



HÁ LUGAR PARA A HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?: NOTAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343/SP

Emanuel de Melo Ferreira¹
Ulisses Levy Silvério dos Reis²

Resumo: Este trabalho criticará o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos no Brasil. Problematiza-se: o *status* supralegal destas normas reflete uma leitura adequada da constituição ou representa uma postura ativista? Dividiu-se o artigo em três partes: primeiro, foram apresentadas as características do julgamento sobre a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel em 2008; em seguida, delimitou-se as categorias relacionadas ao ativismo judicial; enfim, demonstrou-se as falhas argumentativas contidas no caso destacado. Conclui-se pela ausência constitucional de elementos autorizativos conducentes à hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica doméstica.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Hermenêutica constitucional; Tratados de direitos humanos; Hierarquia supralegal; Supremo Tribunal Federal.

IS THERE A PLACE FOR THE SUPRALEGAL HIERARCHY OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION?: NOTES ON THE INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN EXTRAORDINARY APPEAL NO. 466.343/SP

Abstract: This paper will criticize the position of the Brazilian Supreme Court about the supralegal hierarchy of human rights treaties in Brazil. It is problematic: does the supralegal status of these norms an adequate reading of the constitution or does it represent an activist stance? The article was divided into three parts: first, the characteristics of the trial on the impossibility of civil imprisonment of the unfaithful depositary in 2008 were presented; then the categories related to judicial activism were delimited; finally, the argumentative flaws contained in the highlighted case were demonstrated. It concludes by the constitutional absence of authorizing elements leading to the supralegal hierarchy of human rights treaties in the domestic legal order.

Keywords: Judicial activism; Constitutional hermeneutics; Human rights treaties; Supralegal

1 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Professor Assistente I da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Procurador da República. E-mail: emanuelmelo@uern.br.

2 Professor Assistente da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Economia e Mercados (DIREM/CNPq). E-mail: ulisses.reis@ufersa.edu.br.



hierarchy; Brazilian Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, proliferaram-se tratados e órgãos voltados à proteção dos direitos humanos em nível internacional. Na Europa, destaca-se especialmente a atividade do Conselho da Europa e a força normativa da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950), cujo intérprete máximo é a Corte Europeia de Direitos Humanos; na América, o principal órgão responsável pela proteção regional dos direitos humanos é a Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual se socorre para tanto (principalmente, mas não exclusivamente) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), documento que tem como principais monitores a Comissão (ente político) e a Corte (ente judicial) Interamericanas de Direitos Humanos.

O Brasil ratificou a Convenção Americana por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Após isso, não houve particular atenção do legislador brasileiro acerca de alguns pontos nos quais o texto do tratado conflitasse com a ordem jurídica brasileira, como é o caso da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, proibida na convenção, mas permitida constitucionalmente. Some-se a isso uma indefinição constitucional acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, uma vez que a dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente qual seja tal *status*. Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, tentou-se resolver tal problema criando um procedimento de “constitucionalização” dos tratados de direitos humanos por meio da sua apreciação no Congresso Nacional pelo quórum equivalente ao da aprovação das emendas constitucionais, mas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), ratificada anos antes, não foi aprovada à luz deste rito.

Confrontado com a incongruência normativa sobre a (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a sua jurisprudência quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP. A corte apresentou uma interpretação de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 terão hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, haja vista veicularem normas de proteção aos direitos



fundamentais positivadas em sede internacional, consoante o § 2º do mesmo artigo. Este entendimento favorece a aplicabilidade do princípio *pro homine*, segundo o qual, em caso de conflitos nos quais as normas doméstica e internacional apresentem diferentes graus protetivos, deve ser aplicada aquela que mais amplie o gozo dos direitos humanos fundamentais.

Tal entendimento jurisdicional, no entanto, não traz balizas seguras a fim de se definir qual(is) o(s) nível(s) de proteção dos direitos humanos exigido(s) para se optar por uma norma doméstica ou internacional no tocante à aplicação do princípio pró-humanidade. A partir de tais premissas e do caso concreto mencionado, este artigo pretende responder à seguinte pergunta: a hierarquia de supralegalidade conferida aos tratados de direitos humanos não aprovados à luz do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 decorreu de leitura que respeitou a Constituição ou, na verdade, foi fruto de ativismo judicial, merecendo, portanto, crítica doutrinária?

A pesquisa é relevante porque busca descortinar o potencial lesivo de um entendimento jurisdicional perfilado pelo Supremo Tribunal Federal. Embora se entenda a necessidade de garantir-se o gozo dos direitos fundamentais aos indivíduos, um mínimo de segurança jurídica é indispensável para que não se caia no arbítrio judicial toda vez em que normas de abrangência material similar sejam confrontadas, o que pode ocasionar decisões com resultados diversos, a depender da inclinação mais internacionalista ou doméstica do intérprete. A pesquisa é atual, pois a crítica pode subsidiar futura mudança de entendimento jurisprudencial.

O trabalho adotará o método dedutivo e se valerá especialmente da análise dos argumentos apresentados pelos ministros do STF no RE 466.343/SP para apontar os problemas de insegurança jurídica oriundos da opinião majoritária nele perfilada. Buscou-se apoio nas fontes literárias (obras monográficas, artigos etc.) e normativas (textos legais internacionais e domésticos e jurisprudência). A atenção recairá nos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, pois foram eles quem mais desenvolveram ideias acerca da internacionalização do direito. Dentre eles, o voto do segundo será o mais escrutinado, pois sua tese central é, justamente, a supralegalidade criticada neste texto.

A pesquisa está dividida em três subseções. Num primeiro momento, será desenvolvida a argumentação dos ministros do STF no julgamento que definiu a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o



rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988; em seguida, serão apresentadas as categorias necessárias à compreensão do trabalho, tais como “judicialização”, “ativismo e discricionariedade judiciais”, o que servirá para definir o que se considera como práticas jurisdicionais saudáveis numa democracia constitucional pautada nos direitos humanos fundamentais; no terceiro instante, será desenvolvida e criticada a argumentação dos ministros do STF no julgamento que definiu a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988; conclusivamente, serão apresentadas as deficiências decorrentes do entendimento prevalecente em tal caso concreto para fins de coerência da aplicação do ordenamento jurídico, sem deixar de se apontar qual o caminho mais adequado a ser seguido pelo Estado em sua tarefa de harmonização doméstico-internacional da tutela dos direitos humanos.

Apesar das críticas a seguir esboçadas, em nenhum momento se põe em dúvida a necessidade de integração do Brasil à ordem internacional dos direitos humanos. Não obstante, é essencial para tanto que todas as funções do Estado cumpram as suas obrigações, pois, quando isso não é feito, a atividade jurisdicional se vê excessivamente acionada e comumente responde com pouca margem de segurança.

2 A HIERARQUIA SUPRALEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO JULGAMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Desde a década de 1970³, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerava que os tratados ratificados pelo Brasil, independente da matéria neles versada, possuíam equivalência normativa equivalente à da legislação ordinária. Mesmo os julgamentos realizados após a promulgação da Constituição Federal de 1988 acerca da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel consagraram igual entendimento, o que modificou-se com a apreciação do RE 466.343/SP.

O cerne deste processo consistiu em irrisignação do Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, embora julgando procedente ação de depósito relacionada a contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu por inaplicável a

3 Para ficar em alguns exemplos, pode-se mencionar os Recursos Extraordinários 71.154/PR, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro, e 80.004/SE, relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque, ambos julgados, respectivamente, em 04/08/1971 e 01/06/1977.



cominação de prisão civil do devedor em caso de descumprimento da entrega do bem. No entendimento da instituição financeira, era-lhe lícito requerer esse tipo de medida em razão da permissibilidade jurídica contida na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXVII), no Código Civil de 2002 (art. 652) e no Decreto-Lei n. 911/1969 (art. 1º).

Assim, a questão central deste artigo parte da interpretação dos dispositivos constitucionais que: i) admite a inclusão de direitos e garantias fundamentais não expressamente previstos na Constituição, mas constantes, por exemplo, de tratados de direitos humanos celebrados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, § 2º); ii) equipara tais tratados às emendas constitucionais, quando aprovados com as mesmas formalidades destas (art. 5º, § 3º); iii) atribui competência ao Congresso Nacional para deliberar sobre tratados (art. 49, I), uma vez celebrado tal acordo pelo Presidente da República (art. 84, VIII); e iv) permite a declaração de inconstitucionalidade sobre tratados, ao reconhecer tal situação como hipótese para interposição de recurso extraordinário (art. 102, III, “b”). É a partir, portanto, da análise de tais dispositivos constitucionais que será possível analisar o acerto ou não da tese firmada pelo STF no RE 466.343/SP, ao estipular que tratados de direitos humanos referendados pelo Congresso Nacional possuiriam, automaticamente, a qualidade de normas supralegais.

Embora o voto do Min. Cezar Peluso (relator) tenha se limitado a discutir os aspectos normativos do contrato de depósito⁴, o caso figura como um dos mais emblemáticos da jurisprudência do STF em razão das manifestações dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, em longos votos, polarizaram o debate acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira. Para eles, esta tarefa fez-se necessária em razão da proibição contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) de qualquer prisão civil, salvo a do devedor inescusável de pensão alimentícia (art. 7º(7))⁵.

Na visão do Min. Gilmar Mendes (majoritária ao fim do julgamento), existem 04 posições acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na literatura e no direito

4 O relator sustentou que, para o deslinde da causa, considerou dispensável adentrar no debate jurídico acerca da proibição contida no direito internacional dos direitos humanos da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, pois o caso referia-se ao contrato de alienação fiduciária em garantia e não propriamente ao de depósito.

5 O Min. Gilmar Mendes chegou a mencionar proibição similar contida no art. 11 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), mas o cerne do debate gravitou em torno do tratado regional.



constitucional estrangeiros⁶: a supraconstitucionalidade (i)⁷, a hierarquia constitucional (ii), a infraconstitucionalidade/supralegalidade (iii) e a hierarquia legal (iv). Até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, a dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 deixava dúvidas acerca do patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos na ordem doméstica, pois, embora explicitasse o texto a fundamentalidade dos direitos humanos previstos em tratados ratificados pelo Brasil, era silente quanto à sua hierarquia normativa. Foi a inclusão do § 3º ao art. 5º que buscou sepultar a cizânia ao estabelecer quórum diferenciado de aprovação dos tratados de direitos humanos para que recebam eles hierarquia constitucional⁸.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, entendeu o Min. Gilmar Mendes que, dado o efeito paralisante das suas normas perante o direito doméstico com elas incompatível, a solução mais viável seria emprestar-lhes hierarquia infraconstitucional, porém supralegal. Para chegar a tal conclusão, o Ministro se utilizou de parâmetros interpretativos, dentre outros textos, extraídos das constituições da França e da Alemanha.

No outro polo da discussão figurou o Min. Celso de Mello. Revisando o seu posicionamento anterior⁹ e amparado nas leituras de Cançado Trindade, Flávia Piovesan e José Francisco Rezek, aderiu ele à corrente internacionalista brasileira que empresta aos tratados de direitos humanos, qualquer que tenha sido a sua forma de aprovação no Congresso Nacional, hierarquia constitucional. Para contornar a exigência do procedimento qualificado de votação do § 3º, sustentou o julgador que dividem-se em duas categorias estes atos normativos: os formal e materialmente constitucionais, aprovados sob o rito qualificado de equivalência às emendas constitucionais (i), e os apenas materialmente constitucionais,

6 No voto, o ministro utiliza a expressão “direito comparado”. Como o exercício interpretativo por ele feito no julgamento foi apenas de análise superficial dos textos normativos, optou-se aqui por substituir tal locução por “direito estrangeiro”, mais consentânea com o trabalho desenvolvido no caso.

7 A ideia da supraconstitucionalidade, logo descartada pelo ministro, não encontra eco na Constituição Federal de 1988, embora, à época do julgamento, existissem autores que a sustentassem no tocante aos tratados que constituem órgãos internacionais de alcance global (GOMES; MAZZUOLI, 2009). Esse trabalho, não obstante, contém imprecisões teóricas, como a qualificação “supranacional” dada a órgãos internacionais (Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional etc.) e a criação de uma classificação entre tratados “centrípetos” e “centrífugos” não encontrável na literatura especializada.

8 Até o momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e o seu Protocolo Facultativo, promulgadas internamente pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, receberam este patamar qualificado.

9 O ministro pontuou que a modificação do entendimento do STF não implica em dizer que, anteriormente, as suas decisões estavam “erradas”, haja vista a tarefa de “atualização” da leitura constitucional aos “novos tempos”.



consistentes nos tratados de direitos humanos aprovados sob o padrão da legislação comum (ii)¹⁰.

Como adiantado, o posicionamento do Min. Gilmar Mendes sagrou-se majoritário ao fim do julgamento¹¹. Ambos, no entanto, apresentam inconsistências interpretativas capazes de prejudicar a segurança jurídica. Apresentam-se aqui diversos questionamentos, aprofundados na última subseção: i) no RE 466.343/SP era realmente necessária a abordagem acerca do *status* dos tratados de direitos humanos?; ii) a doutrina, por si só, pode influenciar na alteração da jurisprudência mesmo contra a Constituição?; iii) as constituições de outros Estados podem justificar a mudança jurisprudencial?; e iv) os dispositivos da Constituição Federal mencionados são suficientes para fundamentar a conclusão acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e da consequente “eficácia paralisante” deles?

No contexto da insegurança jurídica a partir da utilização do princípio de interpretação *pro homine*, citado na decisão, é pertinente suscitar cenário conflitivo com a possibilidade de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação judicial. Com escoro no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, o legislador inseriu no rol de penalidades do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) a suspensão dos direitos políticos. No entanto, o art. 23(2) da Convenção Americana sobre Direitos

10 Nesse ponto, o ministro se afasta de Cançado Trindade (2003) e Piovesan (2013), que, baseados numa interpretação dita sistemática da Constituição Federal de 1988, veem em qualquer tratado de direitos humanos (o primeiro) e mesmo nos aprovados sob o rito da legislação comum pré-Emenda Constitucional n. 45 (a segunda) índoles formal e materialmente constitucionais. A crítica de Galvão (2015, p. 192) segue sentido similar: “Considerar os tratados de direitos humanos ratificados antes da exigência do quórum qualificado pela EC n. 45/2004 com status supralegal é negar a essência destes tratados. A determinação deste quórum especial, de votação em dois turnos, por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional (§ 3º, artigo 5º, CF), revela afronta ao princípio *ius cogens* dos acordos internacionais de direitos humanos. O dispositivo foi acrescentado ao texto constitucional pelo poder do constituinte derivado. Mesmo a posição jurisprudencial considerada mais avançada, na verdade, não o é. O entendimento do Ministro Celso de Mello revela-se insatisfatório. Este falso avanço, na compreensão dos tratados de direitos humanos, aponta para a concepção dos direitos humanos em formais e materiais. Afinal, o que justifica a divisão dos direitos humanos em materiais e formais? O que faz dos tratados de direitos humanos declaratórios é o fato de que eles simplesmente reconhecem direitos materialmente fundamentais. A menção aos direitos humanos formalmente fundamentais serve tão só para demonstrar que, às vezes, as constituições podem positivar algo que não seja materialmente fundamental, isto é, que não esteja ligado às exigências humanas. Todavia, é certo que um direito humano materialmente fundamental, por corresponder aos direitos humanos, não pode ser limitado ao conceito de direito formalmente fundamental, porquanto possui natureza primaz.”

11 De acordo com Sarlet (2013), o STF criou “direitos humanos de segunda classe”. Sustenta o autor que a condição de fundamentalidade dos direitos humanos não permite que eles sejam colocados à disposição do legislador ordinário para reforma. Embora enxergue evolução na jurisprudência que considerava os tratados de qualquer natureza em paridade com a legislação ordinária, considera ele que a corte poderia ter avançado mais na matéria no sentido da constitucionalidade de tais normas, no que foi impedida pela Emenda Constitucional n. 45.



Humanos (1969) determina que este tipo de pena somente pode derivar de uma condenação, por juiz competente, em processo penal.

Num caso desta natureza, ao se confrontar um dispositivo da legislação ordinária brotado do texto constitucional com uma norma supralegal, qual deles deve prevalecer? Não se pode aqui socorrer-se do argumento do Min. Celso de Mello usado no caso da prisão civil do depositário infiel de que a Constituição Federal de 1988 apenas “autorizou” a regulamentação, mas não a “impôs”. O texto constitucional (art. 37, § 4º), não dá margem de manobra punitiva em casos de cometimento de ato de improbidade administrativa, matéria de índole não-penal (as repercussões cíveis/administrativas e criminais desta atuação são julgadas em processos distintos).

A hierarquização da infraconstitucionalidade/supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados sob o rito das emendas constitucionais continuará gerando tensões jurisprudenciais. A interpretação do Supremo Tribunal Federal serviu para dirimir o caso da prisão civil do depositário infiel, no qual estavam sendo discutidos direitos patrimoniais disponíveis. Uma discussão sobre a suspensão dos direitos políticos em sede de condenação por improbidade administrativa, se travada num país cujo clamor pela punição dos crimes de corrupção vem cada vez mais recebendo atenção popular, pode gerar resultado contraditório com o que restou decidido nos autos do RE 466.343/SP. Não é que a corte esteja impedida de revisar a sua jurisprudência, mas fazê-lo em períodos tão curtos demonstra a falta de reflexão na leitura do órgão responsável pela uniformização interpretativa da Constituição Federal de 1988, o que fragiliza o ideal de segurança jurídica.

Possível solução para tais incoerências passa pela regulamentação do procedimento de aprovação dos tratados de direitos humanos pelo Congresso Nacional (i) e pela reanálise dos instrumentos desta natureza aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45 (ii). Ou seja: pela atuação do Poder Legislativo e não através da jurisdição.

3 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAIS NA TESE DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS



Qual a relação entre a discussão acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e os conceitos de judicialização, ativismo e discricionariedade judiciais? É realmente necessário abordá-los? A tese sustentada neste artigo, já elencada na introdução, aponta que a ideia acerca da supralegalidade é fruto de leitura pós-positivista da Constituição, no sentido de que buscou-se, a partir de recurso a certa compreensão dos princípios jurídicos, justificar a superação de regras igualmente constitucionais que apontam com segurança que a qualidade de tais tratados, quando internalizados sem as formalidades típicas das emendas constitucionais, é de nível legal. Ora, para entender tal raciocínio desenvolvido pelo STF, então, deve-se compreender em que consiste adotar uma postura ativista, posição desenvolvida neste caso.

O ativismo judicial não deve ser confundido com a mera judicialização (OLIVEIRA; FARIA; CURTOLO; TEODORO; VELUDO; PEREIRA, 2011). A judicialização corresponde à provocação feita perante o Poder Judiciário para que ele exerça jurisdição sobre determinada questão. Como corolário do direito fundamental de ação e levando em conta que a Constituição brasileira é analítica, regulamentando diversas questões, bem como a quantidade de leis sobre os mais variados assuntos, tem-se que a judicialização é uma consequência lógica de tal estado de coisas. No caso em análise, o Banco Bradesco S/A judicializou questão buscando a prisão de indivíduo que celebrara contrato de alienação fiduciária em garantia, defendendo que tal contrato poderia ser equiparado ao contrato de depósito justamente para se admitir tal prisão, nos termos do art. 5º, LXVII, da Constituição. Perceba-se que, por si só, a judicialização não é prática que viola a Constituição, muito pelo contrário.

O ativismo, por outro lado, corresponde ao ato de vontade de juízes em decidir a questão judicializada sem o necessário respeito ao direito positivo, seja em nível legal ou constitucional. Trata-se, portanto, de postura que vai influir na fundamentação da decisão judicial e na sua consequente conclusão e, ao criar direito contra a norma jurídica posta, viola, necessariamente, diversos dispositivos constitucionais, tais como aqueles que elencam: i) a separação de Poderes (art. 2º); ii) a competência do Presidente da República (art. 84); e iii) a competência do Congresso Nacional (art. 49). No caso em análise, o STF firmou a tese acerca da supralegalidade mesmo sem qualquer dispositivo constitucional nesse sentido, contrariando regras que muito mais claramente apontam o caráter legal de tais tratados. Logo, houve judicialização e ativismo.



A discricionariedade judicial, por sua vez, será abordada com mais detalhes adiante. Neste momento, deve-se delimitar seu sentido para sustentar que se trata de postura através da qual os juízes criam direito quando as normas jurídicas assim admitem, tendo em vista a textura aberta delas (quando utiliza, por exemplo, expressões vagas como “razoável” ou “justo”). Através desse poder discricionário, o juiz recorre a padrões não jurídicos para resolver uma questão posta. Este texto sustenta que o ativismo judicial não é causado pela discricionariedade no sentido aqui explicitado, mas sim pelo mero arbítrio judicial. O arbítrio é a tomada de decisão pelo juiz criando direito mesmo quando não há textura aberta.

É necessário esclarecer o conceito de direito para que se tenha a correta compreensão do que se afirmou no parágrafo anterior acerca do ativismo. A afirmação antes posta, no sentido de que o ativismo viola a Constituição porque a fundamentação da decisão judicial não leva em conta o direito posto, demanda, necessariamente, a caracterização do que se entende por direito e por normas jurídicas. Eis a permanente questão fundamental acerca do fenômeno jurídico: o que é direito? É a partir do enfrentamento breve desta questão que será possível esclarecer a relação entre ativismo judicial e discricionariedade.

Nino (2015) aponta, didaticamente, a importância acerca da compreensão sobre o conceito de direito ao apresentar caso hipotético envolvendo três juízes que deveriam julgar nazistas após a Segunda Guerra Mundial. No exercício proposto: i) o juiz com maior inclinação positivista absolve; ii) aquele com visão mais jusnaturalista condena; e iii) e o terceiro, com postura que alguns chamariam de “pós-positivista”, igualmente condena, mas utilizando fundamentos diversos dos anteriores, criticando, em parte, ambas as concepções pretéritas. Eis a importância prática de tal estudo teórico, ainda mais quando se está diante, como no presente texto, de uma crítica justamente às decisões judiciais.

O conceito de direito explorado neste texto é positivista. Partindo-se da compreensão de que direito é a união de regras primárias e secundárias, sendo as primeiras normas de conduta (“não matar”, por exemplo) e as segundas normas que dispõem sobre as primeiras, elencando como elas são criadas, modificadas e aplicadas judicialmente, reconhece-se que somente uma fonte social pode criar direito. Por fonte social entenda-se a atuação de legisladores ou juízes a partir da aceitação de uma norma secundária denominada por Hart como “norma de reconhecimento”. É através dela que o direito pode ser identificado, diferenciando-se normas jurídicas de normas de outros ordenamentos, como a moral (HART, 2012).



Mas juízes não podem dizer qualquer coisa sobre as normas jurídicas. É importante ressaltar que mesmo um positivista como Hart não adota postura cética em relação às normas jurídicas, pois repele padrões típicos do realismo jurídico, os quais compreendem o direito como aquilo que os tribunais dizem que é (HART, 2012). O que Hart admite é que as normas jurídicas, necessariamente e em algum momento, apresentaram o que denominou de textura aberta, no sentido de que expressões linguísticas vagas tais como “justo”, “razoável” ou “manifestamente” devem, realmente, serem preenchidas através da discricionariedade judicial. Perceba-se, assim, que não se trata da admissão de um nível de criação judicial como aquele sustentado por Kelsen no seu famoso escrito sobre interpretação, já que, para este, o juiz poderia até ultrapassar a moldura normativa (KELSEN, 2006).

Algum nível de discricionariedade e criação judiciais do direito, assim, são inevitáveis levando em conta a própria vagueza da norma jurídica e do trabalho do Poder Legislativo. Logo, não se pode concordar com Dworkin quando este sustenta que, através dos princípios jurídicos, seria possível superar a discricionariedade judicial. Dworkin desenvolveu influente ataque ao positivismo de seu antigo mestre, sustentando que o Direito não era levado a sério pelos positivistas precisamente por concebê-lo como um modelo de regras. Um dos seus ataques refere-se, justamente, à admissão da discricionariedade judicial por parte das correntes positivistas (DWORKIN, 2010).

Para Dworkin, é autoritária a visão de que o juiz pode criar obrigações jurídicas recorrendo a padrões que não seriam jurídicos, como admitem os positivistas no caso, pelo menos, das normas de textura aberta. Dworkin disserta sobre três manifestações da discricionariedade, apontando que só há razão de ser na sua análise a partir da constatação de situações em que uma autoridade precisa decidir algo tendo alguma norma ou ordem superior que busque, de algum modo, regulamentar a decisão a ser tomada. Num primeiro sentido, que elenca como “fraco”, a discricionariedade seria de algum modo mitigada a partir de alguma restrição posta na ordem superior. Por exemplo, ordem dada por superior para que subordinado escolha seus cinco homens mais experientes para determinada missão. Perceba-se que a opção, apesar de aberta, possui algum nível de restrição relacionada à experiência. Num segundo sentido, igualmente caracterizado por ele como “fraco”, há discricionariedade quando uma autoridade decide por último determinada questão sem possibilidade de revisão por outrem. É o que ocorre, por exemplo, com decisões de última instância nos tribunais. É num terceiro sentido reputado como “forte”, no entanto, que Dworkin concentra seu ataque,



caracterizando tal manifestação da discricionariedade a partir da ausência daquela restrição na ordem emanada. Ocorreria, por exemplo, quando o superior determinasse que seu subordinado escolhesse somente cinco oficiais de sua livre escolha para a tarefa. Ausente o limite em torno da experiência, haveria discricionariedade no sentido forte (DWORKIN, 2010).

Para Hart, seria o caso de se recorrer aos padrões não jurídicos para resolver a questão, já que a norma em si, ante sua textura aberta, não regulamentaria o conflito. Para Dworkin, a decisão é jurídica, devendo o juiz recorrer aos princípios que fazem parte do direito. Como superar a divergência?

Joseph Raz, orientando de Hart na Universidade de Oxford, foi um dos primeiros que controverteu com Dworkin após este lançar sua primeira crítica ao positivismo hartiano. Raz aponta que um dos equívocos de Dworkin é supor que, através dos princípios, a discricionariedade judicial seria superada, não havendo, portanto, um teste típico como aquele demandado pela regra de reconhecimento para se fixar os limites do Direito, delimitando-se o que seria jurídico daquilo que não seria. Os princípios não teriam a capacidade de superar a discricionariedade judicial, pois, pelo contrário, eles pressuporiam a existência dela, servindo como um guia e direção para a melhor decisão possível:

O que é “injusto” ou “para o bem geral” é uma questão de opinião e as cortes ou agentes públicos respectivos são instruídos pelo direito a agir de acordo com suas próprias perspectivas. O direito não impõe sua própria visão de justiça ou bem comum. Ao invés disso, deixa a questão à discricionariedade das cortes e de tais agentes. Muitos dos princípios governando a ação das cortes e do executivo são princípios discricionários. Tais princípios, longe de provarem a ausência de discricionariedade judicial, são manifestações de uma política jurídica através da qual se confia e se utiliza a discricionariedade judicial e administrativa a fim de que se aumente a flexibilidade do direito e se aprimore os procedimentos para sua constante revisão ao se deparar com mudanças nas circunstâncias e nas opiniões. Devemos concluir que os princípios jurídicos não excluem a discricionariedade judicial; eles pressupõem sua existência para direcioná-la e guiá-la (RAZ, 1972, p. 847).¹²

Perceba-se que mesmo um positivista como Raz admite a possibilidade de existência de princípios num determinado sistema jurídico. Na sua visão, até mesmo formulações como

12 No original: “What is ‘unjust’ or ‘for the general good’ is a matter of opinion and the courts or officials concerned are instructed by law to act on their own views. The law does not impose its own views of justice or the common good. Rather, it leaves the matter to the discretion of the courts or the officials. Many of the principles governing the action of the courts and the executive are principles of discretion. Such principles, far from proving the absence of judicial discretion, are a manifestation of a legal policy to rely on and make use of judicial and administrative discretion in order to increase the flexibility of the law and improve the procedures for its constant review to meet changes in circumstance and opinion. We must conclude that legal principles do not exclude judicial discretion; they presuppose its existence and direct and guide it”.



a de John Austin, através da qual o Direito seria ordens de um soberano, não seriam capazes de excluir os princípios, pois a ordem emitida poderia expressar tal padrão normativo (RAZ, 1972). Além disso, os princípios, como padrões também dotados de vagueza, não poderiam, por isso mesmo, superar a discricionariedade.

Nessa linha esclarecedora, Raz aponta que admitir a discricionariedade judicial não é o mesmo que reconhecer o arbítrio do juiz. Ele reconhece que muitos outros pensadores, não só positivistas, exageraram no foco da discricionariedade judicial ao não conferirem a devida atenção ao papel que os princípios desempenham no direito. Mesmo diante da discricionariedade em sentido forte, os juízes não devem agir arbitrariamente, eis que vinculados aos atos que eles julgam serem os melhores de acordo com suas crenças e valores. Decidir esses casos simplesmente jogando uma moeda, isso sim, seria arbitrariedade (RAZ, 1972).

Seria possível objetar que, ao admitir a discricionariedade nestes termos, uma teoria positivista assim formulada contribuiria enormemente para o ativismo judicial. Afinal, como sustentado anteriormente: i) admite-se a discricionariedade ante normas de textura aberta, segundo Hart; e ii) mesmo diante a discricionariedade em sentido forte, o juiz poderia decidir com base naquilo que considerasse o mais correto de acordo com suas crenças e valores, segundo Raz, sendo esta uma vinculação meramente retórica para impedir o arbítrio.

A ideia aqui defendida busca inverter a ordem de tal argumentação, no seguinte sentido. Em se reconhecendo que: i) o direito não apresenta uma única resposta certa para cada questão, tendo em vista, por exemplo, a vagueza e a indeterminação de suas expressões linguísticas; ii) juízes, mesmo assim, são obrigados pela regra de reconhecimento a aplicar as normas jurídicas, não sendo correta a tese em torno do ceticismo; e iii) que os princípios podem guiar tal atuação, mas, uma vez que eles próprios também são vagos, não garantem a superação da discricionariedade, deve-se apostar cada vez mais na segurança em torno das regras jurídicas para que, somente quando estas realmente manifestarem sua textura aberta, buscar-se resolver a questão através de princípios.

Em outras palavras: levando a discricionariedade judicial à sério, reconhecendo que ela é um fato e que o direito tem limites, tem-se, na verdade, uma restrição ao ativismo judicial, pois juízes somente deveriam recorrer aos padrões não jurídicos na sua argumentação em última instância, evitando-se saltos interpretativos rapidamente efetivados quando, simplesmente, determinado juiz não concorda com o conteúdo de regras jurídicas



legitimamente postas até mesmo pelo constituinte originário e aplica princípios em casos nos quais não há discricionariedade. É este salto interpretativo que caracteriza o arbítrio judicial, não a mera discricionariedade.

No próximo tópico, a afirmação acima posta será devidamente provada, demonstrando-se como o recurso aos princípios e não às regras jurídicas foram decisivos para a prolação de decisão ativista, sem qualquer respaldo na Constituição. O modelo de princípios, e não o modelo de regras, favoreceu a arbitrariedade judicial.

4 O DESPREZO ÀS REGRAS CONSTITUCIONAIS E O RECURSO A PRINCÍPIOS COMO FORMA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONSTITUINTE REFORMADOR NA TESE DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

O presente texto, como dito, apresenta uma crítica à decisão do STF proferida no RE 466.343/SP, sustentando-se que a Constituição não admite a tese acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Em tal recurso, analisava-se se o contrato de alienação fiduciária em garantia poderia ser equiparado ao de depósito inclusive para fins de admissão da prisão por dívida. Não se tratava, portanto, de um típico contrato de depósito.

Há certa dificuldade em comentar criticamente a jurisprudência do STF tendo em vista a quantidade de fundamentos às vezes divergentes elencados por ministros, mesmo quando chegam a uma mesma conclusão. De todo modo, o voto mais influente a ser analisado é do Min. Gilmar Mendes, pois: i) enquanto o relator, Min. César Peluso, ateu-se às necessárias diferenciações entre os contratos de alienação fiduciária em garantia e depósito, foi o primeiro quem primeiro apresentou as considerações em torno do caráter supralegal; e ii) os demais ministros, de um modo geral, seguiram brevemente as considerações do Min. Gilmar, sem apresentar maiores fundamentações, com exceção do Min. Celso de Melo, que defendia a tese em torno da constitucionalidade de tais tratados.

Eis um breve roteiro dos argumentos lançados no voto do Min. Gilmar Mendes: i) introdução doutrinária e jurisprudencial acerca dos possíveis *status* dos tratados de direitos humanos; ii) necessidade de mudança jurisprudencial no STF tendo em vista “a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais”, recorrendo-se à doutrina de Peter Häberle e às diversas constituições de outros países para justificar sua tese; iii) menção aos arts. 4^a, 5^o §§, 2^o, 3^o e 4^o da Constituição Federal de 1988 como premissas para o entendimento acerca da supralegalidade e da mudança jurisprudencial; iv) análise da



prisão civil do devedor fiduciante à luz do “princípio” da proporcionalidade; e v) conclusão, apontando a tese já citada e a necessária revisão da jurisprudência.

As questões a serem suscitadas, como já apontado, são: i) no RE 466.343/SP, era realmente necessária a abordagem acerca do *status* dos tratados de direitos humanos?; ii) a doutrina, por si só, pode influenciar na alteração da jurisprudência mesmo contra a Constituição?; iii) as Constituições de outros Estados podem justificar a mudança jurisprudencial?; e iv) os dispositivos da Constituição Federal mencionados são suficientes para fundamentar a conclusão acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e da consequente “eficácia paralisante” deles? A análise detalhada de tais pontos demonstrará se a judicialização da questão foi resolvida de modo ativista ou não.

Em relação ao item “i”, deve-se lembrar que o caso em estudo dizia respeito ao contrato de alienação fiduciária em garantia, não propriamente ao contrato de depósito, segundo a própria ementa e esclarecimentos no voto do relator. Esta foi a razão para o Min. César Peluso não fundamentar seu voto a partir do debate acerca do *status* dos tratados de direitos humanos. Para ele, corretamente, a questão cingir-se-ia à análise acerca da natureza jurídica do contrato de alienação fiduciária em garantia e se a equiparação ao depósito efetivada pela lei respectiva poderia ter como consequência a prisão civil do “depositário” infiel. Como ele concluiu que a equiparação era inconstitucional para esses fins, interpretando estritamente o art. 5^a, LXVII, da Constituição, a questão foi assim resolvida, tomando por base, unicamente, o ordenamento doméstico.

Claramente, não estava em discussão na corte o *status* dos tratados de direitos humanos. Ao avançar no ponto, a partir do voto do Min. Gilmar, o STF manifesta ativismo ao não se ater aos limites da postulação elencada no recurso extraordinário. Se não havia necessidade de se recorrer às teses acerca do *status* dos tratados de direitos humanos, a introdução dessa fundamentação foi fruto de puro ato de vontade da corte, sendo lícita a indagação, portanto, em torno da necessidade do próprio processo constitucional e do papel das partes, já que o órgão judicial pode decidir o que quer em qualquer situação, independentemente dos limites postos no caso. A causa de pedir aberta, caso se queira incluir tal tese no bojo do recurso extraordinário, não pode justificar tal postura: através dela tem-se como possível a invocação de fundamentação diversa daquela postulada para resolver o caso judicializado, não outro.



Em relação ao item “ii”, tem-se que a doutrina pode ser considerada como fonte indireta do direito no sentido de que influencia na tomada de decisões pelo Poder Judiciário ou mesmo na confecção das leis pelo Poder Legislativo (DIMOULIS, 2014). O problema ocorre quando as doutrinas citadas defendem teses não compatíveis com a Constituição e são usadas não pelo Poder Legislativo, quando este propõe determinada reforma constitucional, mas sim pelo próprio Poder Judiciário, o qual, como se sabe, não está constitucionalmente autorizado a realizar mudanças formais na Constituição. É o caso da citação da obra de Peter Häberle feita pelo ministro: lá, diferentemente do sistema jurídico brasileiro, há norma constitucional admitindo expressamente a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos. Logo, a lição do autor alemão tem muito mais pertinência naquele contexto.

Parcialmente, o Min. Gilmar Mendes reconhece a incompatibilidade de certas teses elencadas com a Constituição Federal de 1988, como aquela que sustenta o caráter automaticamente constitucional dos tratados de direitos humanos, tendo em vista o disposto no art. 5º, § 3º. No entanto, as demais teses, igualmente contrárias ao texto constitucional, foram por ele acolhidas. A contrariedade ficará mais clara quando da análise do item “iv”.

Sobre o item “iii”, é claro que as citações a outras ordens constitucionais realizadas pelo ministro podem ser interpretadas como mero argumento de reforço. Mesmo assim, é lícito indagar se tal postura é adequada quando há incompatibilidade entre as constituições confrontadas. Como ele mesmo ressalta, muitos dos outros textos constitucionais são expressos na atribuição da qualidade suprallegal aos tratados de direitos humanos, como se tem com a Constituição da Alemanha. Ora, em não havendo norma correspondente no Brasil, cai por terra a comparação, já que sistemas jurídicos estrangeiros não são fonte do direito brasileiro.

O item “iv” é central para o desenvolvimento das ideias deste texto. Propõe-se uma leitura séria dos dispositivos constitucionais, não recusando uma aplicação a eles simplesmente porque não se concorda com seu conteúdo. Nessa linha, deve-se indagar se os arts. 4ª, 5º, § 2º, § 3º e § 4º da Constituição Federal são suficientes para sustentar a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos.

O art. 4º elenca os princípios que a República Federativa do Brasil deve observar nas relações internacionais. É claro o intuito de promover cada vez maior integração e de propiciar a prevalência dos direitos humanos. Os diversos princípios lá elencados, indiscutivelmente, apontam para essas metas. É possível, no entanto, derivar de cláusulas tão abertas o caráter suprallegal dos tratados ora em estudo? Nenhum dos dispositivos lá elencados



trata, nem mesmo lateralmente, sobre o tema. A prevalência dos direitos humanos pode ser interpretada no sentido de que a República Federativa do Brasil deve buscar aderir aos tratados respectivos e promover contínua busca por sua efetividade. Nada diz acerca do status de tais tratados: o caminho é muito longo para juízes concluírem diferentemente a partir de tal norma.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal é também utilizado pela doutrina que defende não somente o caráter supralegal, mas mesmo constitucional, dos tratados de direitos humanos. Como se sabe, o dispositivo elenca que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros previstos, por exemplo, nos tratados celebrados pela República Federativa do Brasil. A partir de tal norma é possível sustentar, automaticamente, o caráter supralegal dos tratados?

O que significa apontar que os direitos e garantias “expressos nesta Constituição não excluem” outros? Significa que há um rol de direitos não previstos na Constituição que, nem por isso, deixam de ser direitos exigíveis judicialmente. Eles podem ser judicializados, mas seu *status* deve obedecer às regras constitucionais que preveem o procedimento para sua internalização pelo Congresso Nacional e até mesmo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade. Sustentar que os tratados de direitos humanos têm *status* legal não nega vigência ao art. 5º, § 2º, pois ele, igualmente, nada diz acerca de tal qualidade. De igual modo, quando um direito previsto em tratado de direitos humanos é aplicado promovendo, por exemplo, a revogação de lei ordinária anterior que não previa tal direito, tem-se uma clara demonstração de como os direitos previstos na Constituição não excluam outros previstos em normas internacionais. Novamente, tem-se a questão recorrente: sem uma norma constitucional expressa acerca da supralegalidade automática dos tratados de direitos humanos, não há como o intérprete chegar a essa conclusão.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, que tal dispositivo constitucional deve ser lido como mais uma forma de proteção do indivíduo contra o Estado no sentido de que este não poderia fundamentar eventual restrição aos direitos escudando-se em pretensa omissão constitucional, já que há outros direitos além dos lá elencados. Nessa linha é a sustentação de Dimoulis e Martins:

O principal argumento constitucional a favor dessa proposta encontra-se no art. 5º, § 2º, da CF, interpretado como proibição de limitar os direitos garantidos em tratados internacionais mediante normas infraconstitucionais. O argumento decorre de uma interpretação extensiva da referida disposição que não convence. O artigo só determina que o rol dos direitos explicitamente garantidos na Constituição não deve



ser interpretado no sentido de presunção de competência a favor do Estado, excluindo direitos decorrentes de fontes além do próprio texto constitucional. Nesse sentido, a falta de garantia explícita de um direito na Constituição não permite ao intérprete recorrer ao argumento a contrário, pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa. Tem-se aqui uma clássica presunção a favor da liberdade do indivíduo e contra o poder estatal.

Com isso, a Constituição não determinou, expressamente e em dispositivo específico (como fez, por exemplo, o constituinte alemão no art. 25 GG) a relação hierárquica entre as leis brasileiras e os tratados internacionais. Por intermédio de uma interpretação sistemática, a resposta a esse problema é dada pelos arts. 102, III, b, e 105, III, a, os quais situam o tratado e a lei na mesma posição hierárquica, pois de acordo com os mencionados dispositivos o Supremo Tribunal Federal resolve, mediante recurso extraordinário, problemas de inconstitucionalidade “de tratado ou lei federal” e o Superior Tribunal de Justiça resolve, mediante recurso especial, os problemas de violação de “tratado ou lei federal”.

(...)

A tradicional equiparação entre lei interna e tratado internacional é confirmada pelo fato de nenhuma outra norma constitucional prever a competência do Poder Judiciário para avaliar a violação de tratado por lei ou vice-versa. Isso demonstra que o constituinte não desejou instituir uma hierarquia entre ambos como o fez, conforme já aludido o constituinte alemão (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 34-35).

A única ressalva que pode ser feita ao ensinamento transcrito diz respeito à utilização do art. 102, III, “b”, como fundamento para afastar a tese acerca da suprallegalidade. Diz-se isso porque, mesmo quem defende tal tese, admite que se declare a inconstitucionalidade do tratado de direitos humanos, uma vez que este viole a Constituição. Logo, o mencionado artigo constitucional serve para afastar a tese acerca da equiparação constitucional de tais tratados, como, aliás, defendem os próprios autores citados. No entanto, nada diz contra a tese da suprallegalidade. Argumentação semelhante pode ser feita em relação à utilização do art. 105, III, “a”.

Ainda mais claramente pode-se defender a inadequação do uso do art. 5º, §§ 3º e 4º, para sustentar a jurisprudência do STF. O § 3º aponta que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com as mesmas formalidades das emendas constitucionais se equiparam a estas. Nada diz, portanto, acerca dos tratados que não forem aprovados sob tal rito. A outra norma se limita a indicar que a República Federativa do Brasil se submete à jurisdição da corte penal internacional a que aderir; nenhuma palavra, contudo, acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos.

Outros dispositivos constitucionais, no entanto, apontam com muito mais segurança para o caráter legal de tais tratados. É o caso do art. 49, I, da Constituição, o qual elenca a competência do Congresso Nacional para decidir sobre os tratados, referendando-os após celebração pelo Presidente da República, conforme art. 84, VIII. Tais dispositivos não apontam o quórum necessário para tal aprovação congressual nem o *status* de tais tratados. No



entanto, a dúvida é prontamente dissipada pela regra constante no art. 47 da Constituição, a qual aponta que: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Ora, não há disposição constitucional em contrário apontando qual o quórum necessário para fins do art. 49, I. Logo, a deliberação deve ser tomada por maioria de votos, como normalmente faz o Congresso Nacional, salvo se queira aplicar o procedimento do art. 5º, § 3º. Em não agindo assim, o tratado vai ser internalizado com as mesmas formalidades da lei ordinária. Logo, seu *status* só pode ser legal. Percebe-se, assim, como há clara regra constitucional regulamentando a questão, não sendo lícito ao jurista, que deve recorrer às fontes oficiais do direito, alterar tais disposições como se pudesse emendar a Constituição.

Também carece de fundamentação constitucional a pretensa consequência jurídica em torno da supralegalidade, que seria o efeito paralisante desses tratados. Através de tal efeito, as leis infraconstitucionais que contrariem o tratado, tais como o art. 652 do Código Civil, teriam eficácia paralisada. Ora, qual a fonte jurídica para tal conclusão? A Constituição regulamenta a suspensão de eficácia no bojo competência legislativa concorrente entre União e Estados, nos termos do art. 24, § 4º, admitindo que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. De modo semelhante, o art. 52, X, admite que o Senado Federal suspenda a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF. Finalmente, o art. 36, § 3º, admite a suspensão de atos normativos como medida para se evitar a deflagração da intervenção federal, em sendo suficiente tal medida. Como já é possível constatar, nenhum desses dispositivos apresenta qualquer relação com efeitos relacionados ao caráter supralegal dos tratados, o que serve para demonstrar, mais uma vez, como a Constituição nunca cogitou em atribuir-lhes tal *status*.

Percebe-se, portanto, como os dispositivos constitucionais elencados pelo Min. Gilmar Mendes não são suficientes para fundamentar a tese acerca da supralegalidade. É ela fruto de ativismo judicial incompatível com a Constituição.



5 CONCLUSÃO

A entendimento judicial acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é inconstitucional. O presente texto buscou fundamentar adequadamente tal conclusão, recorrendo às fontes oficiais do direito, quais sejam, as normas constitucionais que apontam para o *status* em torno da legalidade ordinária de tais tratados. O texto apresentou uma crítica consequente à argumentação lançada especialmente no voto do Min. Gilmar Mendes no sentido de que o recurso aos princípios para superar regras constitucionais demonstra postura incompatível com o Estado de Direito e a separação de poderes.

A insegurança jurídica está duplamente manifestada no caso a partir: a) do ativismo judicial com criação de jurisprudência contrária à Constituição; b) do ativismo judicial propiciado por tal decisão, ao admitir a utilização de princípios abertos de interpretação tais como o *in dubio pro homine*, o qual potencializa o subjetivismo do julgador.

A insegurança jurídica somente pode ser superada a partir do respeito à Constituição por parte do próprio Poder Judiciário, o qual, neste caso, atuou como verdadeiro constituinte reformador. Como demonstrado anteriormente, das premissas em torno dos princípios da ordem internacional previstos no art. 4º da Constituição, como a prevalência dos direitos humanos ou mesmo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º), não se pode concluir com segurança acerca do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos. Há, na verdade, diversas outras disposições constitucionais que apontam para a tese acerca da legalidade ordinária.

Desse modo, a argumentação desenvolvida pelo STF para sustentar sua tese teria utilização muito mais adequada pelo Parlamento, cabendo a este alterar formalmente a Constituição e elencar um dispositivo expresso semelhante àqueles citados em diversas constituições exemplificadas pelo STF, as quais preveem o *status* de tais tratados. Este foi outro erro argumentativo demonstrado neste texto: utilização de doutrina e “direito” estrangeiro em franca oposição às fontes formais do sistema jurídico brasileiro.

Nessa linha, caberia também ao Poder Legislativo regulamentar a forma e as oportunidades sobre como os tratados de direitos humanos devem ser submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Isso contribuiria para emprestar maior racionalidade na tarefa de equiparação destes documentos às emendas constitucionais. Do modo como atualmente se desenvolve o assunto, sem preocupações quanto à sua sistematicidade, apenas as circunstâncias de ocasião podem determinar às casas legislativas a



adoção de tal parâmetro diferenciado, sendo este mais um fator de estímulo à insegurança jurídica.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJU de 04/06/2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol. III. - Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. – 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira**. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Vivianny Kelly. **A Construção Crítica do Núcleo de Direitos Humanos em Face do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. Tese (Doutorado)**. – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?** Revista de Direito, vol. XII, n. 15, 2009, p. 07-20.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. – São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. **Tradução de João Baptista Machado**. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. – São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10., 2012, Curitiba. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional (ADBCConst), 2012, v. 01, p. 266-306.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. - 14ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

RAZ, Joseph. **Legal principles and limits of law**. The Yale Law Journal, vol. 81, n. 05, 1972. pp. 823-854.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais.** In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo direito público.* - Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 779-800.