelos seus sujeitos no plano supra-estatal. Indireta, quando atua nos limites da ordem jurídica de um determinado Estado.

Esta diretriz está perfeitamente enquadrada na realidade do Direito Internacional contemporâneo. Ademais, reconhece a dificuldade do mecanismo de controle e sanção no plano do Direito das Gentes. Se o Direito Internacional pode chamar a si, diretamente, tudo aquilo que se processa na área supra-estatal, aperfeiçoando os seus instrumentos de controle e sanção, ele não pode intervir, senão indiretamente, quando trata de problemas que pela própria natureza

HC 87.585 / TO

importam em invadir os limites de um determinado Estado. Note-se ainda, que a existência das diversas instituições internacionais facilitam a formação da regra de Direito Internacional passível de atuação direta, pela só independência sensível da regra formulada.”

E, então, embora reconhecendo que naqueles tempos inexistia amadurecimento autorizador para superar-se a dependência do Direito Internacional ao Direito Constitucional ou, como escreveu Pierre Lardy (*La Force Obligatoire du Droit International em Droit Interne*, LGDJ, Paris, 1966, págs. 247/248), havia um problema de técnica constitucional, afirmou:

“Mas a dependência é fenômeno transitório, insistimos (90). E, mesmo agora estamos em que há campo em que o Direito Interno, por questão de princípio, deve sucumbir ao Direito Internacional. É assim quando o Direito Interno desconhece a substância mesmo do direito, isto é, quando ele não é direito senão na forma. Assim, quando se trata de direitos do Homem que, como veremos posteriormente, estão a caveleiro de serem limitados pela só proteção interna (que pode falhar ou faltar), mas devem amparar-se, desde logo, na intensificação da positividade do Direito Internacional.

Em conclusão, acreditamos que é tendência irresistível, com suporte fático evidente, que a atuação direta do Direito Internacional aumenta sensivelmente em detrimento da atuação indireta que se manifesta sob a ótica do Direito Constitucional. Não se trata de um vazio ou ideal utópico. É uma tendência concreta, uma opção real, destinada a mobilizar o mundo para a edificação da comunidade internacional, forjada na luta pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à independência das nações, em termos de universalização. (...) Alceu Amoroso Lima nos fala em universalizar no sentido de ‘atender a necessidade da crescente interdependência entre as nações sem perda das características nacionais’ (91). De mais a mais, não há como confundir tal processo com a perda da independência. Ao contrário, o mecanismo funciona exatamente na elevação da independência ao plano da convivência e isto porque o Direito Internacional é decisivo para que a comunidade internacional passe da coexistência à convivência.”

Na minha compreensão, portanto, desde muito tempo atrás, quando o tema ainda não se punha com essa intensidade, tenho procurado estabelecer um padrão especial em relação aos direitos humanos. É que, e Pontes de Miranda já havia indicado isso com precisão, esses direitos não existem enquanto positivados. Eles existem sempre, daí que são apenas declarados. Por essa razão é que eles adquirem uma formatação própria que pode projetá-los além do direito interno, aptos, portanto, a serem tratados no âmbito da comunidade das nações.



HC 87.585 / TO

Philippe de La Chapelle anotou corretamente que é da dignidade e da responsabilidade da pessoa humana que os direitos do homem tiram seu fundamento essencial, não podendo a problemática dos direitos do homem ser compreendida sem uma visão histórica do homem (René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, Livro I, Ed. Pédone, Paris, 1969, pág. 48). Na mesma direção, Polys Modinos que asseverou ser o respeito dos direitos do homem, por cada Estado, uma obrigação internacional, devendo essa transposição do direito interno ao direito internacional ser acolhida como um grande progresso (**op. cit.** pág. 165).

Os textos de La Chapelle e Modinos de muito tempo atrás são convalidados hoje na concepção contemporânea de direitos humanos, como mostra Flávia Piovesan, no trecho que se segue:

“Pode-se afirmar que uma das principais preocupações do movimento de internacionalização dos direitos humanos foi converter estes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Como observa Kathryn Sikkink: ‘O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados’.

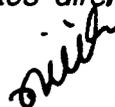
Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes conseqüências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;

2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim de uma era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos” (A universalidade e a indivisibilidade dos



HC 87.585 / TO

direitos humanos: desafios e perspectivas, in *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Org. de César Augusto Baldi, págs. 47/48).

Veja-se, ainda, o que escreveu Habermas, examinando a problemática do estado nacional para mostrar a repercussão, essa contaminação no plano das potências mundiais:

“O ‘equilíbrio das potências’, que durante três séculos serviu de base ao sistema internacional, entrou em colapso o mais tardar com o evento da Segunda Guerra Mundial. Sem tribunais internacionais ou poderes de sanção supraestatais, não se podia proceder judicialmente em relação ao direito das gentes qual um direito interno ao Estado nem se podia fazer valer esse direito. De qualquer modo, a moral convencional e a ‘moralidade’ das relações dinásticas zelaram por certa diligência normativa das guerras. No século XX, a guerra total fez explodir também essa guarnição normativa já bastante fraca. O estágio avançado da tecnologia de armamentos, a dinâmica da ampliação do aparato bélico e a proliferação das armas de destruição em massa acabaram por tornar evidentes os riscos dessa anarquia dos poderes que não estava mais orientada por nenhuma mão invisível. A fundação da Aliança dos Povos de Genebra foi a primeira tentativa de ao menos domesticar o gerenciamento incalculável do poder do interior de um sistema coletivo de segurança. Com a função das Nações Unidas empreendeu-se um segundo assalto no sentido de estabelecer forças supranacionais capazes de agir em prol de uma ordem global pacífica, que ainda continuava incipiente. Com o fim do equilíbrio bipolar do terror, e apesar de todos os retrocessos, parece abrir-se a perspectiva de uma ‘política interna internacional’ (C.F. Von Weizsäcker) no campo da política internacional de segurança e direitos humanos. O fracasso do equilíbrio entre as potências pelo menos deixou claro ser desejável uma regulamentação política nesse campo” (A inclusão do outro – estudos de teoria política, Loyola, 2ª ed., 2004, pág. 150).

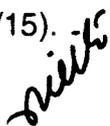
Nos nossos tempos, a evolução previsível do direito internacional gerou grandes expectativas e abriu espaço a muitos questionamentos sobre a força das espécies normativas internacionais, assim, os tratados e as convenções, inserindo nestas as declarações. Mas, sem dúvida, é inquestionável que há uma força teórica impulsionando a comunidade internacional para legitimar-se ela própria como fonte criadora e protetora dos direitos humanos. Poder-se-ia dizer, sem exagero, que essa tendência que se vai construindo inspira-se na melhor ética da sociedade internacional, qual seja, a de legitimar-se para assegurar uma convivência entre os estados com base no respeito doméstico dos direitos declarados no plano internacional. Egon Schwelb, tratando da imediata aplicação dos tratados, teve essa sensibilidade invocando

HC 87.585 / TO

convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotada em 26 de maio de 1969, com entrada em vigor internacional em 27 de janeiro de 1980. A Convenção prevê no art. 27 que as partes não podem “*invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*” (The Nature of the Obligations of the States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights, in René Cassin Amicorum discipulorumque Líber, Livro I, Ed. Pédone, Paris, 1969, pág. 311).

Adiro, portanto, à idéia de que tem a Suprema Corte do Brasil de adotar uma posição transformadora na matéria, ultrapassando a antiga jurisprudência da equiparação com as leis ordinárias. E vejo com perspectivas ampliadoras a possibilidade de uma nova classificação das espécies normativas internacionais, já exposta no brilhante e culto voto do eminente Ministro **Celso de Mello**. Veja-se a propósito o magistério de Antonio Augusto Cançado Trindade mostrando que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal abriu “*um campo amplo e fértil para avanços nessa área*” (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, in Arquivos de Direitos Humanos, Vol. 1, RENOVAR, 199, págs. 46/47).

A regra jurídica do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, como exposto por Lílian Balmant Emerique e Sidney Guerra, é uma cláusula de abertura que “*sempre se fez presente nas constituições brasileiras, ainda que sua existência não necessariamente correspondesse à sua eficácia em determinados momentos históricos, em que o País assistiu ao desrespeito aos direitos fundamentais que já eram resguardados pela Lei Magna. Nas constituições brasileiras o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo dos direitos fundamentais*”. Isso quer dizer, objetivamente, segundo os autores, que “*pela cláusula de abertura permite-se a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, estendendo o rol de direitos fundamentais (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais). Essa ampliação garante que os direitos fundamentais, que são um elemento básico para a realização do princípio democrático, exerçam uma função democratizadora*” (in Revista Jurídica Brasília, vol 10, nº 90, ed. Esp., págs. 14/15).



HC 87.585 / TO

Parto, assim, da classificação que separa nas espécies normativas internacionais todos aqueles relativos aos direitos humanos dos demais. O meu fundamento é a natureza supra-estatal desses direitos, os quais, portanto, não são dependentes do reconhecimento pelo direito interno, cabendo-lhe apenas e unicamente declará-los. Se os direitos do homem existem pela natureza mesma da pessoa humana, os estados nacionais que dele se ocupam fazem-no em função de declarações positivadas, o que significa a pré-existência desses direitos com relação ao direito interno. Essa natureza especial do ser do homem é que dá dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no plano das relações entre o direito interno e o direito internacional uma relação que põe relevo no primeiro, não no segundo. O homem não está limitado ao estado nacional e, portanto, os seus direitos também não estão. Ele está na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão.

Temos, então, duas possibilidades inovadoras nesse tema abertas na Suprema Corte: aquela aventada pelo Ministro **Celso de Mello** e aquela aventada pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, agora também recebida pelo Ministro **Gilmar Mendes**.

No estágio em que nos encontramos, buscar a solução mais adequada pra equacionar a força do direito internacional positivado no direito interno quando se trate de espécie normativa relativa aos direitos do homem, impõe trabalhar no plano constitucional.

Nós sabemos que o constituinte dos oitenta estabeleceu um privilégio específico com relação às normas relativas aos direitos e garantias fundamentais, determinando sua imediata aplicação. Mas foi ainda além, estabelecendo que os "*direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Com isso quis o constituinte assegurar, sem a menor sombra de dúvida, que em matéria de direitos e garantias há de considerar-se o regime que adotou e os princípios que a Constituição Federal estabeleceu. Ademais, o constituinte mandou observar também aqueles decorrentes dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil. Isso, na minha avaliação, permite que se possa pôr a força dos tratados internacionais em categoria diferenciada, se quisermos manter a orientação do constituinte. Com essa perspectiva torna-se possível, a partir

siuh

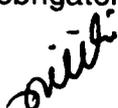
HC 87.585 / TO

de 1988, trazer os atos internacionais sobre direitos, mediante o devido processo de incorporação, para espaço normativo superior ao da simples legislação ordinária. Mas qual seria esse espaço? Seria o mesmo da Constituição? Reconhecer-se-ia assim uma natureza constitucional, ou seja, independente da força normativa da Constituição porque decorreria da própria força do direito das gentes? Embora esse raciocínio mereça de minha parte grande encantamento, reconheço que não haveria como estabelecê-lo sem violentar a disciplina criada pelo constituinte, presente a realidade da sociedade internacional de nossos dias. Isso adquire mais força ainda se considerarmos que o constituinte derivado abriu a possibilidade de incorporação dos atos normativos internacionais com **status** constitucional desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Assim, não se pode deixar de reconhecer que a vontade constituinte não pode amparar-se naquilo que Bidart Campos chamou de bloco de constitucionalidade para se alçar essas espécies normativas internacionais diretamente ao plano constitucional. Veja-se que essa solução, que tem respaldo na teoria dos direitos humanos como inerentes à natureza do ser do homem e não ao seu reconhecimento nos planos nacionais, poderia criar concretamente alguns obstáculos insuperáveis, como a questão do controle da constitucionalidade das próprias espécies normativas internacionais, presente o atual estágio do direito constitucional brasileiro.

Não foi por outra razão que o Ministro **Gilmar Mendes** chamou atenção para a dificuldade dessa posição defendida com vigor entre nós por meu querido e saudoso amigo Celso de Albuquerque Mello, como se segue:

“É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas constitucionais.”

Para tentar fugir desse emaranhado, o Ministro **Celso de Mello** construiu solução que põe os tratados e convenções internacionais no plano constitucional e, assim, com força constitucional. Ter-se-ia de admitir objetivamente como possível estabelecer uma recepção dos tratados e convenções no plano constitucional diretamente, sem qualquer processo de incorporação. Teria de ser assim por causa da impossibilidade de se reconhecer uma variante constitucional em que a incorporação tornar-se-ia obrigatória, sob pena de frustrar-se a configuração da



HC 87.585 / TO

natureza com que se pretende revestir os atos internacionais. A utilização do § 2º do art. 5º da Constituição Federal para esse efeito equivaleria a admitir-se que o Ministro **Gilmar Mendes** chamou de “*cláusula aberta de recepção*”, o que não poderia ocorrer, salvo se ultrapassada a própria disciplina constitucional. O aperfeiçoamento da sociedade internacional, o que já vem sendo feito como no caso da União Européia, pode alcançar esse resultado. Todavia, não enxergo como possível esse caminho para fortalecer essa hierarquia especial dos atos internacionais relativos aos direitos humanos. Ainda mais se considerarmos o acréscimo da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, vale lembrar, acrescentou também um § 4º admitindo a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional “*a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

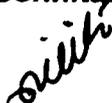
É que, embora não se possa deixar de reconhecer que a orientação que se desenha no Brasil tenha esse alcance, isto é, o conteúdo materialmente constitucional dos atos internacionais, o fato é que não se pode desprezar a força da disciplina positiva do constituinte originário ou derivado.

O que temos então é a inviabilidade de fazermos de logo uma equiparação dos atos normativos internacionais relativos aos direitos humanos diretamente ao plano constitucional. Mas, sem dúvida, como procurei alinhar antes, não é possível retornar nesse trânsito constitucional ao regime anterior da equivalência entre os tratados e as leis ordinárias.

Daí a solução prática trazida, inspirada em tempos de antanho pelo Ministro **Orozimbo Nonato**, de estabelecer um degrau de ingresso dos tratados e convenções, que ele chamou de “*leis especiais*” (AC nº 9.587/DF, 21/8/1951).

Realmente, esse **status** conferido por **Orozimbo Nonato** sequer pode dizer-se de suprallegalidade. Esses atos não são supralegais, mas, sim, especiais, isto é, são atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, da hierarquização legislativa doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressam de forma diferente da produção normativa doméstica.

Como assinalou o Ministro **Gilmar Mendes** em seu voto vogal (RE nº 466.343/SP), essa natureza especial dos atos normativos internacionais que cuidam dos direitos humanos permite que sua incorporação ao direito interno tenha o “***condão de paralisar a eficácia jurídica de todas e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante***”.



HC 87.585 / TO

Ora, isso quer dizer que os tratados e convenções, nesses casos, estão na ordem legal doméstica, mas produzem efeitos imediatos sobre a legislação doméstica anterior exatamente porque se situam em um plano de incorporação que lhes confere hierarquia especial. Essa hierarquia no plano da legalidade doméstica, isto é, do direito interno confere ao mesmo tempo o reconhecimento da força normativa dos atos internacionais sobre direitos humanos e igualmente reverencia o procedimento de incorporação previsto no direito interno, casando assim a idéia central de fortalecimento do plano normativo internacional com a adequação às categorias nacionais de internalização do direito internacional. Na realidade, diria que é um estágio a mais no caminho do aperfeiçoamento da sociedade internacional.

Entendo, portanto, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional.

Por força de consequência, tenho como suspensa a eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem a prisão civil do depositário infiel tanto sob o regime da alienação fiduciária como sob o regime do puro contrato de depósito regulado pelo Código Civil. Não avanço, porém, nem é necessário fazê-lo, no caso, sobre a possibilidade de reconhecer-se a contrariedade à Constituição com base no princípio da proporcionalidade como pretende o Ministro **Gilmar Mendes**. A tanto não vou. Fico no plano da aplicação dos atos internacionais relativos aos direitos humanos como categoria especial exclusivamente quanto ao depositário infiel no plano dos contratos de depósito e na possibilidade desses atos internacionais serem constitucionalizados por força da utilização do § 3º do art. 5º da Constituição Federal pelo legislador brasileiro. Por essa razão, sequer incluo nesse cenário o depositário judicial, que, na minha avaliação, tem outra natureza jurídica apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósito.

Nesse caso específico, a prisão não é decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito a um múnus público. Entre o Juiz e o depositário dos bens apreendidos judicialmente a relação que se estabelece é, com efeito, de subordinação hierárquica, já que este último está

suhr

HC 87.585 / TO

exercendo, por delegação, uma função pública. Anote-se: RHC nº 90.759/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 22/6/07; HC nº 82.682/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 30/5/03; HC nº 68.609/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 30/8/91; RHC nº 80.035/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 17/8/01; e HC nº 92.541/PR, Primeira Turma, de que fui Relator, DJE de 25/4/08).

A possibilidade da prisão civil, nestes casos, é reconhecida, ainda, pela Súmula nº 619/STF, que tem a seguinte redação:

“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.”

Bem observou sobre esse tema o Ministro Teori Zavascki (voto-vista no HC nº 92.197/SP), mostrando a diferença entre os dois regimes, o da prisão civil com origem contratual e a prisão civil do depositário judicial dos bens penhorados. É que, neste caso, a designação não decorre nem origina obrigação contratual, sendo indubitoso que o depositário judicial não assume nenhuma dívida, mas, tão-só, um encargo judicial, envolvendo a própria dignidade do processo judicial. É que *“considerada essa peculiar condição jurídica do depositário judicial de bens penhorados, que não resulta de contrato, nem representa uma dívida, não se pode ter por incompatível a sua prisão civil com as normas de direito internacional acima referidas”*.

Feita essa observação, concedo a ordem no **habeas corpus**.

aiubi

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, inicialmente eu não posso deixar de fazer uma consideração e um voto de louvor pelo brilhantíssimo, erudito, preparadíssimo - como sempre - voto do Ministro Menezes Direito, que consegue se superar e dar uma aula de Direito para todos nós aqui e, portanto, de realização concreta da Justiça no caso.

Manifestei-me sobre a matéria e afirmei exatamente que o espírito da Constituição está na ética dos direitos humanos que faz, tal como asseverou o Ministro Menezes Direito, desde sempre, com que o Supremo Tribunal se manifeste de uma forma especial sobre a matéria e dote de uma hierarquia especial ou pelo menos de uma natureza especial as leis e os tratados que tratam dessa matéria.

Portanto, sigo na mesma linha do que vinha votando e acompanho o Relator para conceder a ordem, neste caso *d*

#

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINSV O T O

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, inicio também tecendo louvores ao brilhante voto do eminente Ministro Menezes Direito. Como disse a Ministra Cármen Lúcia, nos deu uma verdadeira aula sobre as teorias monistas e dualistas de incorporação do Direito Internacional ao Direito interno.

Senhor Presidente, eminentes pares, durante muitos anos, inclusive como Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo, apliquei, como vinha aplicando aqui nesta Corte, a jurisprudência até então dominante que admitia a prisão do depositário infiel.

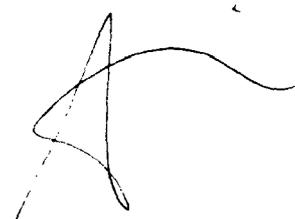
Mas, depois de muito meditar sobre o tema, após os pronunciamentos já feitos em assentadas anteriores pelos Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello, e agora complementados, com muito brilho e muita verticalidade, pelo Ministro Menezes Direito, achei que chegou a hora de mudar o meu entendimento. E o faço, sobretudo, em razão de reflexões que



HC 87.585 / TO

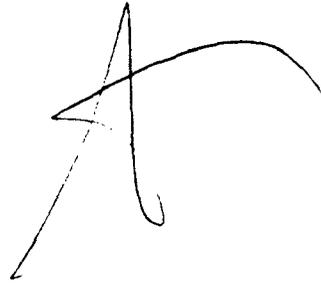
empreendi a partir da leitura da decisão proferida no HC nº 74.383, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, mas especificamente a partir das ponderações empreendidas pelo Ministro, à época, Francisco Rezek, que consignou em seu voto que o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, autoriza, mas não obriga a prisão do depositário infiel. Esse dispositivo, dizia Sua Excelência, não consigna "prenda-se o depositário infiel"; trata-se, como é evidente, a partir dessas reflexões, de uma norma pendente de regulamentação, que deve estabelecer não apenas o rito, como também a duração da segregação física do depositário infiel. E não há nada na legislação infraconstitucional nesse sentido, sobretudo nas regras do Código de Processo Civil. E, ainda que houvesse, o Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívidas, derogou eventuais normas infraconstitucionais neste sentido.

Ademais, a prisão, que é sempre a *ultima ratio* do Estado, neste caso, se afigura absolutamente desproporcional, irrazoável, a meu ver, pois não atinge os seus objetivos, além de ser ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos postulados basilares do nosso sistema constitucional.



HC 87.585 / TO

Com essas brevíssimas considerações, e mais uma vez louvando o belíssimo voto do eminente Ministro Menezes Direito, concedo também a ordem.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right and a vertical stroke extending downwards.

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINSVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, não posso deixar também de mencionar a erudição, a consistência do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Eu não participei dos outros casos, dos julgamentos. Foi numa época em que eu estive licenciado.

Apesar desse brilhantismo, quero fazer uma pequena observação no sentido de que - parece-me - esses tratados integram o chamado bloco da constitucionalidade. Faço-a única e exclusivamente porque cabe tomá-los como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Quem pela primeira vez recorreu ao Pacto de São José da Costa Rica para definir impedimento à imposição de prisão civil por dívida foi o então juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, hoje desembargador Antonio Carlos Malheiros. Essa circunstância há de ficar aqui registrada.

Acompanho --- com o pequeno adendo referido ao bloco de constitucionalidade --- os votos precedentes, especialmente o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Estamos julgando também dois RE's.



HC 87.585 / TO

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Em seguida eu vou chamar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, Ministro EROS, confere, portanto, hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sim, confirmo hierarquia constitucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E vale-se, para tanto, da noção de bloco de constitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E erige, em consequência, os tratados internacionais de direitos humanos à condição de parâmetro de controle, para efeito de fiscalização de constitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - De controle de constitucionalidade.

HC 87.585 / TO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O voto de Vossa Excelência coincide, precisamente, com os fundamentos que dão suporte ao meu próprio voto proferido sobre a matéria ora em exame.

Registro, ainda, que o meu voto, considerados os fundamentos nele invocados, também se estende à figura do depositário judicial infiel, contra quem - segundo sustento - não cabe a decretação da prisão civil.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Eu também, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu também.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Quero fazer essa ressalva também.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:
Caso não alcance o depositário judicial.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está acompanhando o Ministro Celso e não o Ministro Menezes Direito.

HC 87.585 / TO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, Senhor Ministro CARLOS BRITTO, está me acompanhando.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Em maior extensão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, eu reajusto.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Porque a posição do Ministro Menezes Direito, na linha sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e por mim, é no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam força supralegal, mas infraconstitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A não ser nos casos do § 3º do artigo 5º.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim. Aí, no caso, por força expressa de emenda constitucional. Apenas para entender: Vossa Excelência está, portanto, atribuindo força de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos, independentemente de força de norma constitucional. É isso?

03/12/2008

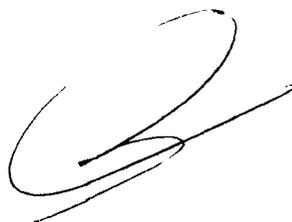
TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINSV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, eu também louvo sobretudo o erudito voto do Ministro Menezes Direito.

Começo a minha intervenção lembrando que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição, versante sobre prisão civil por dívida, tem dois relatos, dois núcleos deontológicos bem nítidos. O primeiro relato é uma regra geral proibitiva da prisão por dívida: "*não haverá prisão civil por dívida...*". Essa é a parte nuclear do dispositivo em foco. Mas avança o artigo 5º, LXVII, duas exceções: "*...salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*".

Muito bem. Essa parte exceptiva ou excepcional do texto normativo faz desse texto em si uma norma de eficácia restringível, segundo a classificação das normas constitucionais, proposta por mim mesmo e pelo pranteado Celso Ribeiro Bastos, no livro "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais". José Afonso da Silva categoriza esse tipo de norma, no plano da eficácia, como norma de eficácia contida. Então, as exceções serão aportadas por lei e evidente que por lei ordinária. Enquanto não



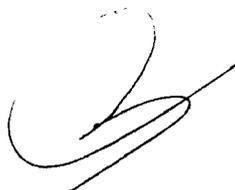
HC 87.585 / TO

produzida a lei ordinária, a norma constitucional, inciso LXVII do artigo 5º, é plenamente eficaz. É norma de eficácia plena. Mas, diante de lei, trabalhando no campo das exceções, o que se tem é uma contenção, uma diminuição da carga protetiva, da carga tutelar da Constituição quanto à liberdade de locomoção do indivíduo.

Acontece que nós temos, na mesma Constituição, o § 3º do artigo 5º, assim redigido:

"Art. 5º.....
§ 3º 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."

Vale dizer, ainda que os tratados internacionais versem sobre direitos humanos, para que eles ingressem no nosso ordenamento jurídico com a força de normas constitucionais, equiparados às emendas, eles têm de seguir um rito de emenda. E o fato é que o Pacto de San José da Costa Rica não seguiu esse rito de que fala o § 3º do artigo 5º da Constituição. Daí por que o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello propõem, para esse tipo de tratado ou convenção internacional versante sobre direitos humanos, mas não submetido a um rito legislativo de emenda, uma classificação de norma intermediária quanto à sua hierarquia. Não é isso?



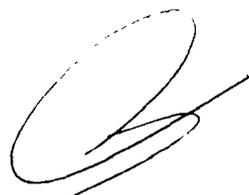
HC 87.585 / TO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho que se reconheça **natureza constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos, **submetendo**, em conseqüência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos **a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e**, também, *o controle de convencionalidade*, **ambos** incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, Vossa Excelência propõe, dissentindo do ponto de vista do Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Eros também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Para sustentar a minha posição, Senhor Ministro CARLOS BRITTO, e, assim, **atribuir qualificação constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos, **apoiei-me**, dentre **outros** fundamentos, **no conceito de bloco de constitucionalidade, relembrando**, então, a esse respeito, **como consignado** nos votos **que proferi** no julgamento **deste "habeas corpus"** (HC 87.585/TO) e naquele **do RE 466.343/SP e do RE 349.703/RS, valiosa lição** ministrada pelo Professor Celso Lafer.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:



HC 87.585 / TO

Ministro **Celso**, Vossa Excelência me permitiria uma observação? Desculpe interrompê-lo, mas senão eu iria perder a oportunidade.

É que exatamente esse fundamento que Vossa Excelência traz agora, no que concerne à Constituição argentina, me leva à conclusão de que a matéria tem de ser posta no plano da Constituição.

Ora, no caso brasileiro, diferentemente do que aconteceu no caso argentino, o constituinte não quis essa incorporação. O que o constituinte fez foi dar real possibilidade de ser esse tratado, esse ato internacional qualquer, elevado ao plano constitucional. Isso é que o constituinte desejou. Ora, se nós dissermos agora que ela já entra no plano constitucional, que está sujeita ao controle da constitucionalidade das leis, no plano lógico, estamos admitindo que esse dispositivo não existe, é lei inútil na Constituição, porque ele já chega no plano constitucional. Então, o Congresso não precisa convertê-lo ao plano constitucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A minha **percepção** do tema ora em exame - **que me levou**, após **muita** reflexão, a atribuir **natureza constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos - **permite-me** reconhecer, **para efeito** de outorga dessa especial qualificação jurídica a mencionadas convenções internacionais, **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

HC 87.585 / TO

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").

HC 87.585 / TO

Entendo, **tal como salientei** em voto proferido neste julgamento, que a **abordagem** hermenêutica por mim preconizada **permitirá dar** conseqüência **e atribuir** 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.

Vale referir **que atribuo**, nesse processo hermenêutico, grande relevo **ao § 2º** do art. 5º da Constituição, de cujo teor extraio o reconhecimento de que esse específico preceito normativo **constitui**, em tema de tratados internacionais de direitos humanos, **verdadeira cláusula geral de recepção**.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu ia acrescentar.
Eu também extraio do § 2º do artigo 5º.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mas Ministro **Celso**, Vossa Excelência me permite uma última intervenção? Peço desculpas por interrompê-lo e também ao

HC 87.585 / TO

Ministro **Carlos Britto**. Mas, veja bem, isso é uma contradição. Porque, se Vossa Excelência, na ocasião da Constituição, propôs uma emenda para equiparar os tratados à Constituição e essa emenda foi rejeitada, veio o § 2º com essa interpretação que dá margem à grande dubiedade e, em seguida, nasce o constituinte no § 3º, que diz expressamente que ele pode ser constitucional se o Congresso assim desejar, isso é uma contradição. Porque senão esse § 2º passa a ser inútil, porque já é constitucional quando chega.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E com um dado adicional - se me permitisse também o eminente Ministro Celso Mello - de nós termos talvez parâmetros de controles adicionais do texto constitucional. Nós temos uma Constituição já por si só extensa. Se agora vamos afirmar que todos os tratados de direitos humanos - e, aí, certamente vamos ter uma disputa hermenêutica para saber quais são esses tratados de direitos humanos - têm também hierarquia constitucional originária, certamente estamos nos embrenhando por um caminho que talvez, em termos de insegurança jurídica, a vista já não mais alcança.

Imaginem os senhores que tenhamos de aplicar todos esses tratados de direitos humanos como norma de caráter constitucional. Por isso obrou bem o constituinte em fazer esse claro *distinguishing* entre os tratados de direitos humanos do artigo 5º, § 2º, e aqueles outros previstos como emenda constitucional do § 3º, que têm de passar por um processo especial.

HC 87.585 / TO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para enfatizar que inexistente, na espécie, a contradição vislumbrada pelo eminente Ministro MENEZES DIREITO.

Ao proferir o meu voto neste julgamento, na sessão plenária de 12/03/2008, pus em destaque o douto magistério do eminente Professor Celso Lafer, em que esse ilustre Mestre das Arcadas bem examinou a questão ora em debate:

" (...) 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

HC 87.585 / TO

até a Emenda Constitucional n. 45, **segundo** 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)

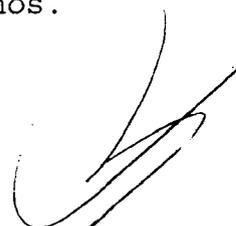
HC 87.585 / TO

Cabe registrar que essa opinião, **que confere** substância ao meu voto, **tem o beneplácito**, "inter alia", de eminentes autores, **tais como** FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público - Curso Elementar**", p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva), FLÁVIA PIOVESAN ("**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**", p. 71/74, 7ª ed., 2006, Saraiva) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Curso de Direito Internacional Público**", p. 694/695, item n. 8, 2ª ed., 2007, Atlas).

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, então, retomando, não preciso do § 3º para conceder, para deferir o **habeas corpus**. Eu me baseio no próprio § 2º do artigo 5º, porque foi ele quem iniciou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, sob uma visão humanitária e elogiavelmente cosmopolita.

A planetarização dos direitos humanos tem o seu ponto de partida não nesse § 3º do art. 5º da Constituição introduzido pela Emenda 45, mas desde a redação da Constituição originária, com o § 2º do mesmo artigo. Um § 2º que, no fundo, concretiza o inciso II do art. 4º da Constituição.

O que diz o inciso II do art. 4º da Constituição? Diz que, entre os princípios regentes das relações internacionais do Brasil, haverá a "*prevalência dos direitos humanos*", ou seja, a primazia, a preponderância dos direitos humanos.

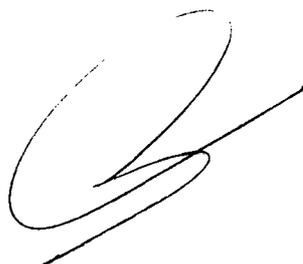


HC 87.585 / TO

Esse movimento de planetarização dos direitos humanos, portanto, faz do § 2º do art. 5º uma norma de concretização ou de densificação do inciso II do art.4º

Mas retomando o meu discurso, a norma consubstanciada no art. 5º, LXVII, é de eficácia restringível. As duas exceções podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, de prisão por dívida.

Sucede que essa previsão das exceções mediante lei ordinária não pode prevalecer porque o Pacto de San José da Costa Rica, tendo o seu fundamento de validade na Constituição brasileira (no § 2º do art. 5º), se contrapõe a qualquer norma ordinária brasileira interna que preveja a prisão civil por dívida. Na medida em que o Pacto de San José de Costa Rica, buscando fundamento de validade no § 2º da Constituição, proíbe a prisão civil por dívida, ele, o Pacto, prevalece como norma supralegal. Não é norma constitucional, à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º. Mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal nos autoriza a afastar a regra ordinária interna que possibilita a prisão por dívida. Então, superamos a contradição, baseando o nosso raciocínio exclusivamente no § 2º do art. 5º. Não precisamos mais do que ele para isso.



HC 87.585 / TO

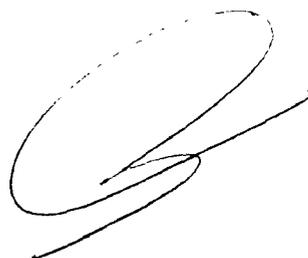
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O raciocínio desenvolvido por Vossa Excelência, por se apoiar no § 2º do art. 5º da Constituição, justificaria o reconhecimento de que as convenções internacionais de direitos humanos possuem natureza constitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, porque, entre nós, o fundamento de validade do Pacto é a Constituição brasileira. O Pacto só é norma jurídica para o ordenamento brasileiro por força desse fundamento de validade que lhe dá a Constituição no § 2º do art. 5º.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, então, não se vale do conceito de bloco de constitucionalidade para expandir a própria noção do que é ou não é constitucional em nosso sistema normativo?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Celso, a noção de bloco de constitucionalidade pode ajudar-nos, por exemplo, a complementar determinados conceitos do texto constitucional, a partir inclusive de construções que temos nos



HC 87.585 / TO

tratados internacionais, sem que necessariamente atribuamos ao texto de tratado a hierarquia constitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Com a condição de paradigma; porque, se for paradigma, é o problema.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Automaticamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Isso está acontecendo, por exemplo, com a Convenção Européia de Direitos Humanos, em que parte significativa do direito processual vem sendo construído inclusive como um direito paraconstitucional, sem se reconhecer necessariamente essa força.

Portanto, é possível fazer-se esse avanço até mesmo como fenômeno de construção e de mutação constitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, entendo assim também.

Com esses fundamentos e louvando ainda uma vez e nunca suficientemente o voto do Ministro Menezes Direito, pedindo vênia aos que pensam diferentemente, concedo o **habeas corpus**.



03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, também quero associar-me expressamente a todos os justos elogios ao brilhantíssimo voto do Ministro Menezes Direito, que, como sempre, traz muitas luzes às posturas desta Corte.

Eu estava até recentemente algo hesitante em relação à taxinomia dos tratados em face da nossa Constituição, mas estou seguramente convencido, hoje, de que o que a globalização faz e opera em termos de economia, no mundo, a temática dos direitos humanos deve operar no campo jurídico. Os direitos humanos já não são propriedade de alguns países, mas constituem valor fundante de interesse de toda a humanidade.

Por isso, adiro à posição do grande publicista Paulo Borba Casella, o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre **ipso facto** materialmente constitucional. E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem **status** de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com qual



HC 87.585 / TO

conseqüência? Com uma única conseqüência: saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Esta é a única relevância na distinção entre as hipóteses do § 2º e do § 3º. E acho que o Tribunal não deve, com o devido respeito, ter receio de perquirir qual a extensão dos direitos fundamentais, até porque eles são históricos. Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional.

Com esses fundamentos, também concedo o **habeas corpus**, mas fazendo ressalva que me parece importantíssima: o corpo humano, em qualquer dessas hipóteses, é sempre o mesmo. E o valor jurídico e a tutela que merece do ordenamento são também os mesmos, quer se trate de caso de depositário contratual, de depositário legal ou de depositário judicial. Ou seja, a modalidade do depósito é absolutamente irrelevante para efeito do reconhecimento de que o uso de estratégia jurídica que, como técnica coercitiva de pagamento, recaia sobre o corpo humano, é uma das mais graves ofensas à dignidade humana.

De modo que não releva o título jurídico pelo qual se agride a dignidade humana, se por força de dívida de caráter contratual, se por força de dívida decorrente do múnus de depositário, dentro do processo, ou ainda se é decorrente de outro dever oriundo da incidência de norma que regula os chamados depósitos necessários. Em quaisquer desses casos, a meu ver, a

HC 87.585 / TO

admissibilidade da prisão civil, subtendendo-se ressalva à hipótese constitucional do inadimplente de obrigação alimentar, seria sempre retorno e retrocesso ao tempo em que o corpo humano era **corpus vilis**, que, como tal, podia ser objeto de qualquer medida do Estado, ainda que aviltante, para constranger o devedor a saldar sua dívida. Isso me parece absolutamente incompatível com a atual concepção, qualquer que ela seja, da dignidade da pessoa humana.

Com essas ressalvas e pedindo vênia aos votos discordantes, concedo a ordem, também neste caso. 

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS**V O T O**

A Sra. Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, também concedo a ordem e retomo algo muito importante que foi agora lembrado pelo Ministro Cezar Peluso, qual seja, o fato de que a difusão e o respeito aos direitos humanos constituem, na realidade, o aspecto virtuoso do processo de globalização; um processo inevitável, ao qual todos estamos submetidos e que nos seus aspectos econômicos e financeiros muitas vezes causa prejuízos enormes. No entanto, no que diz respeito aos direitos humanos, realmente só temos a lucrar com a sua difusão e com o seu respeito por todas as nações.

Pedirei vênias, porém, ao Ministro Menezes Direito, cujo voto muito louvo, e aos colegas que o acompanham, para subscrever inteiramente a posição defendida originalmente pelo Ministro Celso de Mello, no seu brilhante voto proferido em março deste ano.

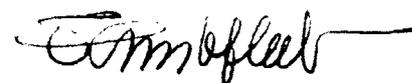
Tal qual Sua Excelência, entendo que a exata aplicação do § 2º do artigo 5º garante que esses tratados, no caso específico o Pacto de San José da Costa Rica, tenham efetivamente reconhecida a sua dignidade constitucional, ou seja, a sua integração naquilo que o Ministro Celso de Mello bem salienta e denomina de “bloco de constitucionalidade”. São direitos que, além dos expressamente previstos na Constituição, integram-se a ela por compromisso nacional.

Por outro lado, também, peço vênias para não subscrever os receios com relação à extensão desse reconhecimento de direitos humanos. Direitos humanos são efetivamente bastante conhecidos, bastante definidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. De modo que a distinção que haverá será feita entre aqueles tratados firmados anteriormente à Emenda nº 45, quando,

HC 87.585 / TO

então, já considerados por força da incidência do § 2º do artigo 5º, integrantes do bloco de constitucionalidade. Nos os outros tantos, que serão firmados a partir daí, se procederá àquela providência legislativa prevista no § 3º do mesmo artigo 5º.

Acompanho, às inteiras, a posição adotada pelo Ministro Celso de Mello.

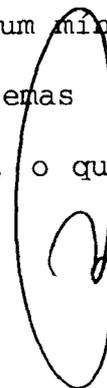


03/12/2008**TRIBUNAL PLENO****HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, ao término de um Ano Judiciário, é elogiável o ânimo dos integrantes do Supremo na discussão da matéria. Mas, muito embora estejamos no planalto, devemos ficar na planície. E, diria, sufragando até uma mensagem bíblica: cada dificuldade deve ser enfrentada em seu dia.

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

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



03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS

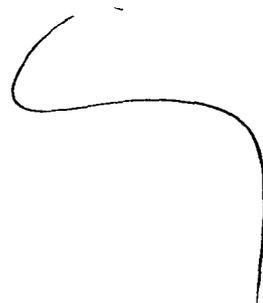
V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Também gostaria de reafirmar a posição que já sustentei nos demais casos aqui referidos, especialmente nos RREE nºs 349.703 e 466.343.

Entendo, tal como já havia contado, na linha sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, de forma inicial, que a menção do Texto Constitucional a tratados de direitos humanos não foi casual nem neutra do ponto de vista jurídico-normativo, mas que também essa menção não outorgava aos tratados de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional.

Reconheço que os tratados de direitos humanos - tal como fiz no meu voto - têm um significado ímpar, como também já tinha feito o Ministro Sepúlveda Pertence. Mas é claro que a sua condição de validade repousa no Texto Constitucional.

Por um lado, sabemos e temos a missão de fazer a aplicação da Constituição todo dia; uma Constituição analítica e que já é complementada pelas normas dos tratados a partir da interpretação. O bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. Temos feito isso em campos como dignidade da pessoa humana ou mesmo aqui com a questão da prisão civil e as normas de direito processual de perfil constitucional.



Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel que nós podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. E eu infelizmente não tenho a tranqüilidade da Ministra Ellen Gracie, talvez até por não ter essa segurança quanto à feitura dessa distinção.

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

De modo que saúdo os avanços que estamos dispostos a fazer, e eu mesmo incentivei nos votos proferidos a tentativa de abrir um pouco esse debate, mas peço todas as vênias ao Ministro Celso de Mello e aos Ministros que subscreveram a sua posição, para reafirmar o voto que proferi e subscrever o voto agora proferido pelo Ministro Carlos Alberto Direito e os demais Ministros que o seguiram, salvo no que diz respeito ao depositário judicial, porque entendo que também aqui a idéia é básica de proibição geral, quer dizer, aplicável também ao depositário judicial. Podemos até discutir se, em alguns casos - isso tem sido apontado às vezes por

juízes -, eventuais violações não deveriam até constituir infrações penais contra a administração da justiça. Mas a questão do depósito me parece que deve ser resolvida cabalmente com a proibição da prisão enquanto prisão civil.

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



O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite um aparte?

Todos sabemos que os direitos humanos não constituem um *numerus clausus*, mas um *numerus apertus*. Estamos, neste limiar do século XXI, em pleno desenvolvimento dos direitos de quarta geração; são direitos que ainda estão sendo formatados, estão sendo ainda interpretados corretamente no plano internacional. Quais são estes direitos de quarta geração? Alguns deles até agora reconhecidos:, por exemplo, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação,

HC 87.585 / TO

o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente. São direitos complexos. Eu compartilho da preocupação do eminente Ministro Gilmar Mendes no sentido da dificuldade em darmos *status* constitucional, desde logo, a estes direitos, que, até no plano internacional, são de difícil compreensão. Realmente me parece uma dificuldade um tanto quanto intransponível, pelo menos neste momento.

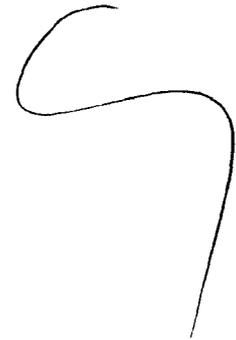
Apenas essa brevíssima intervenção.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nós vamos examinar caso por caso. Este é um caso típico. Alguém tem dúvida?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu não. Já proferi meu voto neste caso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vamos examinar caso por caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não, mas, se nós afirmamos que os tratados sobre direitos mantêm hierarquia constitucional, nós estamos afirmando isso de forma cabal.



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas, se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por "humano" e ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro Gilmar Mendes, só porque é importante esclarecer, desde logo, se, neste processo, nós vamos dar a extensão ao depositário judicial, porque, em assim sendo, temos de revogar a Súmula nº 619. Então, é preciso saber concretamente se nós vamos ficar, como disse o eminente Ministro Marco Aurélio, "a cada dia a sua agonia", seguindo este caso que está aqui.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O que diz a Súmula nº 619?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Diz exatamente que autoriza a prisão do depositário judicial infiel no mesmo processo.

Então me parece, com todo respeito, que nós devemos julgar esse caso confinado a este processo e, depois, examinar o

HC 87.585 / TO

outro. Agora, se for o caso de dar essa extensão, então nós temos de, nesta sessão, também, colher o voto relativo a este processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu daria também essa extensão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Para isso, eu sugiro a Vossa Excelência, então, que nós fizéssemos uma interrupção para o lanche e retornássemos e decidíssemos essa matéria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Na seqüência, há exatamente um *habeas corpus* que trata especificamente do depositário judicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu apóio esse ponto de vista.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Porque tem um **habeas corpus**. É isso que eu estou dizendo. Tem um **habeas corpus** específico sobre isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Há um *habeas corpus*, na seqüência, o de n. 92.566, que trata especificamente disso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Por isso é que estou sugerindo.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 87.585-8**

PROCED.: TOCANTINS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

IMPTE.(S): ALBERTO DE RIBAMAR RAMOS COSTA

ADV.(A/S): JÚLIO SOLIMAR ROSA CAVALCANTI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente **habeas corpus** ao Tribunal Pleno. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª. Turma, 12.06.2007.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.08.2007.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


P/Luiz Tomimatsu
Secretário