

O ativismo do Supremo Tribunal Federal e o surgimento da norma supralegal

Silmar Fernandes* e José Renato Nalini**

1 Introdução

Trata o presente artigo do surgimento da norma supralegal e das consequências advindas de tal surgimento para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma análise da atuação do colendo Supremo Tribunal Federal no que tange à criação da norma citada.

Com efeito, após a redemocratização do País, que teve como ponto central a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário deixou de ser um mero departamento técnico especializado em aplicar a lei aos casos concretos e se transformou em verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Carta Magna. A Corte Suprema, guardiã da Constituição, assumiu, então, uma posição de destaque na sociedade brasileira, sendo protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político e até mesmo a implementação de políticas públicas.

Com o passar dos anos, entretanto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, na busca de concretizar os valores e fins constitucionais, tem ampliado cada vez mais seu espaço de atuação, tendo, inclusive, aplicado diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, em clara postura ativista.

O surgimento da norma supralegal, neste ponto, é clara demonstração de como a Corte Suprema tem interpretado a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.

O presente ensaio tratará, portanto, do surgimento da norma supralegal, iniciando pela evolução doutrinária e destacando a atuação do Supremo Tribunal Federal, de modo a demonstrar a inexistência da referida norma no ordenamento

jurídico e que sua criação se deu a partir de uma atuação proativa da Corte Suprema. Por fim, serão aventadas algumas consequências trazidas pela criação de uma nova espécie normativa.

2 O surgimento da norma supralegal

O estudo acerca da supralegalidade perpassa necessariamente o entendimento acerca da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

De fato, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, discutiu-se qual tratamento deveria ser dispensado aos tratados internacionais. E isso ocorreu porque o art. 5º, § 2º, da Carta Magna assim dispôs:

§ 2º 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.

A discussão acirrou-se, entretanto, com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, ao Direito brasileiro, através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992¹.

Isso porque tal pacto, em seu art. 7º, número 7, limitou a prisão civil ao devedor de obrigação alimentar, dispondo que

Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar².

* Silmar Fernandes é aluno de mestrado do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho. Desembargador no TJ-SP e no TRE-SP. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e nos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura.

** José Renato Nalini é mestre-doutor em Direito Constitucional pela USP. Docente da pós-graduação na Uninove. Ex-presidente do Tacrim-SP e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹ BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 09/07/2018.

² Comissão Interamericana de direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 09/07/2018.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro há muito permitia a prisão civil não só para a hipótese de obrigação alimentar, mas também para o caso do depositário infiel.

Com efeito, a previsão constitucional que veda a prisão por dívidas existe no Brasil desde a Constituição de 1934, sendo que a Carta de 1946 acrescentou exceções a tal vedação, dispondo que não haveria prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar³.

Tal disposição foi repetida na Constituição de 1967 e mantida pela Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, a qual, por registrar um rompimento formal com a ordem constitucional então em vigor, foi considerada pelos constitucionalistas como nova Constituição⁴.

A Constituição Federal promulgada em 1988, igualmente, manteve disposição semelhante, prevendo 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”.

Não bastasse, o Código Civil vigente à época da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica também admitia a prisão civil do depositário infiel⁵, o que foi repetido pelo Código Civil promulgado em 10 de janeiro de 2002, que dispõe em seu art. 652 que

[...] seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

Surgiu, portanto, uma aparente contradição no ordenamento interno: a Constituição de 1988 e o Código Civil de 1916 permitiam a prisão do depositário

infiel. No entanto, o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado ao ordenamento em 1992, não o fazia. E para solucionar tal contradição afigurou-se urgente determinar a hierarquia normativa dos tratados internacionais, ou seja, se eles seriam capazes de revogar lei ordinária ou mesmo norma constitucional.

Esta celeuma deu ensejo a uma enorme discussão doutrinária e jurisprudencial, a qual pode ser sistematizada em 4 (quatro) correntes principais: (a) aquela que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; (b) a corrente que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; (c) a doutrina que reconhece o status de lei ordinária e (d) finalmente, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos.

2.1 Hierarquia supraconstitucional

Aqueles que defendem a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais apoiam-se, sobretudo, na Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil, a qual afirma que “os tratados continuarão a produzir os seus efeitos ainda que se modifique a constituição interna dos contratantes”⁶.

Por todos, destaca-se o Professor Celso de Albuquerque Mello (1937/2005), o qual defendeu em seus livros a preponderância dos tratados internacionais, mais especificamente dos tratados acerca de direitos humanos, sobre as normas constitucionais, as quais não teriam, portanto, poderes revocatórios em relação às normas internacionais. Assim, nem mesmo uma emenda constitucional poderia retirar a validade de tratado em tema de direitos humanos⁷.

Tal entendimento, entretanto, encontra enorme dificuldade em ser aplicado no Brasil, cujo sistema é regido pelo princípio da supremacia constitucional,

[...] princípio segundo o qual as normas da Constituição têm preponderância em face das

³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Art. 141, § 32º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 09/07/2018.

⁴ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Tomo I. 5. ed. Salvador/BA: JusPodium, 2015, p. 91.

⁵ Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273). BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 09/07/2018.

⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Prefácio M. Franchini Netto à 1. ed., 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119.

⁷ _____. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

demais normas jurídicas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico⁸.

Nenhuma espécie normativa, portanto, pode se sobrepor à Constituição Federal do Brasil, nem mesmo contrariá-la. Aliás, é justamente o princípio da supremacia da Constituição que fundamenta o controle de constitucionalidade. Com efeito,

O controle de constitucionalidade tem por fundamento teórico a defesa do *princípio da supremacia constitucional* [...]. A partir do momento que se atribuem às normas constitucionais hierarquia normativa superior, é necessário garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziram, sob pena de se converter a supremacia da constituição em simples instrumento de retórica⁹.

E se nenhuma norma pode se sobrepor ou contrariar a Constituição, sob pena de serem declaradas nulas¹⁰ mediante controle de constitucionalidade, imperioso admitir que tal regra aplica-se, também, aos tratados e convenções internacionais. Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu art. 102, inciso III, alínea b, determina a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

O próprio Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que

[...] assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem à aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição [...] e aquele que, em consequência, explicitamente

admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)¹¹.

Ora, se um tratado pode ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é evidente que não pode se sobrepor à Lei Maior, que lhe confere o próprio fundamento de validade interno. Na hierarquização normativa, portanto, os tratados são inferiores à Constituição, não podendo derogar ou abrogar previsões normativas dessa última.

Assim, a teoria da hierarquia supraconstitucional restou rejeitada pela maioria da doutrina, sob pena de negativa de supremacia da Constituição.

2.2 Hierarquia constitucional

Tendo em vista os inconvenientes de se adotar a tese da hierarquia supraconstitucional, há quem defenda a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam status constitucional.

Tal ideia baseia-se na concepção de que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal seria uma

[...] cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subsritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional¹².

Complementando tal concepção, estaria o § 1º do art. 5º da Constituição que, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, asseguraria às normas constitucionais relativas aos direitos incorporados via tratado aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional.

Cançado Trindade, que propôs à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do § 2º do art. 5º ao Texto Constitucional, consignou que

O propósito no disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...].

⁸ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, op. cit., p. 207.

⁹ Ibidem, p. 315.

¹⁰ Acerca da aplicação da tese da nulidade no Brasil, confira-se: "Trata-se do regime geral de desvalorização da inconstitucionalidade adotado pelo modelo norte-americano desde o precedente *Marbury vs Madison* (1803), em que a Suprema Corte americana assentou o raciocínio segundo o qual a lei inconstitucional é nula e inválida. A mesma tese é adotada em países como Alemanha, Espanha e Portugal, bem como no Brasil, onde o regime de nulidade é considerado princípio constitucional implícito" (Ibidem, p. 338).

¹¹ RHC 79.785/RJ, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22/11/2002.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 804.

Desde a promulgação da atual constituição, a normativa dos tratados e direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional — tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária — não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal¹³.

Agora, havendo conflito entre o tratado de direito humano e disposição expressa da Constituição Federal, para essa corrente, deveria ser aplicada a norma mais favorável à vítima, titular do direito, cabendo tal aplicação ao Poder Judiciário. Assim,

Direito interno e Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano¹⁴.

Não obstante, a ideia de que os direitos oriundos de tratados internacionais teriam status constitucional pareceu esvaziada com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a qual acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

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.

Ora, se os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, para terem status de norma constitucional, necessitam de aprovação através de um processo legislativo especial, parece evidente que aqueles que foram ratificados antes da mudança constitucional e sem submissão a tal processo legislativo não têm hierarquia constitucional.

Não obstante, não foi esse o entendimento dos adeptos desta teoria, que continuaram a defender a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, tenham sido incorporados antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004. Nas palavras da Professora Flávia Piovesan:

[...] O *quórum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quórum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a tortura desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico¹⁵.

Para a professora, portanto, todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos são *materialmente* constitucionais, justamente por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Já os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma prevista pelo § 3º, introduzido no art. 5º através da EC 45/2004, são *material e formalmente constitucionais*¹⁶.

E tal diferenciação, segundo a professora, resultaria no fato de que, enquanto os tratados materialmente constitucionais poderiam ser denunciados pelo Estado signatário, os tratados material e formalmente constitucionais não poderiam, pois os direitos consagrados nestes tratados seriam resguardados pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal, constituindo, portanto, cláusula pétrea¹⁷.

Atribuir hierarquia *materialmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, § 2º e hierarquia *material e formalmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, ambos da Constituição Federal, entretanto, não parece a melhor solução.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 805.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 805.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005, p. 72.

¹⁶ Idem.

¹⁷ *Ibidem*, p. 73.

Isso porque a doutrina constitucionalista majoritária¹⁸ classifica a Carta Magna de 1988 como formal.

Com efeito, no que tange ao conteúdo, as constituições podem ser classificadas em material ou formal. A constituição material é aquela que reúne normas, escritas ou costumeiras, relacionadas com temas considerados essenciais às funções que a constituição deve desempenhar. O conceito de normas materialmente constitucionais leva em conta, portanto, o conteúdo delas e não a fonte normativa em que veiculadas. A constituição formal, ao contrário, refere-se ao conjunto de normas que, independentemente do conteúdo, consideram-se inseridas em ato escrito no qual se encontram os padrões normativos dotados de hierarquia jurídica superior, ou seja, são normas constitucionais aquelas extraídas de documento solene e escrito ao qual se atribui hierarquia superior em relação às demais normas do sistema normativo¹⁹.

Logo, se a constituição brasileira é formal, tem-se que só é constitucional

[...] o que estiver inserido na Carta Maior, seja em razão do trabalho do Poder Constituinte Originário, seja pela introdução de novos elementos através de emendas, desde que observadas as regras colocadas pelo Constituinte Originário²⁰.

O reconhecimento de que um tratado internacional de direito humano seja materialmente constitucional, portanto, tem apenas aplicação acadêmica, mas não prática. Afinal, ainda que se reconheça que um tratado seja *materialmente* constitucional, mas não *formalmente* constitucional, referido tratado não poderá servir de parâmetro de controle de constitucionalidade de normas.

Com efeito,

[...] a doutrina majoritária só estabelece relações entre o controle de constitucionalidade de atos normativos e a supremacia constitucional do tipo formal. Afirma que somente pode haver

controle de constitucionalidade de normas no contexto de constituições rígidas²¹.

Assim, se apenas podem ser parâmetro para o controle de constitucionalidade as normas que integram formalmente a Constituição, resta afastada a hipótese de que os tratados internacionais de direitos humanos não internalizados nos termos do art. 5º, § 3º, da Carta Magna de 1988 teriam status de norma constitucional.

2.3 Hierarquia equivalente à de lei ordinária

Parte da doutrina, entretanto, entende que os tratados internacionais, independentemente de seu conteúdo, têm hierarquia equivalente à de lei ordinária. A única exceção refere-se aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, por 3 (três) quintos dos votos dos respectivos membros, nos termos do § 3º do art. 5º da Carta Magna, os quais terão hierarquia de emenda constitucional.

Tal entendimento baseia-se no fato de que os tratados, em geral, são incorporados mediante ato do Congresso Nacional (decreto legislativo), que ratifica tratado celebrado pelo presidente da República (art. 49, I e 84, VIII, da CF), sendo em seguida editado um decreto presidencial, procedimento bastante semelhante à formulação das leis ordinárias que também emanam da vontade da maioria do Congresso Nacional e devem ser promulgadas pelo presidente da República.

Ademais, a própria Carta Maior indicaria que os tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, ao prever, em seu art. 105, inciso III, alínea *a*, a competência para julgar a negativa de vigência de tais espécies normativas ao Superior Tribunal de Justiça, equiparando-os, portanto, à lei federal.

O próprio Supremo Tribunal Federal durante muito tempo entendeu que os tratados internacionais teriam hierarquia equivalente à lei ordinária, o que se pode perceber desde o remoto julgamento pelo Tribunal do Pleno do Recurso Extraordinário 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, ocorrido em 1º de junho de 1977:

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 47.

¹⁹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, op. cit., pp. 76-77.

²⁰ LENZA, Pedro, op. cit., p. 43.

²¹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, op. cit., p. 315.

EMENTA: Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias — Aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal — Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. *Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido (grifo não original).*

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir a matéria, mas tendo como foco o problema específico da prisão civil do depositário infiel. Assim, no *Habeas Corpus* 72.131, julgado pelo Tribunal do Pleno em 23 de novembro de 1995²², reafirmou-se o entendimento de que os tratados internacionais teriam hierarquia equivalente à de lei ordinária.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3/DF, julgada em 4 de setembro de 1997, o Ministro Celso de Mello consignou que:

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. *No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação do critério cronológico (Lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes (grifo não original).*

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 81.319/GO, proferiu interessante decisão. Embora tenha mantido a orientação de possibilidade da prisão civil do depositário infiel, vez que confirmou a decisão proferida na ADI-MC 1.480/DF acima descrita, o Tribunal Pleno sinalizou que seria “altamente desejável” que, à semelhança do Direito Constitucional comparado, o Congresso Nacional viesse a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro:

EMENTA: [...] A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, “DE JURE CONSTITUENDO”, A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - *É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel.*

²² STF, Tribunal do Pleno, HC 72.131, rel. para acórdão Ministro Moreira Alves, julgado em 23/11/1995.

Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, «de jure constituendo», que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Considerações em torno desse tema. CONCESSÃO “EX OFFICIO” DA ORDEM DE “HABEAS CORPUS”. - Afastada a questão prejudicial concernente à inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é concedida, “ex officio”, ordem de “habeas corpus”, para determinar, ao Tribunal de Justiça local, que prossiga no julgamento do “writ” constitucional que perante ele foi impetrado, examinando, em consequência, os demais fundamentos de defesa suscitados pelo réu, ora paciente (grifo não original)²³.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal admitia a necessidade de se atribuir hierarquia constitucional ou supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos. No entanto, referia ser necessária uma alteração no Texto Constitucional de 1988, através de emenda constitucional.

2.4 Hierarquia supralegal

Não obstante a indicação do Supremo Tribunal Federal de que deveria haver uma alteração do Texto Constitucional, disciplinando-se explicitamente a questão dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que não houvessem sido incorporados nos termos do art. 5º, § 3º, da Carta Magna, fato é que tal alteração nunca existiu e, considerando “a abertura cada vez maior dos Estados constitucionais a ordens jurídicas supranacionais de direitos humanos”²⁴, o entendimento de que tais tratados seriam equiparáveis à lei ordinária pareceu defasado.

De fato, a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida por Reforma do Judiciário, constituiu-se em uma declaração eloquente de que os tratados ratificados pelo Brasil antes de tal emenda

e não submetidos ao processo legislativo especial do Congresso Nacional não poderiam ser comparados às normas constitucionais. Não obstante, constituiu-se, também, em uma afirmação de que os tratados de direitos humanos possuem caráter especial em relação aos demais tipos de tratados pactuados entre os Estados, conferindo-lhe um lugar privilegiado no ordenamento jurídico que, com efeito, não se coadunava com a posição até então vigente de que teriam hierarquia equiparada à de lei ordinária.

Segundo o Ministro e Professor Gilmar Mendes, citando o Professor Peter Häberle, vivemos, hodiernamente, em um “Estado Constitucional Cooperativo”, ou seja, em um Estado Constitucional que não mais se apresenta voltado a si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, na qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. Afinal, a proteção a tais direitos afigura-se como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional para garantia da própria dignidade da pessoa humana²⁵.

Tanto é assim que, na realidade europeia, verifica-se que a abertura institucional a ordens supranacionais encontra-se consagrada em diversos textos constitucionais, como o alemão (preâmbulo e art. 24, I), o italiano (art. 11), o português (arts. 8º e 16) e o espanhol (art. 9º, n. 2, e 96, n. 1)²⁶.

E no Brasil não é diferente. O ministro aponta, na Constituição de 1988, o art. 4º, parágrafo único²⁷, e o art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º²⁸, como “disposições que

²⁵ Ibidem, p. 809.

²⁶ Ibidem, pp. 809-810.

²⁷ Art. 4º

[...] Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²⁸ Art. 5º

[...] § 2º 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.

§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

²³ STF, Tribunal do Pleno, HC 81.319/GO, rel. Ministro Celso de Melo, julgado em 24/04/2002.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. Cit., p. 808.

sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional²⁹. Além disso, destaca que vários países latino-americanos já “avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico”³⁰, como ocorre com o Paraguai (art. 9º) e a Argentina (art. 75, inciso 24).

Com efeito, no continente americano, foi possível observar que o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vinha apresentando uma considerável evolução desde a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica³¹. Havia, pois, uma tendência de se prestigiar as normas internacionais de proteção ao ser humano.

No Brasil, como visto anteriormente, a mudança era lenta e gradual, vez que os tratados internacionais de direitos humanos ainda eram abordados a partir da tese da legalidade, o que, ao fim e ao cabo, permitia que o Estado brasileiro descumprisse unilateralmente um acordo internacional, qual seja o Pacto de São José da Costa Rica, além de ir de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que determina, em seu art. 27, que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”³².

Assim, era necessária uma mudança que permitisse ao Brasil acompanhar as tendências internacionais e cumprir os tratados que havia ratificado.

E a mudança veio através do Supremo Tribunal Federal que, aos 3 de dezembro de 2008, julgou em conjunto, na mesma sessão plenária, o Recurso Extraordinário 466.343/SP, o Recurso Extraordinário 349.703/RS e os *Habeas Corpus* 87.585/TO e 92.566/

SP, todos versando sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel.

Alterando por completo a jurisprudência até então pacífica, o Supremo Tribunal Federal, nos referidos julgados, acolheu a tese de que o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) teria hierarquia superior à das leis ordinárias internas (supralegal), de modo que a prisão do depositário infiel não mais subsistiria no ordenamento interno.

O Ministro Gilmar Mendes foi o primeiro a analisar o tema sob o enfoque dos tratados internacionais de direitos humanos e, após proferir um dos mais completos e extensos votos acerca da prisão do depositário infiel, invocando exatamente os argumentos acima esboçados, relativos à tendência internacional e à insuficiência da tese da legalidade, posicionou-se pela hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, ficando designado para o acórdão proferido no Recurso Extraordinário 349.703/RS, que restou assim ementado:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. *Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios*

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 810.

³⁰ *Ibidem*, pp. 810-811.

³¹ *Ibidem*, p. 811.

³² BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos arts. 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10/07/2018.

processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (grifo não original).

Os demais julgados daquela Sessão Plenária contaram com as seguintes ementas:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito³³.

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 infiel³⁴.

PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia³⁵.

Como se pode ver, o Supremo Tribunal Federal alterou completamente sua orientação e passou a entender que os tratados e convenções de direitos humanos têm caráter supralegal, ou seja, são infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial, estão acima da legislação ordinária, sendo dotado de um atributo de supralegalidade.

Como explica Gilmar Mendes,

[...] 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 posição jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano [...].

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 de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 no novo Código Civil (Lei 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916³⁶.

Quanto aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados através do procedimento legislativo especial previsto no art. 5º,

³³ Tribunal do Pleno, RE 466.343, rel. Ministro Cezar Peluzo, julgado em 03/12/2008.

³⁴ Tribunal do Pleno, HC 87585/TO, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/12/2008.

³⁵ Tribunal do Pleno, HC 92566/SP, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/12/2008.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 818.

§ 3º da Constituição Federal, estes teriam status de emenda constitucional.

3 A criação da norma supralegal e o ativismo do Supremo Tribunal Federal

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel ativo na vida institucional brasileira, sendo protagonista quando se trata de decidir questões extremamente relevantes para a sociedade brasileira. Tal fato, inclusive, fez com que a doutrina constitucionalista passasse a estudar os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Conforme o Ministro e Professor Roberto Barroso, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A judicialização envolve, pois, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade³⁷.

Para o ministro, existem 3 (três) causas para a judicialização, quais sejam (i) a redemocratização do País, (ii) a constitucionalização abrangente e (iii) o sistema de controle de constitucionalidade³⁸.

Com efeito, com a redemocratização do Brasil, o Poder Judiciário foi fortalecido e aumentou a demanda por justiça social. O Supremo Tribunal Federal passou a poder fazer valer a nova Constituição e o Ministério Público se expandiu e fortaleceu sua autonomia, sem falar na criação das defensorias públicas a garantir o acesso ao Judiciário. O novo Texto Constitucional também se mostrou bastante abrangente, de modo que matérias que anteriormente eram delegadas ao processo político majoritário e à atuação do Poder Executivo passaram a constar da Constituição, possibilitando sua transformação em pretensão jurídica a ser formulada pela via de ação judicial, ou seja, possibilitando o envolvimento do Poder Judiciário. Por fim, e não menos importante, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade bastante

abrangente permite que diversas questões sejam levadas ao Poder Judiciário, seja por meio do controle difuso seja via controle concentrado.

É importante assinalar que a judicialização, no contexto brasileiro acima descrito, "é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política"³⁹. Se a matéria é levada ao Judiciário, o juiz não tem outra opção senão julgar, solucionando a controvérsia.

O ativismo judicial, embora semelhante à judicialização, com ela não se confunde. Segundo o Ministro Barroso, o ativismo

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira específica⁴⁰.

E foi exatamente o que aconteceu em relação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos não internalizados da forma descrita no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Ao estabelecer no dispositivo em comento que "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 Congresso Nacional reconheceu a importância dos referidos tratados e convenções no ordenamento jurídico brasileiro, mas nada mencionou acerca daqueles que, tratando da mesma temática (direitos humanos), já tivessem sido incorporados pelo Estado brasileiro em datas pretéritas e, portanto, de maneira distinta daquela ali descrita.

Ora, não parecia coerente que o processo legislativo, ou seja, que uma questão formal fosse determinante para a natureza dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal acenou ao Congresso Nacional a necessidade de se corrigir a incongruência criada no sistema, com alteração

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 15/07/2018.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

constitucional que disciplinasse a hierarquia dos tratados internacionais⁴¹.

Não obstante, tal alteração não ocorreu e, ante a inércia do Poder Legislativo, a Corte Suprema, em 2008, reviu sua antiga jurisprudência relativa à possibilidade de prisão do depositário infiel. Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. Prevaleceu, como já consignado, a tese do Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o status supralegal, mas infraconstitucional de tais atos.

Ocorre que, ao assim fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal não só interpretou a Constituição, como expandiu o seu sentido e alcance, em verdadeira atividade criativa.

De fato,

[...] por meio da jurisprudência constitucional, o STF 'instituiu' uma nova norma constitucional acerca das fontes jurídicas, sobreposicionando, em face das demais normas infraconstitucionais, as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos⁴².

Com efeito, a partir da decisão em comento, a Corte Suprema criou uma nova instância no ordenamento jurídico brasileiro, composta de uma espécie normativa ainda não existente.

O art. 59 da Constituição Federal trata das espécies de atos normativos de natureza primária⁴³ que compõem a legislação ordinária, quais sejam as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Também compõem a legislação ordinária como espécies de atos normativos primários os tratados internacionais que ingressam no ordenamento jurídico por meio de decreto presidencial, mas que estão sujeitos à prévia ratificação pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF), os decretos autônomos (art. 84,

VI, da CF), os regimentos internos e resoluções dos tribunais — que dizem respeito ao funcionamento e à competência dos órgãos que os editam (art. 96, I, *a*, da CF) e as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF)⁴⁴. Acima deles, na pirâmide kelseniana, estariam as normas constitucionais, sejam aquelas elaboradas pelo constituinte originário, sejam as elaboradas pelo constituinte derivado (emendas constitucionais), dentre elas os tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Não há qualquer menção, na Carta de 1988, à existência de uma norma supralegal, que consistiria em tratados e convenção internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não submetidos ao processo legislativo descrito no dispositivo antes mencionado, e tampouco menção de que tal norma estaria acima das normas infraconstitucionais e abaixo das normas constitucionais, ou seja, numa instância hierárquica intermediária.

Portanto, o entendimento proativo do Supremo Tribunal Federal, esboçado no Recurso Extraordinário 349.703/RS, criou a norma supralegal e com isso uma nova ordem constitucional, constituída pela Carta Magna, como norma fundamental do sistema; seguida, logo abaixo, pelos tratados e convenções de direitos humanos não ratificados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal; após, pelas normas infraconstitucionais de natureza primária (ex. leis ordinárias, complementares, etc.) e, por último, pelas normas infraconstitucionais de natureza secundária⁴⁵ (ex. regulamentos).

4 Consequências da criação de uma nova espécie normativa

A primeira consequência visível ocasionada pela criação da norma supralegal refere-se à possibilidade de se tornar inaplicável um dispositivo constitucional plenamente em vigor.

De fato, quando a Corte Suprema entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos

⁴¹ Cf. STF, Tribunal do Pleno, HC 81.319/GO, rel. Ministro Celso de Melo, julgado em 24/04/2002.

⁴² BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, op. cit., p. 495.

⁴³ “[...] as normas primárias são aquelas cuja validade tem por fundamento direto a própria constituição” (Ibidem. p. 438).

⁴⁴ Ibidem. p. 439.

⁴⁵ “[...] as normas infraconstitucionais de natureza secundária consistem naquela cujo fundamento de validade radica diretamente em alguma norma infraconstitucional primária, e só indiretamente na constituição” (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, op. cit., p. 438).

humanos não internalizados de acordo com o § 3º do art. 5º da Carta Magna teriam hierarquia supralegal e, em razão disso, o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa, seja anterior ou *posterior*, com ela conflitante, tornou letra morta o texto do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988, na parte em que permite a prisão do depositário infiel. Afinal, nenhuma legislação ordinária que regulamente tal hipótese terá eficácia jurídica ante a aplicabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, do Pacto de São José da Costa Rica, considerado norma supralegal.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em momento algum disse ser inconstitucional o disposto no art. 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, até porque não poderia fazê-lo, vez que se trata de norma inscrita pelo constituinte originário⁴⁶.

Assim, o dispositivo constitucional em comento permanece em vigor, porém, sem aplicabilidade, vez que a legislação ordinária, embora submissa à Constituição, deve guardar compatibilidade material com a norma supralegal, no caso específico, com o Pacto de São José da Costa Rica, o qual apenas permite a prisão civil no caso do devedor de alimentos.

De tal conclusão, aliás, é possível extrair a segunda consequência advinda da criação da norma supralegal. A partir do entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 349.703/RS não basta verificar a compatibilidade de uma lei ordinária com a Constituição Federal, é necessário, também, verificar se tal lei está materialmente de acordo com a norma supralegal, que lhe é superior.

E na hipótese de uma lei ordinária estar em conflito com um tratado de direitos humanos que, embora ratificado pelo Brasil, não foi internalizado conforme o procedimento de emenda constitucional, tem-se que tal lei teria sua eficácia jurídica paralisada. Não obstante, a primeira questão que surge é exatamente quem teria competência para tomar tal providência.

O surgimento da norma supralegal fez com que a doutrina começasse a discutir qual seria a forma específica para a solução de conflitos entre normas

supralegais e legislação ordinária. Criou-se, então, um sistema de controle de supralegalidade, chamado por “controle de convencionalidade”, que em muito se assemelha ao controle difuso de constitucionalidade, embora o parâmetro de controle seja outro, no caso a norma supralegal.

Observe-se que, no caso da legislação ordinária contrariar a Constituição Federal, há a previsão expressa do controle de constitucionalidade para a solução do conflito, que pode se dar tanto na via difusa (arts. 97, 102, III, *a e d*, e 105, II, *a e b*, todos da CF/1988) quanto na via concreta (arts. 36, III, 102, § 1º, 103 da CF/1988).

O caso da supralegalidade, ao revés, por se tratar de criação jurisprudencial, não possui previsão legal, sendo que seu controle foi pensado pela doutrina e tem sido aplicado por todos os juízes do território nacional de maneira difusa, justamente em razão da inexistência de uma lei específica disciplinando eventual controle concentrado, legitimidade, órgão julgador e procedimento a ser seguido.

5 Conclusão

A partir deste trabalho foi possível observar a evolução do tratamento dispensado aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pela doutrina e jurisprudência, destacando-se a atuação do Supremo Tribunal Federal principalmente no que tange a considerá-los, a partir de meados de 2008, como norma supralegal.

Com efeito, a partir da introdução, via emenda constitucional, do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, dispendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais, ficou evidente a importância dos tratados e convenções dessa natureza. Assim, quando aprovados de acordo com o processo legislativo especial previsto no dispositivo em comento, terão o status de norma constitucional.

A questão, entretanto, centrou-se naqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que haviam sido internalizados antes da Emenda Constitucional 45/2004 e que, portanto, não seguiram o procedimento legislativo descrito no art. 5º, § 3º, da Carta Magna. Se por um lado parecia óbvio que

⁴⁶ “Sendo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo poder constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve referênciá, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Poder Judiciário de preceito por aquele estatuído” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 117).

eles não possuíam status de norma constitucional, ante a ausência da formalidade relativa ao procedimento, por outro parecia equivocada atribuir-lhes apenas status de lei ordinária quando a própria Constituição outorgou a matéria por eles veiculada (direitos humanos) papel de destaque.

Diante desta celeuma, o Supremo Tribunal Federal, que já havia acenado ao Congresso Nacional a necessidade de disciplinar a matéria, viu-se compelido a solucionar a questão, ante a quantidade de casos relativos à prisão civil do depositário infiel que chegava à Corte. A prisão, embora admitida pela legislação ordinária, era vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004.

Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário 349.703/RS, o Supremo Tribunal Federal, através do Pleno, reconheceu a natureza supralegal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados sem seguir o rito especial previsto no § 3º do art. 5º da Carta Magna, conforme tese capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes.

A Corte Suprema, portanto, não só interpretou a Constituição, concluindo que ela outorga papel de destaques aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, como também expandiu seu sentido e alcance, em clara atividade criativa, ao atribuir a tais tratados e convenções a natureza de norma supralegal que estaria acima das normas infraconstitucionais e, no entanto, abaixo das normas constitucionais.

O surgimento da norma supralegal acrescentou mais um degrau à pirâmide normativa e, em consequência, fez com que a doutrina questionasse como solucionar eventual conflito entre uma norma infraconstitucional e uma norma supralegal que, como dito, lhe é superior.

O sistema normativo deve guardar coerência, de modo que não deve haver conflitos reais entre as normas. A solução encontrada, então, foi estabelecer que as leis infraconstitucionais devem guardar compatibilidade material com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não internalizados nos termos do § 3º do art. 5º da Carta Magna (norma supralegal), o que é aferível via controle de convencionalidade, bem como compatibilidade material e formal com a Constituição Federal, o que se verifica através do controle de constitucionalidade.

6 Referências

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Tomo I. 5. ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

_____. *Direito Constitucional*. Teoria da Constituição. Tomo II. 5. ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Art. 141, § 32. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

_____. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

_____. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos arts. 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.

_____. Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 09/07/2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Prefácio M. Franchini Netto à 1. ed., 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

Supremo Tribunal Federal: banco de jurisprudência. Disponível em: <www.stf.jus.br>.