

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**VANESSA CAPRA KLOECKNER FERACIN**

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATRIBUIR O  
CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UMA  
ABORDAGEM CRÍTICA**

**CURITIBA**

**2011**

**VANESSA CAPRA KLOECKNER FERACIN**

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATRIBUIR O CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska.**

**CURITIBA**

**2011**

F345

Feracin, Vanessa Capra Kloeckner.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atribuir o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos no contexto do constitucionalismo moderno: uma abordagem crítica / Vanessa Capra Kloeckner Feracin. – Curitiba: UniBrasil, 2011.

114p.; 29cm.

Orientador: Marcos Augusto Maliska.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2011.  
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Tratados internacionais de direitos humanos-  
Caráter supralegal – Legitimidade. I. Faculdades Integradas do Brasil.  
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

## TERMO DE APROVAÇÃO

VANESSA CAPRA KLOECKNER FERACIN

A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATRIBUIR O CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Membros: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ  
  
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier  
Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Curitiba, 08 de fevereiro de 2011.

A meus pais, Airton e Mirtes, por todo o apoio na busca da realização dos meus sonhos.

Ao meu marido, Marcelo, por todo o amor, pela paciência, pelo auxílio constante e pelo incentivo para meu crescimento profissional e pessoal.

## AGRADECIMENTOS

Estes agradecimentos vão, não apenas a nomes, mas a **rostos e sorrisos**, que no decorrer desta pesquisa estiveram presentes com uma palavra acalentadora e animadora.

Ao meu marido, Marcelo, pelo incomensurável auxílio na busca do tema, nos debates sobre o assunto, no aperfeiçoamento e clareza do texto e, principalmente, por entender minha ausência nos últimos dois anos.

As minhas irmãs, de sangue e de coração, Dayane e Stefânia, por todas as vezes que me ouviram divagando sobre o tema e pelas inúmeras vezes que leram este trabalho e contribuíram para seu aperfeiçoamento.

Ao Desembargador Rubens Oliveira Fontoura que possibilitou que me ausentasse do trabalho para realizar este estudo.

Aos amigos e colegas do Tribunal de Justiça pelo apoio constante.

Agradeço, em especial, meu orientador, Marcos Augusto Maliska, pela orientação segura, pela paciência nos momentos difíceis enfrentados ao longo do trabalho e, pela atenção com que sempre me recebeu em seu gabinete para agradáveis conversas sobre o tema deste estudo e sobre a vida.

Ao professores Marco Aurélio Marrafon e Paulo Ricardo Schier, pelas críticas construtivas apresentadas na banca de qualificação, que muito contribuíram para o aprimoramento deste trabalho. Um agradecimento especial ao professor Marco Marrafon pela indicação de diversos referenciais bibliográficos que auxiliaram na conclusão da pesquisa.

A Denise Garcia, pela atenção sempre dispensada na secretaria do mestrado.

A Deus, porque N'Ele está a Vida.

“Na Odisséia, *Ulisses*, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações era o "canto das sereias" que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, *Ulisses* ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, *Ulisses* sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois.

Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de *Ulisses*, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras majorias (parlamentares e monocráticas).” (STRECK, Lenio; \_\_\_\_\_; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte*. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*. Magister Editora. Porto Alegre, nº 31, p. 07-18, jul-ago. 2009.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>i</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>ii</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1/SP</b> .....	<b>03</b>
1.1. Contexto fático, conflitos legais e controvérsias doutrinárias: em que consistiu o caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal .....	03
1.2. A retórica argumentativa do Supremo Tribunal Federal: razões constitucionais da tese vencedora e do voto dissidente em relação ao caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos .....	11
1.3. O desfecho do caso: a norma de decisão elaborada pelo Supremo Tribunal Federal .....	21
<b>CAPÍTULO II – A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>30</b>
2.1. Da pirâmide jurídica kelseniana ao sistema constitucional moderno .....	30
2.2. Força normativa da Constituição e o novo papel do Supremo Tribunal Federal.....	39
2.3. Os princípios de interpretação constitucional .....	51
<b>CAPÍTULO III – A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATRIBUIR O CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>62</b>
3.1. Ativismo judicial .....	62
3.2. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para vedar a prisão civil do depositário infiel: ponderação entre princípios e regras, Estado Constitucional Cooperativo e princípio da unidade da Constituição.....	70
3.3. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atribuir o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos .....	80
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>93</b>



## RESUMO

A decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP indica a mudança de paradigma em relação ao nível hierárquico legal atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos. Acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes, os demais membros da Suprema Corte reconheceram a ilicitude da prisão civil do depositário infiel em razão de as convenções internacionais, *in casu*, o Pacto de São José da Costa Rica, encontrarem-se em um nível hierárquico superior ao das normas infraconstitucionais. A atribuição do caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos acarretou a paralisação da eficácia jurídica de toda norma conflitante com o Pacto de São José da Costa Rica, independentemente de ter sido publicada anterior ou posteriormente à ratificação da convenção internacional. A reflexão que se seguiu foi no sentido de examinar se haveria base legal para que o Supremo Tribunal Federal atribuísse *status* hierárquico de normas inexistente no rol previsto no artigo 59 da Constituição Federal. Além disso, passou-se a analisar se não haveria outros fundamentos que autorizariam a Corte Suprema a reconhecer a ilicitude da prisão civil do depositário infiel. Constatou-se que a decisão proferida no recurso extraordinário 466.343-1/SP pode ser considerada um típico exemplo de ativismo judicial, e que, em determinado aspecto, foi utilizado de forma excessiva. Por fim, o presente estudo não teve a intenção de exaurir o assunto, mas apenas expor os pontos abordados no referido julgamento e trazer à tona alguns questionamentos para reflexão sobre o tema, haja vista a grande influência que exercerá nas futuras decisões, tanto em relação aos conflitos entre normas internas e as previstas em tratados internacionais de direitos humanos, como em relação aos limites a serem respeitados pelos órgãos judiciais para que a atuação pró-ativa não comprometa o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – CARÁTER SUPRALEGAL – LEGITIMIDADE – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ATIVISMO JUDICIAL

## ABSTRACT

The decision taken in appeal number 466.343-1/SP to the Supreme Court of Brazil indicates a change in paradigm regarding the legal level of hierarchy granted to treaties on human rights. Following the vote of Justice Gilmar Mendes, the other members of the aforementioned Court recognised the illegality of the civil arrest of defaulters based on international conventions – in this case the Pact of San José, Costa Rica – as such conventions find themselves in an upper level of hierarchy than the sub-constitutional laws. The attribution of a supralegal character to treaties on human rights has caused the halt of the legal effect of any rule in conflict with the Pact of San José, Costa Rica, regardless of having been published before or after the ratification of the international convention. The reflections that followed meant to verify whether there would be a legal basis for the Supreme Court of Brazil to allocate a *status* of hierarchy to laws which are not listed in Article 59 of the Constitution. In addition, they started to examine whether there would not be other principles that authorise the Supreme Court to recognise the illegality of the civil arrest of defaulters. It was concluded that the decision taken in appeal 466.343-1/SP may be considered a typical example of judicial activism and that, at some point, it was used to excess. Finally, the present study was not aimed at covering this subject very thoroughly, but to simply expose the issues raised in the aforesaid judgement and to bring out some other queries for further discussion, as it will provide great influence on future decisions regarding the conflicts between internal laws and those regulated in treaties on human rights, as well as the limits to be respected by courts so that a proactive performance will not compromise the democratic rule of law.

**Key Words:** TREATIES ON HUMAN RIGHTS – CHARACTER SUPRALEGAL – LEGITIMACY - SUPREME COURT – JUDICIAL ACTIVISM

## INTRODUÇÃO

Os últimos dez anos foram marcados por inúmeros progressos e transformações do Poder Judiciário, dentre as quais, talvez uma das mais significativas, tenha sido o avanço no seu comportamento afirmativo e pró-ativo para solucionar a lide.

O ativismo judicial tem sido cada vez mais aceito pelos operadores do Direito como justificativa para a concretização de direitos, principalmente os fundamentais, nas situações em que há omissão dos poderes públicos.

A própria Corte Suprema Brasileira tem admitido que muitas vezes se vê compelida a tomar uma atitude pró-ativa que resulte numa positiva criação jurisprudencial, diante da necessidade de fazer prevalecer a supremacia da Constituição Federal frente às omissões inconstitucionais dos órgãos estatais.

Na opinião do Ministro Celso de Mello, quando o Supremo Tribunal supre omissões dos órgãos públicos e adota medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstra, com essa atitude, respeito incondicional à Carta Magna.<sup>1</sup>

Nesse viés, analisando a jurisprudência da Corte Suprema, constata-se algumas decisões que indicam o avanço do ativismo judicial no seu âmbito de atuação, como por exemplo, a construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária (MS nº 26.602) e a restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança (ADI nº 1.521-4/RS). Foi também o que se viu no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal, à luz do contido no artigo 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica, manifestou-se sobre a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel.

Para dirimir a controvérsia apresentada no referido recurso extraordinário a Corte Constitucional, utilizando-se de princípios de interpretação constitucional, reconheceu a ilicitude da prisão civil do depositário infiel em qualquer de suas

---

<sup>1</sup> Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.04.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

modalidades de depósito e atribuiu o *status* de norma supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos.

Denota-se de tal posicionamento que a Suprema Corte buscou respeitar o princípio da supremacia da Constituição, uma vez que inseriu as convenções internacionais de direitos humanos em um nível hierárquico abaixo da Carta Magna, porém, acima das demais normas não constitucionais.

Como corolário disso, o Supremo Tribunal admitiu que os tratados internacionais de direitos humanos, diante desse *status* supralegal, tem o condão de retirar a eficácia de normas hierarquicamente inferiores quando estas estiverem em confronto com o disposto em tais convenções internacionais.

Tal decisão leva a uma série de questionamentos, como por exemplo, se haveria base legal para que o Poder Judiciário criasse um nível hierárquico de normas não previsto no artigo 59 da Constituição Federal? Haveria fundamento constitucional para que a Suprema Corte reconhecesse a ilicitude da prisão civil do depositário infiel? Quais os limites a serem respeitados pelos órgãos judiciais quando se utilizam do ativismo judicial para que essa atuação pró-ativa não comprometa o Estado Democrático de Direito?

O presente trabalho busca, portanto, refletir sobre os argumentos utilizados no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, com o objetivo de examinar se o ativismo judicial foi adequadamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e se a Corte Suprema teria legitimidade, no sentido de atribuição institucional, para criar o nível hierárquico supralegal e conferi-lo aos tratados internacionais de direitos humanos.

Não se pretende, com tal estudo, exaurir o assunto, mas apenas expor os pontos abordados no referido julgamento e trazer à tona alguns questionamentos para reflexão sobre o tema, haja vista a grande influência que exercerá sobre as futuras decisões.

## **CAPÍTULO I – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1/SP**

### **1.1. Contexto fático, conflitos legais e controvérsias doutrinárias: em que consistiu o caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal**

Em decisão histórica datada de 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a impossibilidade da decretação de prisão civil do depositário infiel.

A questão levada a julgamento teve origem na Ação de Busca e Apreensão nº 004.01.000764-8<sup>2</sup> de veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes.

O autor alegava na inicial o inadimplemento das prestações pecuniárias. O réu foi citado e contestando disse que não estava mais na posse do bem. Por esta razão a ação foi convertida em depósito. Novamente citado, o réu não apresentou o veículo no prazo determinado nem depositou o correspondente valor em dinheiro.

Proferida a sentença, foi julgado procedente o pedido, condenando o réu a restituir o veículo ou a entregar seu equivalente em dinheiro no prazo de vinte e quatro horas, porém, o juízo monocrático deixou de decretar a prisão civil do devedor fiduciante, no caso de descumprimento da obrigação, por entender inconstitucional tal restrição à liberdade do devedor.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo da instituição financeira, confirmando a sentença de procedência da ação de depósito fundada em alienação fiduciária dada em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, no caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, tal como postulado pelo apelante, por entendê-la inconstitucional.<sup>3</sup>

Inconformado, a apelante interpôs recurso extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea a da Constituição Federal sustentando que o acórdão

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 08 jul. 2010.

<sup>3</sup> “Ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito julgada procedente. Apelação da autora postulando a cominação de prisão civil para a hipótese de descumprimento da obrigação. Inconstitucionalidade e ilegalidade da prisão civil do devedor fiduciante. Apelação desprovida.” (TJSP, Ap. com Revisão nº 791031-0/7, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, julg. em 28.04.2005). Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2010. Para fins de pesquisa do acórdão no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo utilizar no campo “número do recurso” o número 791031700.

vergado teria infringido o artigo 5º, inciso LXVII da Carta da República, nos termos em que o Supremo Tribunal Federal o aplicava em casos idênticos, ferindo a jurisprudência dominante da Corte.<sup>4</sup>

Toda a discussão gravitou em torno de saber se ainda subsiste, no direito brasileiro, a prisão civil do depositário infiel, considerando o que dispõe o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988; o Decreto-lei nº 911/69; o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992<sup>5</sup>; o artigo 652 do Código Civil, bem como o artigo 904 do Código de Processo Civil.

Observa-se que a Constituição Federal prevê em seu artigo 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.

Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 7º, item 7 que ninguém deverá ser detido por dívidas, porém, este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Além disso, o Decreto-lei nº 911/69 estabelece normas sobre o contrato de alienação fiduciária. Seu artigo 4º prescreve que se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito.

Também sobre o assunto os artigos 652 do Código Civil<sup>6</sup> e 904 do Código de Processo Civil<sup>7</sup> regulamentam a questão e estabelecem o procedimento a ser adotado, determinando que o depositário que não restituir o bem quando requerido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano.

Do exame das normas legais existentes sobre a matéria, verifica-se que o tratado internacional de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi

---

<sup>4</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 2 e 181. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>5</sup> Referido tratado foi incorporado à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

<sup>6</sup> Artigo 652 do Código Civil: 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.

<sup>7</sup> Artigo 904 do Código de Processo Civil: Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Parágrafo único: Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

recepcionado pelo ordenamento jurídico interno sem observar a previsão constitucional que autoriza a prisão civil para o depositário infiel.

Não se pode olvidar que havendo a ratificação de uma convenção internacional pelo Estado-nação, o Estado-membro se compromete a não medir esforços para que tal norma internacional tenha plena vigência e eficácia na ordem interna.

Como observou o Ministro Sepúlveda Pertence quando da análise dos embargos de declaração no *habeas corpus* nº 79.785, o Estado deve buscar não ofender o princípio do *pacta sunt servanda*, “onde os tratados foram feitos para serem cumpridos de boa fé. E não devem ficar *ad eternum* aguardando instrumentalização.”<sup>8</sup>

A fim de sanar os possíveis conflitos entre norma internacional e legislação interna, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios há tempos inclina-se sobre o assunto buscando uma forma de solucionar tais incompatibilidades.

A dificuldade em encontrar uma solução se dava em razão de nossa Carta Magna não dispor sobre o grau de hierarquia que seria atribuído aos tratados internacionais após sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, essa omissão foi sanada com a publicação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que introduziu o §3º ao artigo 5º determinando que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, serão equivalentes à Emenda Constitucional.

Embora o legislador possa ter pretendido resolver a problemática existente em relação a qual grau hierárquico deveria ser adotado em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, dando um aspecto formal e materialmente constitucional a estas normas, longe está de se chegar a um acordo sobre o assunto.

Apesar de referido artigo constitucional dispor sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o fez de forma restrita, abrangendo apenas os que forem aprovados por quórum especial, de modo que, somente esses, serão elevados a *status* de emenda constitucional.

---

<sup>8</sup> STF, HC nº 79.785-ED, p. 07. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Assim, permanece o desacordo existente entre os doutrinadores sobre qual grau hierárquico deva ser adotado no caso de o tratado internacional de direitos humanos não ter sido internalizado nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal.

Dentre as teses defendidas em torno da internalização dos tratados internacionais estão as seguintes: a) a que entende como supraconstitucional o *status* atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo seu principal expoente é Celso de Albuquerque Mello; b) a corrente que atribui hierarquia constitucional aos documentos internacionais de direitos humanos, defendida por Flávia Piovesan e Antônio A. Cançado Trindade; c) aquela que considera os acordos internacionais como lei ordinária, sendo esse o entendimento sustentado até pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal e; d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, recentemente aventada pela maioria do Pretório Excelso.

De forma sucinta, passa-se a examinar cada uma dessas correntes.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Para se aprofundar sobre o assunto ver: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.) *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos*. São Paulo: Del Rey, [200-]; LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; \_\_\_\_\_. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/415/596>>. Acesso em: 22 jun. 2008; MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional de Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006; \_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998; \_\_\_\_\_. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001\\_FlaviaPiovesan.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2008; \_\_\_\_\_. Introdução ao sistema interamericano: a Convenção Americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese a favor da incidência do “tempus regit actum”*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2008; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000; TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des) estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. v. 1, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.



A primeira corrente entende que os tratados e convenções em matéria de direitos humanos possuem natureza supraconstitucional. Essa tese defende a ideia que nem mesmo normas constitucionais teriam o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Critica-se esse posicionamento por ferir o princípio da supremacia da Constituição. Como bem destaca o Ministro Gilmar Mendes, “a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”<sup>10</sup>

A aplicação dessa tese viola dispositivo constitucional, impossibilitando que seja exercido o controle de constitucionalidade sobre as convenções internacionais, conforme previsto no artigo 102, inciso III, alínea *b* da Constituição Federal, que estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Em razão do exposto, a presente teoria encontra grande resistência quanto à sua aplicação.

A segunda tese possui como expoentes Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Para esses autores os tratados internacionais de direitos humanos devem ser aceitos em nível constitucional, mesmo os recepcionados anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que forem aprovados pelo Congresso Nacional sem respeitar o quórum especial previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal.

Essa corrente atribui hierarquia constitucional somente aos tratados internacionais de direitos humanos em razão de seu caráter especial, já os tratados internacionais comuns possuiriam hierarquia infraconstitucional.

Fundamentam seu posicionamento no previsto no §2º, artigo 5º da Carta Constitucional, pois entendem tal previsão como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

---

<sup>10</sup> STF, RE nº 466.343-1, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Soma-se a isso o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, ou seja, os tratados internacionais teriam aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Piovesan diz que "se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata."<sup>11</sup>

Vale ressaltar que após a Emenda Constitucional nº 45/2004, somente os tratados internacionais que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalerão às emendas constitucionais.

No entanto, ainda permanece a discussão em relação aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Outro entendimento defendido em torno da internalização dos tratados de direitos humanos é o de que os tratados possuem hierarquia de lei ordinária, sendo esse o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal até o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP.

Seu principal representante é Francisco Rezek, para quem tanto os tratados internacionais comuns, como também os de direitos humanos serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno em nível infraconstitucional (lei ordinária) e condicionados a um processo formal de recepção, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional do texto que constitui o tratado e que passará, após a publicação de Decreto-Legislativo no Diário Oficial da União, a ser lei ordinária.

Essa corrente é tradicionalmente acolhida pela Suprema Corte desde o julgamento do recurso extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque e que remonta ao ano de 1977. Vale lembrar que nesse caso não se tratava de questão envolvendo um tratado internacional de direitos humanos, mas sim sobre títulos de crédito.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos ...*, p. 94.

<sup>12</sup> Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado

Mesmo após a Constituição Federal de 1988 a tese continuou encontrando respaldo, conforme se verifica de um grande repertório de casos julgados<sup>13</sup> que reafirmam o entendimento de que os tratados internacionais adentram no ordenamento jurídico interno como se fossem legislação ordinária e, eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat priori*.

Destaca-se que tal corrente atualmente possui a exceção prevista no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, que recepiona com *status* de emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum especial.

Por fim, a última tese defendida pela doutrina brasileira em relação ao grau hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos é a que foi apresentada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP e que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos um nível hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária.

Esse posicionamento, aventado pelo Ministro Gilmar Mendes, dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal e que tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de qualquer norma legal com eles conflitantes, inclusive da legislação infraconstitucional que tenha sido editada após o início da vigência das convenções internacionais e que com elas sejam incompatível.

Essa tese já vinha sendo sustentada pelo Min. Sepúlveda Pertence que entendia não ser possível acatar a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em razão do princípio da supremacia da Constituição e aceitava “sem certezas suficientemente amadurecidas, (...) a outorga

---

na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto (Relator para o acórdão) entendeu que ato normativo internacional, no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidas pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>13</sup> STF, HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), julg. em 23.11.1995; HC nº 74.383-8/MG, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 22.10.1996; HC nº 76.591-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 27.05.1998; HC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 29.03.2000; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.09.2003; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.”<sup>14</sup>

A decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP demonstra a mudança de paradigma da Suprema Corte em relação ao nível hierárquico que deve ser atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos após sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, pois deixa de entender que tais convenções adentram no sistema jurídico interno com nível hierárquico de lei ordinária e passa a admitir a hierarquia supralegal de tais tratados.

Afastando a questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais, importante ressaltar que, em princípio, a matéria levada à exame no Supremo Tribunal versava apenas em torno da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel, porém, em conjunto com o recurso extraordinário nº 466.343-1/SP foram julgados outros três processos, de modo que a análise se estendeu às demais modalidades de depósito.

O recurso extraordinário nº 349.703/RS foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos de apelação nº 598.156.263 que reconheceu, em parte, a validade do contrato celebrado garantido por meio de alienação fiduciária, mas não reconheceu a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor fiduciário, sob o fundamento de que na alienação fiduciária não haveria modalidade típica de depósito.

O *habeas corpus* nº 87.585-8/TO foi impetrado contra decreto de prisão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Referido Tribunal negou provimento à apelação mantendo a decisão de primeiro grau que determinou a entrega de 2.741.516 (dois milhões, setecentos e quarenta e um mil e quinhentos e dezesseis) quilos de arroz em casca natural ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão civil do proprietário ou dirigente da empresa de armazém geral.

Por fim, o *habeas corpus* nº 92.566-9/SP foi impetrado contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial que reformou

---

<sup>14</sup> STF, HC nº 79.785-ED, p. 22. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

acórdão prolatado em agravo de instrumento, pelo extinto Tribunal de Alçada de São Paulo.

Em referido recurso especial o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu a ordem de prisão civil contra o paciente em razão de este ter assumido o encargo de depositário judicial de safra de cana-de-açúcar e não haver adimplido o contrato de penhor rural realizado com a instituição financeira.

Assim, foi determinado que o depositário judicial apresentasse os bens ou depositasse o equivalente em dinheiro no prazo de 48 horas, o que não ocorreu e acabou motivando a expedição de mandado de prisão.<sup>15</sup>

Denota-se dos casos levados à Suprema Corte que nem todos tratavam da mesma matéria, sendo que os recursos extraordinários nº 466.343-1 e 349.703-1 versavam sobre a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação judiciária. Por sua vez, no *habeas corpus* nº 87.585-8 buscava-se afastar a prisão civil no caso de depositário convencional baseado no artigo 11, item 1 do Decreto nº 1.102 de 1903<sup>16</sup> e, no *habeas corpus* nº 92.566-9, pretendia-se declarar ilícita a prisão civil do depositário judicial.

Mesmo tratando-se de matérias diversas, mas com alguns pontos de convergência, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a todos os casos o mesmo resultado final, reconhecendo a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel.

## **1.2. A retórica argumentativa do Supremo Tribunal Federal: razões constitucionais da tese vencedora e do voto dissidente em relação ao caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos**

O recurso extraordinário nº 466.343-1/SP foi distribuído ao Ministro Cezar Peluso em dezembro de 2005 e, três anos depois, em dezembro de 2008, teve sua análise concluída. Participaram do julgamento, além do Relator, os Ministros Gilmar

---

<sup>15</sup> STF, HC nº 92.566-9/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 03.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>16</sup> Referido decreto institui regras para o estabelecimento de empresas de Armazéns-Gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas. Em seu artigo 11 prevê que as empresas de Armazéns-Gerais, além das responsabilidades especialmente estabelecidas nesta Lei, respondem: 1) Pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois que judicialmente forem requeridas.

Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio, Celso de Mello e Menezes Direito.

Relembre-se que se trata de Ação de Busca e Apreensão convertida em Depósito tendo sido julgada procedente em primeira instância com a condenação do requerido para restituir o veículo ou entregar seu equivalente em dinheiro no prazo de vinte e quatro horas, porém, sem decretar sua prisão, por entendê-la inaplicável. Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença, razão pela qual o apelante interpôs o recurso extraordinário objeto do presente estudo.

Passa-se ao exame de cada um dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram de referido julgamento, na ordem em que foram apresentados.<sup>17</sup>

O Relator, Ministro Cezar Peluso, negou provimento ao recurso por entender que a aplicação do artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69 é inconstitucional, pois entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade ou conexão teórica.

Afirmou que a cláusula constitucional da prisão civil é alérgica a interpretação extensiva, capaz de atingir situações que, não se tratando de norma excepcional restritiva da liberdade pessoal, até poderiam caber-lhe no âmbito de incidência quando concorressem fundamentos de expansão de seu sentido emergente.<sup>18</sup>

Deste modo, “prescrever que há depositário onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção jurídica.”<sup>19</sup>

O Ministro Cezar Peluso afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel em razão de não se tratar de um contrato típico de depósito, razão pela qual vislumbrou ser desnecessário invocar o Pacto de São José da Costa Rica.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do Relator, entendeu no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária, porém, acrescentou os seguintes fundamentos:

---

<sup>17</sup> Será destacado os aspectos principais dos votos de cada Ministro, para estudo mais profundo ver o RE nº 466.343-1/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>18</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 25.

(...) desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da 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 a 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.<sup>20</sup>

Fundamentou seu entendimento no fato de se estar vivendo em um Estado Constitucional Cooperativo. Neste modelo, o Estado Nacional “se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.”<sup>21</sup>

Com tal posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, porém, possuem um lugar especial reservado no ordenamento jurídico pátrio.

Afirmou que seria mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, haja vista que essa tese prevê que tais tratados internacionais seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais também seriam dotados de um atributo de superioridade em relação aos demais atos infraconstitucionais.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos que assumem caráter de norma supralegal estão autorizados a afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.

Desse modo, em razão de sua hierarquia intermediária, os tratados internacionais de direitos humanos possuem força para paralisar a eficácia jurídica de toda norma infraconstitucional com eles conflitante, seja esta norma anterior ou posterior à ratificação do tratado internacional.

Frise-se que tal *status* normativo não autoriza os tratados internacionais de direitos humanos a revogarem norma prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas, retiram a eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes com os tratados internacionais, ante seu efeito paralisante, impossibilitando a aplicação do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77 *apud* MENDES. Ibidem, p. 43.

<sup>22</sup> “(...) 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, inciso LXVII) não

No voto da Ministra Cármen Lúcia esta destacou que sobre a questão têm-se dois pontos de vista. O exposto pelo Ministro Cezar Peluso sobre a impossibilidade de se entender o devedor fiduciante como depositário infiel, por aquele contrato não se tratar de contrato de depósito e o destacado pelo Ministro Gilmar Mendes.

A Ministra Cármen Lúcia acolheu o que foi posto por Mendes no sentido de não haver aplicação da parte final do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, acompanhando o voto do Ministro Relator.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski deve ser considerada a mudança de padrões que se estabelece no cenário internacional e que foi colacionado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Disse que após a Declaração Universal de 1948 e das várias convenções e tratados de proteção dos direitos humanos estabeleceu-se “novos paradigmas no mundo todo, um novo *ethos* no que diz respeito aos direitos fundamentais”<sup>23</sup> e isto deve influenciar na interpretação dos direitos fundamentais no plano interno de cada Estado.

Sustentou que deve ser dada uma interpretação proativa dos direitos fundamentais a fim de que os direitos e garantias expressos na Constituição sejam concretizados efetivamente.

Por fim, ponderou que o contrato de depósito e a alienação fiduciária são completamente distintos e que este último não se enquadra na exceção do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, destacando que, diante desses novos modelos trazidos por Mendes, até mesmo as hipóteses da Constituição (prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos) são duvidosas.

Seu voto foi no sentido de acompanhar os Ministros que o precederam.

O Ministro Joaquim Barbosa foi o próximo a se manifestar. Asseverou que, para ele, basta que a Constituição Federal não inclua, expressamente em seu rol, a alienação fiduciária em garantia como uma das exceções ao princípio constitucional que veda a prisão civil por dívida.

---

foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.” Ibidem, p. 55.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 92.



Afirmou que “se [a Constituição Federal] não inclui, parece-me claro que o legislador ordinário não pode fazê-lo criando novas exceções além das duas únicas previstas no texto constitucional. Muito menos por aproximação ou analogia.”<sup>24</sup>

Para Barbosa o que está em jogo é a liberdade individual e neste aspecto “o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.”<sup>25</sup>

Com tais considerações, acompanhou o voto do Relator.

Na sequência, o Ministro Carlos Britto afirmou que o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, por versar sobre proteção à liberdade, que é um direito humano por excelência, fica balizado pelo princípio da proporcionalidade, num caso típico “em que o princípio da proporcionalidade opera com maior rigor para proteger a liberdade, enquanto expressão de um tipo de direito humano que concretiza (...), o inciso III do art. 1º da Constituição (...) e, o inciso II do art. 4º.”<sup>26</sup>

Ponderou que a proibição da coerção civil faz parte do estatuto constitucional de liberdade e que as duas ressalvas que autorizam a prisão civil devem ser interpretadas restritivamente.

Destacou que se trata de uma sessão histórica, em prol da efetividade da Constituição Federal naquilo que ela tem de mais central: a afirmação dos direitos humanos.<sup>27</sup> Acompanhando o voto do Relator, negou provimento ao recurso.

O Ministro Marco Aurélio em sua manifestação lembrou que além de os institutos em exame serem diversos, o que já impossibilitaria a prisão civil, o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica.

Disse que a alienação fiduciária foi uma forma encontrada, em certo período, para dar a entidades financeiras garantias quanto ao recebimento do que é devido por aquele que logrou o financiamento.

Aduziu que, abandonando-se a razoabilidade e o texto constitucional para a ficção quase absoluta e ficção jurídica, equiparou-se a figura do devedor fiduciante à

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 101.

do depositário infiel, como se o devedor fiduciante assumisse a obrigação de não satisfazer o valor do bem alienado, mas de devolver o bem depositado, como é o caso do depositário.

Afirmou que no momento da subscrição do Pacto de São José da Costa Rica a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada, pois o Pacto apenas viabilizou a prisão no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não versando sobre o inadimplemento de depositário infiel.<sup>28</sup>

Observou que há muito vem sustentando este entendimento, ficando vencido no Colegiado, porém, o Tribunal caminha para o consenso, neste sentido, em torno da matéria.

Concluiu, acompanhando o Relator, para o desprovimento do recurso.

O próximo a se manifestar, com voto vista, foi o Ministro Celso de Mello que destacou a necessidade de examinar as relações que se estabelecem entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados Nacionais, haja vista que o Pacto de São José da Costa Rica, ao limitar a possibilidade da prisão civil, reflete o grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum.

Ressaltou que entende, como parte dos doutrinadores<sup>29</sup>, que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos assumem qualificação constitucional, mesmo os celebrados pelo Brasil antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.<sup>30</sup>

Afirmou que o entendimento segundo o qual existe paridade normativa entre tratados internacionais e leis internas deve ser considerado somente em relação às convenções internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, confere primazia jurídica destas convenções sobre as leis internas.

Ponderou que em relação aos tratados celebrados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 incide o §2º do artigo 5º da Constituição Federal que lhes

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>29</sup> Cita em seu voto Cançado Trindade, Celso Lafer, Francisco Rezek, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli. Ibidem, p. 129.

<sup>30</sup> Idem.

confere natureza materialmente constitucional promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção de bloco de constitucionalidade.

Concluiu que o Decreto-lei nº 911/69, no ponto em que, mediante remissão ao que consta no artigo 904 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil, permite a prisão civil do devedor fiduciante, não foi recebido pelo ordenamento constitucional brasileiro, em razão da incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legal e a vigente Constituição da República.

Votou pelo improvimento do recurso.

O Ministro Gilmar Mendes fez constar que não concorda com o posicionamento do Ministro Celso de Melo de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional. Segundo Mendes, caso fosse adotado este entendimento essas normas internacionais passariam a ser parâmetros de controle de constitucionalidade o que geraria um quadro de insegurança jurídica.

Para o Ministro, do ponto de vista da segurança jurídica, foi acertada a Emenda Constitucional nº 45/2004 no que tange à inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pois, “se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional.”<sup>31</sup>

O Relator, Ministro Cezar Peluso, aditou seu voto salientando que não lhe parece haver conflito entre o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal e o artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica.

Para Peluso referido artigo constitucional não estatui a prisão civil, possuindo dois preceitos: o principal que proíbe a prisão civil e o secundário que abre uma exceção admitindo, nos termos da legislação ordinária, a prisão do alimentante e a do depositário.

Assim, concluiu que no preceito secundário, a Constituição apenas autoriza o legislador ordinário a adotar a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos, de modo que, entende que o legislador optou por excluir a exceção da norma constitucional quando incorporou o teor do artigo 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 162.

Destacou que se o legislador ordinário determinou a incorporação do tratado à ordem jurídica, significa que tomou a postura de excluir a admissibilidade da prisão civil do depositário, por consequência ocorreu a revogação superveniente de todas as normas jurídicas que até então admitiam a prisão civil do depositário, haja vista que não há norma constitucional superveniente em contrário.<sup>32</sup>

Por fim, aditou seu voto para estender a impossibilidade de prisão civil a qualquer forma de depósito (convencional, judicial, necessário) em razão de a Constituição elevar a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República e, “cujo primado, pelo menos do ponto de vista axiológico, está, no espírito do tempo, acima dos direitos e garantias do artigo 5º”, não podendo, em razão disso, retroceder à concepção de que o ser humano é mero *corpus vilis*, sujeito a qualquer medida normativa violenta.<sup>33</sup>

O Ministro Menezes Direito, em voto vista, fez um profundo estudo sobre a hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico interno, destacando posicionamento doutrinário e da Suprema Corte, citando votos do Ministro Moreira Alves e Sepúlveda Pertence sobre o assunto.<sup>34</sup>

Ressaltou que a posição da Suprema Corte que equiparava os tratados internacionais com as leis ordinárias encontra-se superada devendo o Supremo Tribunal Federal adotar uma posição transformadora na matéria.

Para o Ministro, os direitos humanos possuem natureza supraestatal, o que significa que não são dependentes de reconhecimento pelo direito interno, cabendo apenas e unicamente declará-los.<sup>35</sup>

Menezes Direito destacou que duas possibilidades inovadoras se abrem à Suprema Corte: a aventada pelo Ministro Celso de Mello sobre o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a evidenciada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e recebida também pelo Ministro Gilmar Mendes que entende pelo caráter supralegal de referidas convenções internacionais.

Salientou que acredita não ser possível admitir natureza constitucional de tais tratados internacionais, pois violaria “a disciplina criada pelo constituinte, presente a realidade da sociedade internacional de nossos dias. Isso adquire mais

---

<sup>32</sup> Ibidem, p. 165/166.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 182 e ss.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 195.

força ainda se considerarmos que o constituinte derivado abriu a possibilidade de incorporação dos atos normativos internacionais com status constitucional desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.”<sup>36</sup>

Em seu entendimento, não se deve deixar de reconhecer que a vontade constituinte não pode amparar-se no bloco de constitucionalidade para alçar os tratados internacionais de direitos humanos diretamente ao plano constitucional. Se assim fosse:

Ter-se-ia de admitir objetivamente como possível estabelecer uma recepção dos tratados e convenções no plano constitucional diretamente, sem qualquer processo de incorporação. Teria de ser assim por causa da impossibilidade de se reconhecer uma variante constitucional em que a incorporação tornar-se-ia obrigatória, sob pena de frustrar-se a configuração da natureza com que se pretende revestir os atos internacionais.<sup>37</sup>

Registrou a opinião do Ministro Orozimbo Nonato<sup>38</sup> que afirmou que os tratados e convenções internacionais possuem um *status* diferenciado, o qual nominou de leis especiais.

Menezes Direito destacou que não são leis supralegais, mas especiais, pois são atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está além da hierarquização legislativa doméstica. A consequência disso é que produzem efeitos imediatos sobre a legislação interna anterior, paralisando a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Concluiu que o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos “passam a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional” ressaltando que nada impede que o legislador eleve estes tratados ao plano constitucional, conforme possibilita o artigo 5º, § 3º da Constituição da República.<sup>39</sup>

Como corolário disso, entendeu pela suspensão da eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem a prisão civil do depositário infiel, tanto sob o regime de alienação fiduciária, como sob o regime do puro contrato de depósito

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>38</sup> STF, AC. nº 9.587/DF, 21.08.1951. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2010.

<sup>39</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

regulado pelo Código Civil, porém, afasta este posicionamento dos casos de depositário judicial por entender que possui natureza jurídica diversa.

Com base nesses termos, negou provimento ao recurso extraordinário.

Em confirmação de voto, o Relator ressaltou que aderiu à posição de que, em relação aos direitos humanos, por se tratarem de direitos fundamentais, têm primazia na Constituição e, por isto, são sempre materialmente constitucionais.

Prosseguiu salientando que “o corpo humano, em qualquer das hipóteses, é sempre o mesmo. E o valor jurídico e a tutela que merece do ordenamento são também os mesmos, quer se trate de caso de depositário contratual, de depositário legal ou de depositário judicial.”<sup>40</sup>

Asseverou que não importa a modalidade de depósito que busque o pagamento por meio da coerção civil, sempre que isto ocorrer estará havendo uma ofensa à dignidade humana que não pode ser aceita. Consignou que a prisão civil somente é cabível na hipótese constitucional do inadimplente de obrigação alimentar.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes fez um aditamento ao seu voto no sentido de esclarecer que “o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares.”<sup>41</sup>

Sustentou que o texto constitucional, em seus artigos 4º, parágrafo único e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, admite a prevalência dos tratados internacionais sobre normas infraconstitucionais e remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Ratificou seu voto para negar provimento ao recurso extraordinário.

Não havendo mais qualquer manifestação dos Ministros encerrou-se o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP e dos demais processos julgados em conjunto.

### **1.3. O desfecho do caso: a norma de decisão elaborada pelo Supremo Tribunal Federal**

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 223.

Finalizado o julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negaram provimento ao recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, mantendo a decisão que entendeu não ser mais possível determinar a prisão civil do depositário infiel.

O acórdão restou assim ementado:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.<sup>42</sup>

Como o julgamento desse recurso extraordinário se deu em conjunto com o recurso extraordinário nº 349.703-1 e com os *habeas corpus* nº 87.585-8 e nº 92.566-9, tem-se por oportuno destacar o teor de seus resultados.

Relembre-se que o recurso extraordinário nº 349.703-1/RS foi interposto contra acórdão que não admitiu a equiparação do contrato de alienação fiduciária em garantia com o contrato de depósito de bem alheio.

Tal recurso teve como relator o Ministro Gilmar Mendes que manteve a decisão da instância inferior nos seguintes termos:

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 Civis 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 processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 01.

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.<sup>43</sup>

Em relação ao *habeas corpus* nº 87.585-8/TO a questão girava em torno da possibilidade de manter a ordem de prisão de sessenta dias contra o depositário infiel, no caso de depósito convencional.

O Ministro Marco Aurélio foi o relator do referido remédio constitucional e fez constar em sua ementa os seguintes termos: "DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel."<sup>44</sup>

Por fim, no *habeas corpus* nº 92.566-9/SP foi expedido mandado de prisão em razão de o depositário judicial não haver apresentado os bens (safra de cana-de-açúcar), nem depositado seu equivalente em dinheiro no prazo de quarenta e oito horas, como havia sido determinado judicialmente.

O *habeas corpus* em questão, a exemplo do *habeas corpus* nº 87.858-8/TO, também teve o Ministro Marco Aurélio como relator, que formulou a seguinte ementa: "PRISÃO CIVIL – PENHOR RURAL – CÉDULA 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 pignoratícia."<sup>45</sup>

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal examinou não só a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária, como também nas demais modalidades de depositário infiel.

Nessas situações, concluíram os Ministros da Suprema Corte brasileira, por maioria de votos, pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel, em quaisquer

---

<sup>43</sup> STF, RE nº 349.703/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>44</sup> STF, HC nº 87.585-8/TO. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>45</sup> STF, HC nº 92.566-9/SP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.



formas de depósito, inclusive a judicial. Restou vencido o Ministro Menezes Direito que entendeu que depositário contratual e judicial possuem natureza jurídica diversa.<sup>46</sup>

Nessa mesma ocasião os Ministros revogaram, por maioria, o verbete de súmula nº 619 do Pretório Excelso que previa que a prisão do depositário judicial poderia ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.<sup>47</sup>

Evidencia-se que a partir de dezembro de 2008 o Supremo Tribunal modificou seu entendimento não mais admitindo a prisão civil para qualquer uma das hipóteses de depositário infiel, somente sendo aceita a prisão civil do devedor de alimentos, vez que autorizada pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Constituição Federal.

Da leitura dos votos proferidos no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, extrai-se que a *ratio decidendi* do julgamento foi no sentido de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados segundo o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, têm natureza de normas supralegais, o que acarreta a paralisação da eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional com eles conflitante, inclusive com as leis ordinárias editadas posteriormente à internalização do tratado.

Portanto, os Ministros entenderam, por maioria de votos, que desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (artigo 7º, item 7) ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, tornando inaplicável o artigo 1.287

---

<sup>46</sup> Fundamenta seu posicionamento citando voto do Ministro Teori Zavascki proferido no *Habeas Corpus* nº 92.197/SP no qual ressalta que no caso do depositário judicial a designação não decorre nem origina de obrigação contratual, de modo que o depositário não assume nenhuma dívida, mas, apenas o encargo judicial. Assim, considerada esta peculiar condição jurídica do depositário judicial de bens penhorados, que não resulta de contrato, nem representa uma dívida, não se pode ter por incompatível a sua prisão civil com as normas de direito internacional. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 199 e HC nº 92.566-9/SP, p. 253. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>47</sup> Eis o acórdão: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, revogado o Verbetes da Súmula nº 619, por maioria, em sessão presidida pelo ministro Gilmar Mendes (...)”. STF, HC nº 92.566-9/SP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

do Código Civil de 1916<sup>48</sup>, o Decreto-Lei nº 911/69<sup>49</sup> e o artigo 652 do Novo Código Civil Brasileiro<sup>50</sup>.

Tal posicionamento, como frisado, se deu por maioria de votos, de modo que o embate no Supremo Tribunal Federal segue em relação a qual corrente sobre a hierarquia a ser atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos deve prevalecer: a da constitucionalidade ou da suprallegalidade.

De um lado, conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos estão os posicionamentos dos Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau.<sup>51</sup>

De outro lado, estão os votos do Ministro Menezes Direito, que confere hierarquia especial aos tratados internacionais de direitos humanos<sup>52</sup> e dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Britto, que atribuem caráter suprallegal às referidas convenções internacionais.

Denota-se que apenas nove Ministros dos onze que compõe a Corte Suprema indicaram seu posicionamento, sendo que o Ministro Marco Aurélio não perfilhou de qualquer destas orientações, entendendo não haver necessidade, para o deslinde da causa, de aderir a uma das duas correntes. O Ministro Joaquim Barbosa também não se pronunciou sobre essa questão específica.

Vislumbra-se a nova tendência da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que deixam de entender que os tratados internacionais possuem nível hierárquico infraconstitucional, estando no mesmo patamar das leis ordinárias, e passam a posicionar-se no sentido de atribuir às convenções internacionais de direitos humanos, que não forem recepcionadas com o quórum especial previsto no

---

<sup>48</sup> 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 (artigo 1.273).

<sup>49</sup> Estabelece normas sobre o contrato de alienação fiduciária, autorizando que a ação de busca e apreensão seja convertida em depósito.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> STF, HC nº 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 23.09.2008; HC nº 94.695/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 23.09.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

<sup>52</sup> Para o Ministro Menezes Direito os tratados internacionais de direitos humanos não podem possuir hierarquia constitucional, porém, possuem uma hierarquia especial, pois também não pode estar no mesmo nível hierárquico das normas ordinárias. Este caráter especial é capaz de retirar a eficácia das normas ordinárias que sejam contrárias a referidos tratados internacionais.

§3º, do artigo 5º da norma constitucional, o caráter supralegal que os coloca num nível hierárquico intermediário entre a Constituição Federal e as normas ordinárias.

Vale lembrar que esse entendimento pode sofrer modificação, haja vista que os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio não se manifestaram à época do julgamento sobre sua opção por alguma destas correntes.

Em que pese não ter sido unânime a decisão que acatou o posicionamento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem sido adotada pelos demais tribunais pátrios como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme se vê a seguir:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE. 1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1.988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1.988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253071 - GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2.006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2.003. 2. A edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5º da CF/1.988 o § 3º, dispondo 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", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional. 3. Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2.006, relativo ao Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO). 4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. 5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP, Relator Min.

Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade. (...) 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução do STJ nº 08/2008. (STJ, REsp 914.253/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02.12.2009, DJe 04.02.2010).<sup>53</sup>

HABEAS CORPUS CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL - DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECONHECIMENTO DO CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INFERIORES - POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL SOMENTE PARA OS CASOS DE INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA - REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL - ORDEM CONCEDIDA. Não mais subsiste a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, seja este voluntário (convencional) ou necessário, como o é o depósito judicial, pois conforme novo entendimento do Supremo Tribunal Federal que atribuiu o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, as normas ordinárias perderam sua eficácia através do efeito paralisante da norma inferior. (TJPR, Ac. nº 31831, 1ª C.C., Rel. Des. Rubens Oliveira Fontoura, julg. em 09/06/2009).<sup>54</sup>

Após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP que reconheceu a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, tal posicionamento passou a ser seguido pela grande maioria dos órgãos judiciários do país, fato que não afastou o ajuizamento da proposta de súmula vinculante nº 31 encaminhada pelo Ministro Cezar Peluso ao Tribunal Pleno, com base no decidido nos recursos extraordinários nº 349.703-1/RS e 466.343-1/SP.

---

<sup>53</sup> No mesmo sentido: STJ, RHC 28.240/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 03.08.2010, DJe 18.08.2010; RHC 25.852/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 10.06.2010; HC 130.396/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 19.08.2009; Agrg no Ag 655.725/RS, Rel. Ministro Paulo Furtado (Des. conv. do TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 12.05.2009; HC 127.385/SP, Relª. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 29.04.2009; HC 110.770/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.02.2009, DJe 27.03.2009; HC 102.010/RO, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal conv. do TRF 1ª região), Quarta Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 02.03.2009; HC 110.344/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 03.02.2009; HC 130.920/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23.04.2009, DJe 13.05.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

<sup>54</sup> Ver também: TJPR, Ac. nº 14955, 18ª C.C., Rel. Des. Ruy Muggiati, julg. em 24.03.2010; TJPR, Ac. nº 14609, 16ª C.C., Rel. Dr. Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira, julg. em 14.10.2009; TJPR, Ac. nº 13594, 16ª C.C., Relª. Desª. Maria Mercis Gomes Aniceto, julg. em 01.07.2009; TJPR, Ac. nº 33192, 2ª C.C., Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, julg. em 16.06.2009). Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em 24 set. 2010.

Em 16 de dezembro de 2009, o Tribunal acolheu e aprovou, por unanimidade, a proposta para edição da súmula vinculante nº 25, nos seguintes termos: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”<sup>55</sup>

Assim, após a edição de referida súmula, todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal estão vinculados ao texto publicado. No caso de haver ato administrativo ou decisão judicial contrariando o teor da súmula vinculante é possível ingressar com reclamação no Supremo Tribunal Federal.

Vale lembrar que a proposta da referida súmula ocorreu com base nos recursos extraordinários nº 349.703-1/RS e 466.343-1 que, embora tenham sido julgados improvidos para afastar a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, não obtiveram consenso dos Ministros em relação ao nível hierárquico que deve ser atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, mas independente disso, todos entenderam que não há mais base legal para a prisão civil.

Posteriormente à publicação da súmula vinculante nº 25 pelo Supremo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, em 03 de março de 2010, editou o seguinte verbete de súmula: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.”<sup>56</sup>

Tais modificações de posicionamento, inclusive com cancelamento e edição de súmulas<sup>57</sup> e com edição de súmula vinculante revela, como bem destacado pelo Ministro Benedito Gonçalves do Superior Tribunal de Justiça, “a evolução da jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de privilegiar o que vem sendo preconizado pela ordem jurídica internacional, no que se refere ao sistema de proteção dos direitos humanos, valorizando, na ordem constitucional e legal interna, a proteção e a dignidade da pessoa humana.”<sup>58</sup>

O caráter supralegal que foi atribuído pela Suprema Corte aos tratados internacionais de direitos humanos encontra amparo no direito comparado, como se

---

<sup>55</sup> Súmula vinculante nº 25, publicada em 12.02.2010. DJe nº 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

<sup>56</sup> Súmula 419 publicada em 11.03.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

<sup>57</sup> Cancelamento da súmula nº 619 do STF, edição da súmula vinculante nº 25 e nº 419 do STJ.

<sup>58</sup> STJ, HC 130.920/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, jul. em 23.04.2009, DJe 13.05.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

denota da Constituição Alemã em seu artigo 25<sup>59</sup>, da Constituição Francesa no artigo 55<sup>60</sup> e na Constituição da Grécia, artigo 28<sup>61</sup>, todas prevendo expressamente este nível hierárquico.<sup>62</sup>

Além destes países, na América do Sul a corrente da suprallegalidade também encontra suporte, na Constituição da Argentina, em seu artigo 75, inciso 22, que dispõe que os tratados internacionais tanto podem ter hierarquia constitucional como podem ser suprallegal, indicando alguns dos tratados que já possuem a hierarquia constitucional e disciplinando como este rol poderá ser complementado.<sup>63</sup>

O Paraguai também adota esse entendimento e disciplina a questão no artigo 137 de sua Constituição, prevendo que os tratados internacionais prevalecem sobre as normas infralegais, ressaltando que estão hierarquicamente abaixo da Constituição, que é a norma suprema, não fazendo distinção entre os tratados de direitos humanos e os comuns.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> Artigo 25 da Constituição da Alemanha: “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.” STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>60</sup> Artigo 55 da Constituição da França de 1958: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.” Idem.

<sup>61</sup> Artigo 28 da Constituição da Grécia de 1975: “The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary. Idem.

<sup>62</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 210. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>63</sup> Constituição da Argentina de 1994: “Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” ARGENTINA. Honorable Senado de La Nación. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

<sup>64</sup> Constituição do Paraguai de 1992: “Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones

Evidencia-se, assim, uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de fazer prevalecer as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano e a Suprema Corte Brasileira demonstra que não está alheia a essas transformações ocorridas no plano mundial, acompanhando essa tendência.

---

jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.” PARAGUAI. Honorable Cámara de Senadores. Constitución De La Republica Del Paraguay. Disponível em: <[http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley\\_resultado&id=2865](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley_resultado&id=2865)>. Acesso em: 11 nov. 2008.

## CAPÍTULO II – A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1. Da pirâmide jurídica kelseniana ao sistema constitucional moderno

Não há como pensar em jurisdição constitucional sem vir à mente a ideia de Constituição e constitucionalismo, pois, em linhas gerais, a expressão jurisdição constitucional refere-se à interpretação e aplicação da Constituição pelos órgãos judiciais.

A acepção atual de Constituição e constitucionalismo é, historicamente, recente e está associada a eventos ocorridos nos últimos trezentos anos, como as Revoluções Inglesa (1688), Americana (1776) e a Francesa (1789) que deram origem ao Estado Liberal, marco inicial do constitucionalismo.<sup>65</sup>

No plano doutrinário tem se buscado, ao longo dos anos, identificar o significado e o papel da Constituição, os quais encontram-se em constante mutação, haja vista que a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não ocorre por meio de um exercício abstrato de busca de verdades universais, mas sim, é produto de uma época e, como tal, sofre influência direta dos antecedentes filosóficos de cada período histórico.

Uma das principais correntes sobre o Direito e que o acompanha ao longo dos séculos é a fundada na existência de um direito natural.<sup>66</sup> Esta se baseia na ideia de que a sociedade é formada por um conjunto de valores e de pretensões humanas que não decorrem de uma norma jurídica emanada pelo Estado.

O direito natural é relacionado, em um primeiro momento, à ideia de que a lei é estabelecida pela vontade de Deus, e num segundo momento, de que a lei é ditada pela razão. A partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno desenvolveu-se afastando o direito natural de sua origem divina e o aproximando da razão humana,

---

<sup>65</sup> Diz-se que esses três marcos históricos forma importantes para o constitucionalismo pois, em síntese, a Revolução Inglesa deu origem o *Bill of Rights* (1688); A Americana originou a Declaração de Independência de 1776 e a Constituição de 1787 e a Revolução Francesa é considerada o grande divisor histórico do Estado Liberal, pois foi em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que iniciou a divulgação da nova ideologia fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos individuais.

<sup>66</sup> Remontam a antiguidade clássica e sua origem está associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária.



tendo sido superado com o surgimento das Constituições escritas e as codificações, momento em que houve a ascensão do positivismo.<sup>67</sup>

O positivismo jurídico<sup>68</sup> foi o modelo dogmático que predominou desde meados do século XIX<sup>69</sup> e teve como principal expoente Hans Kelsen que buscou em sua *Teoria Pura do Direito* idealizar uma ciência jurídica livre de qualquer elemento axiológico, ético e político.<sup>70</sup>

O positivismo parte da premissa de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, não dependendo das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. Segundo Ramos, o objeto da dogmática jurídica para os positivistas eram as normas vigentes em determinado Estado, em determinada época, sendo indiferente se essas normas correspondiam, ou não, ao ideal de justiça de quem as examinava.<sup>71</sup>

O Direito, segundo Kelsen, “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano”<sup>72</sup> as quais encontram-se organizadas de forma supra-infra-

---

<sup>67</sup> Para se aprofundar sobre o assunto ver: BARCELLOS, Ana Paula. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. *Revista Forense*, nº 351, p. 3-17, 2000; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-46; \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra, trad. Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva: São Paulo, 2010; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 1999. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>68</sup> “O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, análoga às ciências exatas e naturais.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 25.

<sup>69</sup> Bobbio destaca que o primeiro uso do termo *jus positivum* se encontra em fins do século XI na obra do filósofo medieval Abelardo na qual distingue direito positivo de direito natural, sendo aquele o direito posto pelos homens e este o posto por algo ou alguém que está além desses, como a natureza. BOBBIO, Norberto. *O positivismo ...*, p. 19.

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XI.

<sup>71</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, p. 36.

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 05. Ver também: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 19; REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 90.

ordenadas, numa unidade formal, sendo a norma fundamental (*Grundnorm*) o elo que as mantém unidas e lhes dá validade.<sup>73</sup>

A norma fundamental é aquela de onde todas as normas do ordenamento jurídico são produzidas. Segundo o próprio professor austríaco a norma fundamental é uma ficção<sup>74</sup> que não poderia ser posta por uma autoridade, pois se assim fosse, essa autoridade teria que ter sua competência determinada por outra norma que seria superior à primeira.<sup>75</sup>

A norma fundamental é, portanto, a primeira Constituição histórica de um Estado e esta é a que deriva da revolução na ordem jurídica e inaugura uma nova ordem,<sup>76</sup> e, assim o é, por uma questão prática, pois do contrário ter-se-ia que regressar ao infinito.<sup>77</sup>

No positivismo normativista de Kelsen, a ordem jurídica pertence a um sistema dinâmico, no qual as normas que o compõe derivam umas das outras por meio de sucessivas delegações de poder, de modo que a validade dessas normas é obtida em razão da autoridade da norma imediatamente superior (critério formal), independentemente de seu conteúdo (critério material).<sup>78</sup> É dinâmica, portanto, em

---

<sup>73</sup> “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 217.

<sup>74</sup> Ao criar a ideia de norma fundamental Kelsen a define como uma norma hipotética, porém, em sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas*, modifica este entendimento e conclui que a norma fundamental não possui um caráter hipotético, mas trata-se de uma ficção, pois vai contra a realidade e é contraditória em si mesma. Conclui neste sentido por entender que a norma fundamental somente é pensada e não posta pela ciência jurídica, contradizendo a realidade por não ter correspondência com nenhum ato concreto de vontade, mas também contradizendo a própria norma porque criada por uma autoridade fictícia, seja ela da moral ou do Direito. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 329.

<sup>75</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 217.

<sup>76</sup> “Assim se chega finalmente a uma Constituição estadual que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição estadual que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada.” *Ibidem*, p. 223.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso ...*, p. 2.

<sup>78</sup> O oposto do sistema dinâmico é o sistema estático de normas, no qual, “a conduta dos indivíduos determinada por certa norma é devida por força de seu conteúdo, pois sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 217. Infere-se de sua obra que o sistema estático de normas corresponde às doutrinas jusnaturalistas, vez que o encadeamento lógico e hierárquico das normas se dá a partir de fundamentos com conteúdos imutáveis, como os de moral, de justiça ou religiosos. *Idem*.

razão de poder ser modificada sempre que houver alteração da norma fundamental.<sup>79</sup>

Em relação às antinomias e aos modos de afastá-las, Kelsen afirma que não há contradição entre normas, uma vez que essas serão sempre válidas ou inválidas quando observarem, ou não, a norma fundamental.<sup>80</sup> Em sua opinião, somente as proposições jurídicas, que são os enunciados descritivos das normas, poderão ter contradições lógicas entre si, ou seja, serem verdadeiras ou falsas.

Em que pese a afirmação do jusfilósofo sobre a impossibilidade de as normas conterem contradições entre si, admite sua possibilidade de forma indireta ou reflexiva devendo ser aceita apenas uma das normas como válida.<sup>81</sup>

Para solucionar as eventuais antinomias, o autor de Viena afirma que aos enunciados normativos de mesma hierarquia aplica-se o princípio *lex posterior derogat priori*. Por outro lado, se a contradição ocorrer entre norma geral e especial deverá prevalecer esta última.<sup>82</sup>

Tratando-se de normas de hierarquia diversa, Kelsen afirma que não é possível haver um conflito entre norma superior e inferior, uma vez que esta não existirá em razão de não haver observado o previsto na norma fundamental.<sup>83</sup>

Em relação a sua estrutura o sistema kelseniano é caracterizado por ser fechado, abstrato, conceitual, dinâmico, não admite lacunas<sup>84</sup> e é composto por

---

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 165/166.

<sup>80</sup> “Conceitos não se contradizem mutuamente, mas podem estar em oposição reciprocamente. Círculo e não-círculo excluem-se reciprocamente; mas o conceito de modo algum faz o outro impossível. Fazem-no somente dois juízos, dos quais um assevera o contrário do outro. O princípio da contradição exprime, portanto, uma relação entre dois juízos... De dois juízos, dos quais um afirma o que o outro nega, um tem de ser falso” (p. 229 e s.). O princípio da contradição é aplicável apenas à relação entre juízos, não à relação entre normas. DREWS, Arthur. *Lehrbuch der Logik*, Berlin, 1929 *apud* KELSEN, Hans. *Teoria Geral das ...*, p. 159.

<sup>81</sup> Kelsen afirma que “os princípios lógicos em geral e o princípios da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de Direito e, assim, indiretamente também podem ser aplicados às normas jurídicas. Não é, portanto, inteiramente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se “contradizem” uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 229.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>84</sup> Para Kelsen a ideia de lacunas no ordenamento jurídico é uma ficção, pois mesmo não existindo uma norma jurídica para determinado caso, sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, ou seja, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida sendo, por consequência, permitida. KELSEN, Hans. *Teoria Pura ...*, p. 273 e \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do ...*, p. 212.

regras positivadas.<sup>85</sup> Pode-se dizer ainda que a interpretação jurídica se dá por meio de um processo de subsunção dos fatos à norma.

Bobbio, examinando a teoria do ordenamento jurídico, discorda de Kelsen em relação ao que é entendido como um sistema dinâmico. Para o autor italiano, sistema é uma totalidade ordenada e somente se pode falar em ordem se os entes que o constituem estiverem relacionados com o todo e também entre si.<sup>86</sup>

Dessa feita, o ordenamento enquanto sistema dinâmico, no qual o critério de enquadramento é puramente formal, não pode ser considerado um sistema, justamente porque comportaria contradição entre duas normas em oposição e, para julgar a oposição entre duas normas é necessário analisar o seu conteúdo não bastando verificar a autoridade da qual foram emanadas.<sup>87</sup>

O sistema jurídico referido por Bobbio exclui a incompatibilidade entre as normas, pois traz em si as possibilidades de resolvê-lo. Desse modo, a compatibilidade entre as normas é, segundo o jusfilósofo italiano, o critério de validade para o sistema jurídico. A consequência disso é que havendo incompatibilidade entre duas normas não haverá a queda de todo o sistema, apenas de uma, ou no máximo, das duas normas.<sup>88</sup>

A partir do positivismo normativista a Ciência do Direito passa a ser caracterizada pelo dogmatismo operando os conceitos estruturantes com precisão e rigor lógico. Nesse período, o Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerando-se um sistema perfeito que não precisava de qualquer justificação, além da própria existência, assim como todo dogma.<sup>89</sup>

Com o tempo, percebeu-se que o Direito não tem e nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade e que o ideal positivista de objetividade e neutralidade seria impossível de se realizar.

A derrocada do positivismo jurídico ocorreu em meados do século XX e é associada à derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 68.

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria ...*, p. 71.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos ...*, p. 25.

<sup>90</sup> “Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda

Segundo Barroso, o Direito a partir da segunda metade do século XX já não se adequava mais ao positivismo jurídico. Sua “aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.”<sup>91</sup>

Surgem então, novas reflexões sobre o Direito, sua função social e sua interpretação, as quais dão início à teoria pós-positivista.<sup>92</sup>

No pós-positivismo principialista busca-se a superação do conhecimento convencional, sem suplantando o ordenamento positivo, mas nele introduzindo novas ideias. Assim, o constitucionalismo moderno promove a reaproximação entre ética e Direito, com a reintrodução dos valores, dedicando especial atenção a uma teoria dos princípios.<sup>93</sup>

A moderna dogmática jurídica passa a ver o Direito como “estrutura dialógica dos sistemas sociais (...) destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis da comunicação social (...) ‘numa sociedade compreendida em permanente processo de formação.’”<sup>94</sup>

---

Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente de valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação ...*, p. 335/336. Sobre a relação de causalidade entre as atrocidades realizadas pelo nazismo e o cumprimento da lei ver RADBRUCH, Gustav. *O espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-americana*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. xi – xix.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo ...*, p. 335/336.

<sup>92</sup> O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 out. 2010. Ver também BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo ...*, p. 336.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 164.

<sup>94</sup> CALLIESS, Rolf-Peter. *Rechtstheorie als Systemtheorie apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

Essa nova concepção sistêmica também é estendida ao Direito Constitucional onde as fronteiras da Constituição “podem delimitar-se com mais facilidade, compondo a moldura de um sistema aberto à ambiência social, com estruturas funcionais explicáveis mediante processos de interação, informação e comunicação.”<sup>95</sup>

O novo método é, portanto, pluridimensional, “abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo que possa ser conteúdo e pressuposto da norma.”<sup>96</sup> O sistema constitucional já não é somente um sistema da Constituição normativa, mas passa a agregar todos os aspectos que o positivismo excluía (relações e valores), formando um núcleo mais amplo e compreensivo, rico em conteúdo.<sup>97</sup>

Nesse método não se sustenta mais as noções de Constituição em sentido material e formal, ambas parciais, as quais passam a ser substituídas pela ideia de sistema constitucional. Desta feita, exige-se uma nova leitura da Constituição enquanto norma e, também, enquanto sistema possibilitador de diálogos entre a sua realidade jurídica e real.<sup>98</sup>

Canaris pondera que os valores que passam a ser agregados ao sistema jurídico podem ser entendidos como os princípios, uma vez que estes possuem um grau maior de concretização.<sup>99</sup>

Com base nesse entendimento, define-se o sistema jurídico constitucional como sendo um sistema normativo aberto de regras e princípios.<sup>100</sup> Canotilho explica esse conceito afirmando que:

---

<sup>95</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>98</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 85/87.

<sup>99</sup> “Segue-se à proposta aqui feita, a tentativa de entender o sistema como ordem de valores. Também isso seria, evidentemente possível; em última análise, cada Ordem Jurídica se baseia em alguns valores superiores, cuja protecção ela serve. Mas ao mesmo tempo boas razões depõem, também, contra ela. Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluída; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior que o do valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica.*” (sic). CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 86.

<sup>100</sup> Regras são proposições aplicáveis, como dizia Dworkin, sob a forma do tudo ou nada, ou seja, se os fatos previstos na regra ocorrerem, ela deve incidir produzindo seus efeitos. Por sua vez, os princípios contêm uma maior carga de valores que indicam a direção a se seguir. Para se aprofundar

é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.<sup>101</sup>

Nesse modelo, as normas passam a ser vistas como uma categoria geral a que pertencem duas espécies, as regras e os princípios, onde esses superam a ideia de que possuem dimensão puramente axiológica e conquistam o *status* de norma jurídica, possuindo função integrativa que permite a *oxigenação do sistema* ou lhe possibilita *respirar, legitimar, enraizar e caminhar*.<sup>102</sup>

Segundo Canotilho, o sistema jurídico carece das regras jurídicas e necessita dos princípios, onde esses exercem uma função normogénica e uma função sistémica, pois “são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.” [sic]<sup>103</sup>

Em razão desse novo modelo, a Constituição passa a desfrutar não apenas de uma supremacia formal que sempre teve, mas também, de uma supremacia material e axiológica.<sup>104</sup>

Em decorrência disso, surge o fenómeno conhecido como constitucionalização do Direito que desloca o Código Civil do centro do sistema jurídico, onde por décadas permaneceu, dando lugar à Constituição que passa a irradiar seus valores, seus princípios e suas regras para todo o sistema.

---

no tema, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

<sup>101</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 6. reimp. Almedina: Coimbra, 2003, p. 1159.

<sup>102</sup> “A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentos adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.” *Ibidem*, p. 1163.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 07 jul. 2010.

Assim, a Constituição toma seu lugar no centro do sistema e é rodeada pelos demais ramos do Direito, todos interligados entre si. Em relação à hierarquia normativa, a Carta Magna irradia a luz que dá validade a todas as normas infraconstitucionais e acarreta o surgimento de subprincípios específicos para cada ramo jurídico.

Conforme ensina Ferraz Jr., “criam-se (...) cadeias normativas que, dentro do sistema, podem assumir formas hierárquicas, embora as diversas cadeias, entre si, guardem antes, formas circulares de competência entrecruzadas, de mútuas limitações. O sistema, nestes termos, não tem, necessariamente, um ângulo superior, como na pirâmide kelseniana.”<sup>105</sup>

A Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais, ou seja, toda interpretação jurídica passa a ser, direta ou indiretamente, interpretação constitucional.<sup>106</sup>

Ocorrerá a interpretação da Constituição diretamente sempre que uma pretensão for fundada em um dispositivo constitucional, por sua vez, a Constituição será aplicada indiretamente em toda utilização do Direito infraconstitucional.

Segundo Barroso isso ocorre por duas razões. “Ao aplicar uma norma ordinária o intérprete sempre realizará incidentalmente uma operação de controle de constitucionalidade, e em segundo lugar, porque o sentido e o alcance de qualquer norma infraconstitucional deverá ser fixado à luz dos valores e dos princípios constitucionais.”<sup>107</sup>

Assim, a ideia de subsunção do fato à norma passa a ser usada considerando os valores e finalidades que o direito visa proteger e realizando a ponderação entre regras e princípios de interesses opostos.

Infere-se dessa nova concepção sistêmica do Direito que na realização da interpretação constitucional não se aplica mais o método axiomático-dedutivo<sup>108</sup>, vez que não é mais possível sustentar a busca de um sentido único da norma e a neutralidade do exegeta frente a uma interpretação justa.

---

<sup>105</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 148.

<sup>106</sup> Sobre o assunto ver: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem ...*, 1999.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito ...*

<sup>108</sup> O método axiomático-dedutivo busca encontrar o mais efetivo grau possível de objetividade e certeza da norma, como regra pura e abstrata, permite ao intérprete alcançar uma verdade lógica, em bases científicas, apartada de subjetivismos ou condicionamentos valorativos. BONAVIDES, Paulo. *Curso ...*, p. 133.



Esse método é substituído pelo que Bonavides chama de sistema constitucional axiológico-teleológico fundado nos valores-fins das normas constitucionais, no qual se reconhece a possibilidade de vários sentidos da norma e a influência de aspectos subjetivos na formação da decisão judicial.<sup>109</sup>

Em síntese, a Constituição atualmente encontra-se no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal, material e axiológica. Assim, além de ser parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, funciona também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.<sup>110</sup>

## **2.2. Força normativa da Constituição e o novo papel do Supremo Tribunal Federal**

O Direito Constitucional sofreu nas últimas décadas uma enorme transformação que revolucionou o modo de pensá-lo e estudá-lo. Essas mudanças ocorreram na Europa e também no Brasil e foram influenciadas por três aspectos: o histórico, o filosófico e o teórico.

O novo constitucionalismo<sup>111</sup> tem como marco histórico a redemocratização da Europa, logo após a 2ª Guerra Mundial. No Brasil, a mudança começa após a promulgação da Constituição de 1988, que também dá início à consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Como marco filosófico possui a superação do positivismo e o surgimento do pós-positivismo que promoveu o retorno dos valores com o reconhecimento da normatividade dos princípios e a reaproximação entre ética e Direito.

Como marco teórico do constitucionalismo moderno, pode-se destacar três grandes mudanças de paradigma: o reconhecimento da força normativa da

---

<sup>109</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo ...*, p. 13.

<sup>111</sup> Canotilho destaca que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o americano, o francês), sendo preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. Em suas palavras, "o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 51.

Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.<sup>112</sup>

Passa-se a examinar as duas primeiras grandes transformações de paradigma que dizem respeito à força normativa da Constituição e à expansão da jurisdição constitucional.

A Constituição pode ser estudada sob diversas perspectivas, como por exemplo, econômica, política, sociológica, filosófica ou jurídica. Em relação a esse último aspecto, as Constituições já foram entendidas como meros instrumentos de limitação do Estado onde suas disposições eram dirigidas apenas aos Poderes Legislativo e Executivo, não vinculando o Judiciário.<sup>113</sup>

Segundo Canotilho, no fim do século XIX e nas primeiras décadas do século XX atribuíam-se à Constituição “um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direcção política’, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis. (...) as constituições são leis mas não valem nem se aplicam como leis.” [sic].<sup>114</sup>

Os direitos individuais consagrados nas Constituições eram tidos como meras declarações que necessitavam de regulamentação para ter efetividade, pois nesse período, a sociedade era regida pelo direito privado, onde a noção de autonomia da vontade prevalecia. Assim, a Constituição era vista como uma Carta Política e o Código Civil e as demais leis como o documento jurídico que regia as relações da sociedade.

Em razão desse modelo de constitucionalismo,<sup>115</sup> não se atribuía à Constituição força normativa própria e suas normas eram destituídas de aplicabilidade direta e imediata.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito ...*, p. 01.

<sup>113</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

<sup>114</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1150.

<sup>115</sup> Vale lembrar que os dois modelos constitucionais principais são o americano e o francês, sendo que este último preponderou por toda a Europa e também no Brasil. Estes modelos sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas, por isto são modelos distintos, que só vieram a se aproximar na metade do século XX. A Constituição americana teve, desde o primeiro momento, o carácter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. Por sua vez, a Constituição francesa tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era realizada pelo Parlamento e não por juízes ou tribunais. Sobre o tema ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

A mudança de tal concepção teve início a partir da segunda metade do século XX, sofrendo grande influência do pensamento de Konrad Hesse que, contrapondo-se as ideias de Ferdinand Lassalle, defendia a normatividade da Constituição.<sup>117</sup>

Sucintamente passa-se a expor as principais teses de Lassalle sobre a força normativa e a essência da Constituição.<sup>118</sup> Para o advogado alemão, a essência da Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo a Constituição escrita (jurídica) apenas uma “folha de papel” onde esses fatores são documentados.

Na opinião de Lassalle, a Constituição jurídica (“folha de papel”) somente seria vinculante quando correspondesse à Constituição real. Onde não houver tal correspondência aquela sucumbirá a esta, pois o que possui força normativa é a dimensão fática do poder e não a sua codificação.<sup>119</sup>

Hesse, discordando dessa tese, acreditava que as condições fáticas (fatores reais) que regem uma nação estão coordenadas com a Constituição (“folha de papel”) e condicionam-se mutuamente, porém, esta possui significado próprio, de modo que adquire força normativa na medida em que logra realizar sua pretensão de eficácia.<sup>120</sup>

O jurista alemão afirma que a força da Constituição se desenvolverá quanto mais seu conteúdo corresponder à natureza singular do presente, da sociedade atual.<sup>121</sup>

---

<sup>116</sup> Canotilho explica que as expressões normatividade da Constituição ou força normativa da Constituição pretendem dizer que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Afirma que: “A *força da constituição* visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1150.

<sup>117</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Este texto foi originariamente apresentado em 1959 em aula inaugural que Hesse proferiu na Universidade de Freiburg.

<sup>118</sup> As ideias que seguem são retiradas da obra LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Trad. Walter Stönnner, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985. Este texto foi originariamente apresentado em forma de Conferência por Lassalle em 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia.

<sup>119</sup> Segundo Schier, pode-se retirar as seguintes conclusões da obra de Lassalle: a) a essência da Constituição forma-se pelos fatores reais de poder vigentes em uma determinada sociedade; b) a Constituição é tipificada pelo caráter da necessidade, não podendo a Constituição jurídica atuar no sentido de transformar ou se impor frente às condições reais de poder; c) em caso de conflito entre Constituição real e escrita, esta sucumbirá àquela por tratar-se de mera folha de papel, pois os *problemas constitucionais não são problemas jurídicos mas, sim, políticos*. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem ...*, p. 69/70.

<sup>120</sup> HESSE, Konrad. *A força ...*, p. 14-16.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 20.

A partir desse entendimento ganha força o reconhecimento da Constituição enquanto fenômeno jurídico, dotado de normatividade. Atualmente, tem-se como premissa ao estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, atribuindo imperatividade e vinculação às suas disposições.

Destacam-se os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira ao afirmarem que:

A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem económica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como *mensagem* ou *utopia*, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Consequentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos *direitos, liberdades e garantias*, como dos direitos económicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita ao estatuto dos órgãos de soberania, como quando trata da organização económica ou das relações sociais em geral. (sic)<sup>122</sup>

No Brasil, foi após a promulgação da Constituição de 1988 e de toda a produção doutrinária e jurisprudencial desse período, que fortaleceu a concepção da normatividade da Constituição.

Não há dúvidas que hoje, tanto na Europa como no Brasil, encontra-se superada a ideia de Constituição como catálogo de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples diretivas para o legislador, sendo dominante o entendimento de que as normas constitucionais possuem o atributo da normatividade e imperatividade.

O fortalecimento da concepção de que a Constituição possui força normativa não implica o reconhecimento de que todas as normas constitucionais possuem a mesma intensidade normativa, haja vista que não possuem a mesma natureza, estrutura e finalidade, em razão da “textura aberta”<sup>123</sup> que caracteriza a Constituição e suas normas.

Sem aprofundar o assunto, por não ser o mote deste trabalho, destaca-se que no Direito Brasileiro a principal classificação sobre a aplicabilidade das normas

---

<sup>122</sup> MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43.

<sup>123</sup> CANOTILHO diferencia a *abertura das normas constitucionais* da *abertura da Constituição* ponderando que ambas não se confundem. Aquela pode ser considerada a abertura vertical, que significa o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação legislativa concretizadora. Já a *abertura da Constituição* ou abertura horizontal representa a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1181.

constitucionais foi a apresentada por José Afonso da Silva<sup>124</sup> assim enunciada: a) as normas constitucionais podem ser de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Por possuírem normatividade suficiente independem de norma integrativa infraconstitucional e estão aptas a produzir seus efeitos; b) eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição. Podem produzir seus efeitos, mas são passíveis de ter sua abrangência reduzida; c) as de eficácia limitada ou reduzida que dependem de integração constitucional, mas não significa que não tenham nenhuma eficácia, podendo produzir uma série de efeitos como revogar as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis e constituir parâmetro para o controle de constitucionalidade.<sup>125</sup>

Dois importantes aspectos do constitucionalismo moderno são decorrência do reconhecimento da força normativa da Constituição, quais sejam, a constitucionalização do Direito e a maior atuação do Judiciário.

---

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. O Supremo Tribunal Federal adota esse critério classificatório, conforme se vê no Mandado de Injunção nº 438. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2010. Para se aprofundar no assunto ver: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2001; DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006. Disponível em: <[http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2010.

<sup>125</sup> Destaca-se que desde a publicação da primeira edição da obra de José Afonso da Silva, em 1968, sobre a aplicabilidade das normas constitucionais sua classificação foi objeto de algumas críticas, como por exemplo, de Maria Helena Diniz, Celso Bastos, Carlos Ayres Britto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Virgílio Afonso da Silva. Este último afirma que é possível pelo menos três ordens de questionamentos: a) Em relação à terminologia das normas constitucionais de eficácia contida. O autor sustenta que seria mais adequado utilizar o termo contível ou restringível, pois apenas há possibilidade dessa ocorrência e não uma certeza; b) Sobre a classificação, sendo possível, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma classificação dúplice e não tríplice, havendo apenas as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada, haja vista que entre as normas de eficácia contida e as de eficácia plena não haveria diferença, sendo ambas de aplicabilidade imediata. Para Virgílio Afonso da Silva essa distinção apenas significa um rearranjo das espécies sem, contudo, rejeitar a categoria das normas de eficácia contida; c) Sobre a própria existência das normas constitucionais de eficácia contida, uma vez que todas as normas podem ser restringidas pela legislação ordinária. Sobre o assunto: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215-228. Para Clève as normas denominadas por José Afonso da Silva de normas de eficácia limitada são as normas definidas como não auto-executáveis e programáticas. “A norma não auto-executável, inexecutável por si mesma ou ao auto-aplicável é aquela que demanda complementação normativa. A programática, além da integração normativa, reclama também atuação material dos poderes públicos (v.g. construção de uma escola). CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização ...*, p. 320.

Como já exposto, segundo a constitucionalização do Direito, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.<sup>126</sup>

Esse fenômeno é também conhecido como filtragem constitucional, segundo a qual, toda a ordem jurídica, tanto sob a perspectiva material como formal, bem como seus procedimentos e valores, devem passar sempre, e necessariamente, pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.<sup>127</sup>

Além disso, a normatividade da Constituição acarreta uma maior atuação do Judiciário, pois, além de resultar na aplicabilidade direta e imediata da Constituição pelo juiz, possibilita que mecanismos próprios de coação sejam utilizados nos casos de inobservância de suas normas, contra o arbítrio ou omissão do Legislador.<sup>128</sup>

O reconhecimento da normatividade da Constituição pela doutrina e jurisprudência fortaleceu a consolidação do constitucionalismo moderno. Outro fator que auxiliou a solidificar o constitucionalismo foi a expansão da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional é entendida, de forma ampla, como a aplicação direta da Constituição a determinadas questões, a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a interpretação das normas à luz da Constituição.

O início da expansão da jurisdição constitucional teve como ponto de partida o fim da 2ª Guerra Mundial e, em âmbito nacional, a Constituição de 1988.

O modelo que até a metade do século XX prevalecia na Europa era o da centralidade da lei e da supremacia do Parlamento que era o órgão responsável por interpretar a Constituição. No pós 2ª Guerra Mundial, na maior parte dos Estados Europeus este modelo sucumbiu dando lugar ao adotado nos Estados Unidos,<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo ...*, p. 09.

<sup>127</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem ...*, p. 104.

<sup>128</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização ...*, p. 18

<sup>129</sup> Os Estados Unidos é considerado o berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade. A Constituição americana datada de 1787 sempre teve o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. O marco do controle de constitucionalidade americano é o caso *Marbury vs. Madison*, no qual, em 1803, foi declarada a supremacia da Constituição.

que é o da centralidade da Constituição e supremacia do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade.<sup>130</sup>

O Brasil sempre exerceu amplamente a jurisdição constitucional por meio dos órgãos judiciais (juízes e Tribunais Superiores), salvo em duas exceções, durante a vigência da Constituição de 1824 e de 1937.

A Carta Constitucional de 1824 não estabeleceu qualquer sistema de controle e, por influência do direito francês e inglês, consagrou a soberania do Parlamento com a previsão do Poder Moderador.

Conforme ensina Clève “(...) o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário”.<sup>131</sup>

A partir da Constituição de 1891, passou a vigorar o modelo americano de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos judiciais. Esse modelo, é também conhecido por controle difuso de constitucionalidade, repressivo ou posterior, que ocorre pela via de exceção ou defesa, no qual o pedido de declaração de inconstitucionalidade ocorre de modo incidental ou prejudicialmente ao mérito.

A Carta Constitucional de 1937, inspirada na Constituição ditatorial polonesa de 1935, trouxe um retrocesso em termos de jurisdição constitucional. Manteve o sistema difuso de constitucionalidade, porém, estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que determinassem a inconstitucionalidade de certa lei, pois, de modo discricionário, poderia submetê-la ao reexame do Parlamento e este poderia, por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornar sem efeito a decisão do Tribunal.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Segundo Barroso, todos os países europeus democráticos, um a um, praticamente, com algumas exceções como o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, passaram a adotar Tribunais Constitucionais e a permitir o controle de constitucionalidade das leis, lembrando que este modelo na Europa é processualmente diferente do modelo adotado nos Estados Unidos, mas o conceito de que a última palavra na interpretação da Constituição é dada pelo Poder Judiciário foi o que prevaleceu. BARROSO, Luís Roberto. *O novo ...*, p. 04.

<sup>131</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização ...*, p. 64.

<sup>132</sup> Artigo 96 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a

Em 1946 restaurou-se o sistema de controle de constitucionalidade e, por meio da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, foi criado o controle principal e concentrado, com a modalidade de ação direta de inconstitucionalidade de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Com a promulgação da Constituição de 1988 ocorreu a expansão da jurisdição constitucional ampliando-se o controle de constitucionalidade com a criação de ações diretas (ação declaratória de constitucionalidade<sup>133</sup> e a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>134</sup>), além de haver a expansão do rol dos legitimados para a propositura da ação.<sup>135</sup>

A ampliação dos legitimados possibilita que diversos setores da sociedade e autoridades públicas busquem a preservação da Constituição por meio do acesso direto à Suprema Corte.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade por diversos meios, em ações de sua competência originária via ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a); por via de recurso ordinário (CF, art. 102, II); por meio de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) que possibilita que a Corte Suprema controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores; via ação direta de inconstitucionalidade por omissão,<sup>136</sup> com a conseqüente convocação à atuação do legislador (CF, art. 103, §2º) e; por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).<sup>137</sup>

---

confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

<sup>133</sup> Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Ver também Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

<sup>134</sup> Ver Lei nº 9.882, de 3.12.1999.

<sup>135</sup> Até a Constituição de 1988, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República, após sua promulgação e com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 esse rol foi ampliado tendo legitimidade também o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme disposto no artigo 103 da Carta Magna Federal.

<sup>136</sup> Ver Lei nº 9.868/99 e a as alterações introduzidas pela Lei nº 12.063/09, de 28.10.2009.

<sup>137</sup> Sobre o tema ver: BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização ...; 2000*; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.



Destaca-se também, que a nova jurisdição constitucional possibilita uma maior abertura no processo de interpretação constitucional, no sentido que lhe empresta Häberle,<sup>138</sup> pois admite expressamente a manifestação de outros órgãos ou entidades, além das partes formais no processo de controle abstrato, de acordo com sua representatividade e relevância da matéria, bem como, possibilita aos julgadores que se socorram de conhecimentos técnicos de peritos e de pessoas com experiência em determinado assunto, para formar seu convencimento.<sup>139</sup>

Outro aspecto importante em relação à jurisdição constitucional foi a ampliação do elenco das ações constitucionais. A Constituição de 1988 incluiu em seu rol o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*.

O mandado de injunção exerce papel relevante na expansão da jurisdição constitucional e na nova atuação do Supremo Tribunal Federal. Ramos ressalta que o princípio da força normativa da Constituição “se encarnou” no instituto do mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia limitada.<sup>140</sup>

Em relação à utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não há maiores dificuldades, já que, do acolhimento do pedido, resulta a mera cientificação do Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Já o Mandado de Injunção sempre suscitou, na doutrina e jurisprudência, intensa discussão a respeito de seus efeitos, quando procedente a ação.

Segundo o artigo 5º, LXXI da Constituição Federal será concedido mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Referida ação constitucional é utilizada para afastar a inefetividade das normas constitucionais, tendo sido concebido como um instrumento de controle concreto de constitucionalidade da omissão voltado à tutela de direitos subjetivos.

---

<sup>138</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>139</sup> Lei nº 9.868/99, Artigo 29, §3º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

<sup>140</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 196.

Sua diferença com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é que, essa, é utilizada para o controle abstrato de constitucionalidade da omissão.

Conforme destaca Cunha, “o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição.”<sup>141</sup>

O ponto que merece destaque para este trabalho diz respeito aos efeitos da decisão que concede o mandado de injunção, ressaltando-se as três principais correntes sobre o assunto.<sup>142</sup>

A corrente conhecida como não concretista entende que a decisão em mandado de injunção seria meramente declaratória, devendo apenas reconhecer a omissão e dar ciência ao órgão responsável para as providências cabíveis. Esse posicionamento, por muito tempo, foi o adotado pela Suprema Corte,<sup>143</sup> porém, tem sido considerada ineficaz por impedir ao impetrante o exercício de seu direito, ante a ausência de norma reguladora.

A tese concretista geral entende que o Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, deve suprir a omissão, elaborando a norma regulamentadora faltante. Essa decisão judicial teria caráter constitutivo dotada de validade *erga omnes*.

Por fim, a corrente concretista individual acredita que o Judiciário deve tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que esteja impedido de ser realizado em razão da omissão constitucional.

Da análise das decisões da Suprema Corte verifica-se a mudança de posicionamento ao longo dos anos. Como dito, por muitos anos vigorou o entendimento da corrente não concretista, posteriormente passou-se a entender que o Legislativo deveria ser comunicado para suprir a omissão dentro do prazo fixado

---

<sup>141</sup> CUNHA JÚNIOR., Dirlei. *Controle das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553.

<sup>142</sup> Para se aprofundar sobre o assunto ver CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso ... 2008*; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, 2010, p. 196 e ss; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>143</sup> MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 21.11.1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

pela decisão judicial. Decorrido esse prazo, sem a atuação do Parlamento, o autor do mandado de injunção passaria a ter o direito pleiteado.<sup>144</sup>

Já em outro caso examinado (Mandado de Injunção nº 721-DF) o Supremo Tribunal Federal destacou que o mandado de injunção tem caráter mandamental e não meramente declaratório, asseverando que caberia ao Judiciário, por força do art. 5º, LXXI e seu parágrafo 1º, da Constituição Federal, não apenas emitir certidão de omissão do Poder Legislativo incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.<sup>145</sup>

Recentemente, em importante decisão proferida nos Mandados de Injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA<sup>146</sup>, os Ministros do Supremo Tribunal Federal consagraram a teoria concretista geral, declarando a omissão do Legislativo e, por maioria de votos, determinaram a aplicação aos servidores públicos da lei de greve vigente no setor privado. Essa decisão foi estendida a todo o funcionalismo público, não somente aos impetrantes.

Verifica-se das decisões citadas que, frente a inércia desarrazoada do legislador, o Supremo Tribunal Federal tem atuado diretamente para o fim de concretizar direitos fundamentais e dar efetividade às normas constitucionais.

Conclui-se que diante da constitucionalização do Direito, que eleva a norma constitucional ao *status* de norma jurídica dotada de eficácia e imperatividade, o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.<sup>147</sup>

Segundo Mendes, um dos grandes desafios da atual jurisdição constitucional é conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia, pois não há Estado de Direito, nem democracia, sem a efetiva proteção dos direitos fundamentais.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> MI nº 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 02.08.1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

<sup>145</sup> MI nº 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 30.08.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

<sup>146</sup> MI nº 670-ES, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julg. em 25.10.2007; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2010; MI nº 708-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 25.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> e MI nº 712-PA, Rel. Min. Eros Grau, julg. em 25 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de ...*, p. 223.

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em:

Em outras palavras, o papel da Corte Constitucional é assegurar que constitucionalismo (limitação do poder e direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria) convivam em harmonia, cabendo-lhe, ainda, a difícil atribuição de “estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria.”<sup>149</sup>

Destaca-se, por fim, que a importância da jurisdição constitucional como instituição política, na opinião de Binbenbojm, é a de levar os problemas mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade para que sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não, definitivamente, resolvidos na arena das disputas do poder.<sup>150</sup>

### 2.3. Os princípios de interpretação constitucional

Como se observou no tópico anterior três mudanças foram essenciais para revolucionar a prática do Direito Constitucional: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica decorrente da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas e compartilham de seus atributos.

A hermenêutica jurídica possui como objetivo a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. Por sua vez, a interpretação é a atividade de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma,<sup>151</sup> tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.<sup>152</sup>

Toda norma é passível de interpretação, inclusive as dispostas na Constituição, em razão destas possuírem um maior grau de abstração e, por consequência, menor densidade jurídica.

---

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2010, p. 07.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo ...*, p. 18.

<sup>150</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>151</sup> Para o objetivo deste trabalho, utiliza-se a noção de norma como o conjunto formado por regras e princípios.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 107.

Via de regra, não há distinção entre a interpretação das normas constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico, entretanto, a interpretação das normas constitucionais se diferencia em alguns pontos da metodologia empregada para a fixação do sentido das outras normas jurídicas em razão de quatro peculiaridades: superioridade hierárquica, natureza da linguagem (maior grau de abstração e menor densidade jurídica), conteúdo específico e caráter político.<sup>153</sup>

Para Canotilho, interpretar a norma constitucional “consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição [sic] com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.”<sup>154</sup>

A Constituição, em razão de sua natureza, contém predominantemente normas com grande caráter de abstração e por isso, muitas vezes, exige que o intérprete tire conclusões que estão além das expressões contidas no texto. Quando isso ocorre, verifica-se que o intérprete realiza a concretização da Constituição.

Concretizar a Constituição se traduz no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Noutra passo, densificar significa preencher, complementar o espaço normativo de uma norma constitucional.<sup>155</sup>

Segundo Canotilho “as tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.”<sup>156</sup>

Conclui o professor lusitano que a concretização não é igual à interpretação do texto da norma,<sup>157</sup> mas sim, “a construção de uma norma jurídica.”<sup>158</sup>

Em síntese, a interpretação constitucional é limitada ao exame da norma, já a construção de uma norma vai além e pode se utilizar de elementos extrínsecos para concretizar a norma constitucional.

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>154</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1200.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 1201.

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> O texto da norma não se confunde com a norma. Aquele é o sinal linguístico e esta (a norma) é o que se revela ou designa. Ibidem, p. 1218.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 1201.

Consoante já dito, o objeto da interpretação constitucional é a atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos contidos na Constituição. Como a Constituição não costuma trazer regras sobre sua própria interpretação ou para o direito derivado e, por serem poucas as positivadas em texto legal<sup>159</sup> que se referem sobre o assunto, coube a doutrina indicar quais os métodos e princípios devem ser utilizados pelo exegeta na interpretação de uma lei.

Vale lembrar que a atividade do intérprete não é mecânica, pois compete a ele “dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real”,<sup>160</sup> realizando a interação entre fato e norma, com escolhas fundamentadas, dentro dos limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando a solução mais justa para o caso concreto.<sup>161</sup>

Inúmeros são os métodos de interpretação,<sup>162</sup> porém, será dada ênfase apenas aos princípios de interpretação constitucional que foram desenvolvidos com base em uma postura metódica hermenêutico-concretizante.<sup>163</sup>

Para Barroso, os princípios específicos de interpretação constitucional são “metanormas, dirigidas ao intérprete e destinadas a ordenar a atividade

---

<sup>159</sup> Verifica-se que a Lei de Introdução ao Código Civil traz dois artigos sobre o tema: Artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” E o artigo 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Além destas normas, há algumas esparsas, como por exemplo, o artigo 126 do Código de Processo Civil que dispõe que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O começo ...*, p. 341.

<sup>161</sup> Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais à interpretação das normas, a normatividade dos princípios, a ponderação e a teoria da argumentação. *Ibidem*, p. 376.

<sup>162</sup> Para se aprofundar sobre o tema ver BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação ...*, 2009; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997; BONAVIDES, Paulo. *Curso ...*, 2009; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997; DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995; HIGINO NETO, Vicente. *Hermenêutica Jurídica Cosmopolita*. Curitiba: Juruá, 2008; MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica ...*, 2008; MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>163</sup> Este método tem como postulados: pré-compreensão do texto e mediação entre o texto e a situação concreta (contexto). A interpretação da Constituição se dá por meio de uma compreensão de sentido, desempenhando o intérprete um papel criador e efetuando uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. A interpretação se transforma em um movimento de ir e vir (círculo hermenêutico) assentada no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1212.

interpretativa. São premissas metodológicas, conceituais ou finalísticas que orientam a aplicação da Constituição e o contraste entre normas infraconstitucionais e constitucionais.”<sup>164</sup>

O catálogo dos princípios de interpretação constitucional foi elaborado em razão da necessidade sentida pela doutrina e jurisprudência de encontrar princípios tópicos auxiliares na tarefa de interpretação.<sup>165</sup>

Passa-se a examinar os mais importantes princípios da interpretação constitucional elencados pela doutrina majoritária.<sup>166</sup>

O primeiro princípio a ser examinado é o *princípio da supremacia da Constituição*. Por este princípio nenhuma norma, ato jurídico ou manifestação de vontade pode subsistir se for incompatível com a Constituição, em razão de sua superioridade jurídica sobre os demais atos normativos.

O princípio da supremacia da Constituição decorre da ideia de que o poder constituinte, originário ou derivado, tem superioridade sobre as instituições jurídicas vigentes. Assim, o intérprete da Constituição não deve buscar diretrizes ou parâmetros na legislação infraconstitucional, mas sim, na própria Lei Fundamental.

Tal princípio não tem um conteúdo próprio, apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.

Quando houver a inobservância das normas infraconstitucionais com a Constituição, aquelas poderão ser declaradas inválidas por meio do exercício do controle de constitucionalidade.

Na opinião de Barroso, o princípio da supremacia da Constituição, do ponto de vista lógico e cronológico, deve ser o primeiro princípio a ser considerado no processo de interpretação constitucional.<sup>167</sup>

Oportuno ressaltar, que esse princípio enfrenta, na atualidade, as complexidades do direito comunitário e das relações entre tratados de direitos humanos e ordem interna.

---

<sup>164</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 165.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1223.

<sup>166</sup> Os princípios analisados são uma síntese dos apresentados pela doutrina. Ver: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 178 e ss.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1223 e ss.; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 178.

Na doutrina já surgem impugnações a seu caráter absoluto que, segundo Barroso, está sendo atenuado por noções como “policentrismo”, “interpenetração dos sistemas” e “rede”, em substituição ao modelo rigidamente hierárquico, classicamente simbolizado pela pirâmide de Kelsen.<sup>168</sup>

Por meio do *princípio da unidade da Constituição* as normas deverão ser examinadas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios, onde a Constituição deve ser sempre interpretada como um todo, afastando assim antinomias.

Segundo Hesse, esse princípio repele a análise de uma norma da Constituição isoladamente de seu contexto geral evitando, assim, contradições com outras normas constitucionais.<sup>169</sup>

O papel desse princípio é o de reconhecer as limitações e tensões que existam entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas, cabendo ao intérprete o papel de harmonizar ou otimizar as normas, de modo a equilibrá-las, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.<sup>170</sup>

Bastos complementa essa ideia afirmando que em razão de a Constituição ser una, todas as normas encontram-se em igualdade de condições, não podendo uma se sobrepor a outra. Dessa feita, “as duas normas vigem por inteiro, apenas que em situações diversas (nunca para a mesma situação). Assim, cada uma vige em seu campo próprio, do que resulta a aplicação de ambas.”<sup>171</sup>

Segundo Barroso, este princípio é muito utilizado pela doutrina e jurisprudências alemãs. O Tribunal Constitucional Federal alemão lhe atribui relevância e primazia ao afirmar que: “O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.”<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> Idibem, p. 138. Sobre o assunto ver: CONI, Luis Claudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006; RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

<sup>169</sup> HESSE, Konrad. *Escritos* ..., p. 45.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação* ..., p. 206.

<sup>171</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>172</sup> BVerfGE, 19, 206 (220). V. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, cit., p. 292 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação* ..., p. 203.



Destaca-se também o *princípio da concordância prática ou harmonização* que está diretamente correlacionado com o princípio anterior e busca evitar o sacrifício total de um princípio ou norma em relação a outro que esteja em conflito.

Seu fundamento decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios, isso porque, segundo a ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionais deverão coexistir de forma harmônica no caso de um eventual conflito entre eles.

Examinando o assunto, Coelho afirma “que o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.”<sup>173</sup>

Conforme ensina Tavares, como derivação desse princípio tem-se o princípio da convivência dos direitos constitucionais. “Nenhum direito, nenhuma garantia, nenhuma liberdade poderá ser tomada como absoluta. Todas sofrem restrição nas outras garantias, nos outros direitos, igualmente declarados e assegurados.”<sup>174</sup> Assim o é, em razão da necessidade de harmonização e convivência entre os bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Já o *princípio da justeza ou da conformidade funcional* determina que ao se interpretar a Constituição não deve ser alterada a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo Constituinte originário.

Segundo esse princípio, a Constituição delimita as funções estatais através dos órgãos. Assim, o órgão (ou órgãos) encarregado de interpretar as leis constitucionais deve permanecer dentro dos limites funcionais que a própria Constituição lhe impôs.<sup>175</sup>

Canotilho adverte que o intérprete final da Constituição não pode chegar a um resultado que modifique o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, p. 131.

<sup>174</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

<sup>175</sup> HESSE, Konrad. *Escritos ...*, p. 47.

<sup>176</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1224.

O professor português ressalta que esse princípio atualmente tem sido mais considerado como um princípio autônomo de competência do que um princípio de interpretação constitucional.

Além dos princípios já citados, há também o *princípio do efeito integrador* que muitas vezes é confundido com o da unidade da Constituição.

Para Hesse, esse princípio tem como premissa o fato de que a Constituição se propõe à criação e manutenção da unidade política, razão pela qual se dará preferência às soluções que promovam e mantenham essa unidade.<sup>177</sup>

O princípio do efeito integrador significa, nas palavras de Canotilho, que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”<sup>178</sup>

Pelo *princípio da força normativa* o aplicador do Direito deve buscar a solução do problema dando prevalência à situação que contribua para dar maior efetividade às normas constitucionais.<sup>179</sup>

Destaca Coelho que este princípio não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, pois toda norma jurídica, e não apenas as constitucionais, precisam ter um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação.<sup>180</sup>

O *princípio da máxima efetividade* deve ser entendido no sentido de que a norma constitucional deve ter a mais ampla efetividade social. É também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva.

Vale lembrar que efetividade, como pondera Reale, diz respeito à aplicação ou execução de uma norma jurídica, ao reconhecimento e cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ou os efeitos que uma regra suscita através de seu cumprimento.<sup>181</sup>

Assim, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição devendo dar preferência à interpretação que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, sempre que possível, soluções que se refugiem no

---

<sup>177</sup> HESSE, Konrad. *Escritos ...*, p. 47.

<sup>178</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Direito ...*, p. 1224.

<sup>179</sup> HESSE, Konrad. *Escritos ...*, p. 48.

<sup>180</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação ...*, p. 136.

<sup>181</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, p. 104.

argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.<sup>182</sup>

Referido princípio é muito utilizado em relação aos direitos fundamentais e no caso de um conflito entre estes. Quando de sua aplicação, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Outro princípio importante é o da *interpretação conforme a Constituição* que prevê que diante de normas polissêmicas<sup>183</sup> o exegeta deve buscar aplicar a interpretação que mais se aproxime da Constituição. Neste sentido, deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição, dando prevalência a Carta Magna.

O intérprete também deve observar a conservação da norma, ou seja, sempre que uma norma puder ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve aplicá-la para evitar a sua descontinuidade.

Além disso, ao realizar a interpretação conforme a Constituição deve ser observada a melhor hipótese que não contrarie o texto literal e o sentido da norma interpretada.

Segundo Canotilho só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir espaço de interpretação, ou seja, somente se admite a utilização desse princípio se houver um espaço de decisão onde são admissíveis várias possibilidades interpretativas e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela conforme a Lei Fundamental.<sup>184</sup>

Se o magistrado, ao realizar a exegese de uma norma, deparar-se com um resultado contrário à Constituição, deverá declarar a inconstitucionalidade da lei.

Por fim, o intérprete não pode atuar como legislador positivo. Significa dizer que não se pode aceitar a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, cria-se uma regra nova e diferente daquela buscada pelo legislador.

A exegese deve ser realizada aplicando-se o princípio da interpretação conforme a Constituição, porém, sem contradizer os objetivos buscados pelo próprio legislador constituinte. Dessa feita, o texto legal permanece inalterado, porém sua aplicação ficará restrita ao sentido determinado pelo órgão jurisdicional.

---

<sup>182</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 375/376.

<sup>183</sup> Normas polissêmicas ou plurissignificativas são as normas que possuem mais de uma interpretação. Exemplo, as que se referem a Estado, povo, casa.

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito ...*, p. 1226.

Barroso alerta que “o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo desempenhando função legislativa positiva.”<sup>185</sup>

Repise-se que segundo esse princípio, a Constituição não pode ser interpretada a partir de leis em geral. Conforme analisa Tavares, não se pode utilizar conceitos legais para exprimir conceitos constitucionais.<sup>186</sup>

No entanto, essa proibição não deve ser confundida com a possibilidade de que a lei integre a norma constitucional. Nesse caso, é na própria Constituição que se encontra o fundamento para que a lei possa complementar a Carta Magna.

Outro princípio importante na interpretação das normas constitucionais é o *princípio da proporcionalidade ou razoabilidade*<sup>187</sup> que teve origem e se desenvolveu no direito anglo-saxão, com base na garantia do devido processo legal. Por meio desse fundamento, abriu-se um amplo espaço para o exame do mérito dos atos do Poder Público, redefinindo-se a noção de discricionariedade.<sup>188</sup>

Assim, a razoabilidade traduz uma ideia de justiça e é de extrema relevância quando há colisão entre valores constitucionalizados.

Destaca Barroso que “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não é arbitrário ou caprichoso; o que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”<sup>189</sup>

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade possui três elementos que devem ser examinados quando de sua aplicação: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação entende-se que as medidas devem ser aptas a atingir a finalidade pretendida; em relação à necessidade, impõe-se a constatação de inexistência de um meio menos gravoso para alcançar os objetivos visados e; por

---

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 198.

<sup>186</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso ...*, p. 88.

<sup>187</sup> Registra-se que tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira costumam se referir ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos.

<sup>188</sup> Sobre o assunto ver: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação ...*, p. 224.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 231.

proporcionalidade em sentido estrito, tem-se como a ponderação entre o sacrifício pretendido e o benefício alcançado para se verificar se é justificável tal interferência.

A norma terá observado o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade se houver conexão entre os motivos de sua criação, sua finalidade e os meios empregados. Em outras palavras, a razoabilidade, ou como denomina Barroso, razoabilidade interna da norma, é a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos (motivos, meios e fins).<sup>190</sup>

Havendo a razoabilidade interna é necessário averiguar se a norma possui razoabilidade externa que é a adequação aos motivos, meios e fins admitidos e determinados pela Constituição. Portanto, se a lei contrariar valores expressos ou implícitos na Lei Fundamental, não será razoável à luz da Constituição.<sup>191</sup>

Dessa feita, a restrição de direitos com aplicação de uma norma em detrimento da outra somente se legitima se for indispensável e se não puder ser substituída por outra norma menos gravosa. Além disso, o meio escolhido deve ser adequado para atingir o objetivo pretendido.

Por fim, destaca-se mais um princípio interpretativo constitucional, o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*.<sup>192</sup>

Segundo Barroso os três Poderes do Estado podem realizar a interpretação de leis e atos do poder público, embora o Poder Judiciário tenha primazia sobre tal atribuição.

Na prática, esse princípio se divide em duas regras de observância necessária ao exegeta. A primeira diz respeito à impossibilidade de o órgão competente declarar inconstitucional uma lei quando não for evidente sua

---

<sup>190</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>191</sup> Barroso exemplifica a questão. “Se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida.” Neste caso, há razoabilidade interna. Em relação à ausência de razoabilidade externa, Barroso elucida o assunto com o seguinte exemplo: “se diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim).” Esta norma até poderia ter razoabilidade interna, porém contrariaria princípios constitucionais como o federativo e o da igualdade entre brasileiros, não possuindo, portanto, razoabilidade externa. Ibidem, p. 233.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 178 e ss.

inconstitucionalidade, houver dúvida ou for possível, observando-se a razoabilidade, considerar a norma válida.

Assim, somente se houver absoluta certeza poderá ser decretada a inconstitucionalidade de uma norma, havendo dúvidas, a lei deve ser considerada válida.

A segunda regra formada pelo princípio é em relação à necessidade de o intérprete optar pela interpretação que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, em detrimento de outras que busquem a invalidade da norma. Tal regra é também denominada de interpretação conforme a Constituição, princípio já examinado.

O princípio da presunção da constitucionalidade é considerado um fator de autolimitação da atuação judicial, pois, um ato normativo somente será declarado inconstitucional quando a invalidade for evidente e não for possível resolver a questão com base em outro fundamento.

Veja-se que todos os princípios de interpretação constitucional, visando sanar eventuais conflitos de normas, buscam em última análise, sempre preservar as normas postas, conciliando-as, de maneira que nenhuma seja excluída da ordem jurídica e de modo que prevaleçam as regras estabelecidas na Constituição Federal.

A interpretação da Constituição tem extrema importância em razão da abertura e amplitude das normas constitucionais. Essa importância é aumentada quando se tem uma jurisdição constitucional extensamente ampliada, na qual a interpretação dada pela Corte Suprema pode ter efeito vinculante não só aos cidadãos envolvidos no caso levado a julgamento, mas a toda a população.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 54.

## **CAPÍTULO III – A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ATRIBUIR O CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

### **3.1. Ativismo judicial**

No modelo adotado pelo Estado Brasileiro, o Poder Legislativo é composto por representantes que são escolhidos pelo povo para elaborar, dentre outras funções, leis e fazer emendas à Constituição. Por outro lado, cabe ao Poder Judiciário ao verificar que uma lei é contrária à Constituição Federal invalidá-la através do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade no Brasil é realizado de forma mista, efetivado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do modelo concentrado, quanto pelos demais órgãos jurisdicionais com o exercício do controle difuso.<sup>194</sup>

A atuação do Poder Judiciário é ampla, pois, além de solucionar os litígios, deve realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e, quando for o caso, suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico.<sup>195</sup>

Frente a essas situações, como deve o Poder Judiciário atuar? Quais seriam os limites da discricionariedade judicial quando interpreta uma norma ou resolve antinomias e supre lacunas?

A função da moderna interpretação constitucional envolve, além de escolhas pelo intérprete, a integração de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados.

No entanto, tal atividade deve ser exercida com cautela para que o Judiciário não interfira na atividade legiferante afeta ao Legislativo ou nas questões de competência do Executivo, não devendo confundir a adequada e necessária

---

<sup>194</sup> A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 102, I “a” que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Por sua vez, o artigo 97 possibilita o controle difuso também aos Tribunais estabelecendo que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>195</sup> Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos pelos juízes e Tribunais.<sup>196</sup>

O desempenho da função jurisdicional na realização do controle de constitucionalidade e na omissão legislativa é assunto que costuma ser relacionado com a temática do ativismo judicial, principalmente, em razão de as decisões judiciais, quando prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, não serem passíveis de revisão por outros órgãos jurisdicionais.<sup>197</sup>

Os termos “ativismo” e “ativista” são associados a uma suposta exacerbação das funções próprias dos juízes. A expressão ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos e empregada, sobretudo, para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969.

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda em relação às inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, revolução esta que foi conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.<sup>198</sup>

Por ativismo judicial entende-se “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”<sup>199</sup>

Ativismo judicial é uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar as normas. Conforme destaca Barroso, “normalmente ele [ativismo

---

<sup>196</sup> Segundo Streck: “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição.” STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 2. ed., rev. e ampl. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 141.

<sup>197</sup> Conforme destaca Ramos, certas decisões fazem crescer a desconfiança em relação a possíveis abusos de poder justamente por estarem as Cortes Constitucionais situadas no cume do aparato judicial. O autor utiliza a expressão Corte Constitucional no sentido amplo, cuja ideia é de protetor da supremacia constitucional, não se caracterizando pela exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 23/24.

<sup>198</sup> A revolução nas práticas políticas americanas iniciou a partir da decisão unânime do caso *Brown v. Board of Education* no qual a Suprema Corte acabou com a política de segregação racial nas escolas públicas determinando a integração entre crianças brancas e negras. Segundo Barroso, a partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. BARROSO, Luís Roberto. *No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não é bem assim*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

<sup>199</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 129.



judicial] se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.<sup>200</sup>

O ativismo acontece quando o juiz ultrapassa os limites dado pelo texto normativo para garantir o que não está escrito em lugar nenhum, tornando-se esta prática uma disfunção do Poder Judiciário. Nas palavras de Ramos:

(...) interpretar a Constituição de uma maneira criativa é bem diferente de inventar normas. O texto constitucional existe para se ser interpretado. Se for feito de uma maneira evolutiva, dentro da norma, é bastante positivo. Mas, quando o juiz resolve transcender essa norma para sobrevalorizar princípios constitucionais, ele invade a sua competência e desprestigia o Poder Legislativo. Deve-se diferenciar uma interpretação criativa da norma da pura criação do juiz.<sup>201</sup>

Pode-se dizer que a ideia de ativismo judicial está ligada a uma participação maior do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Legislativo e Executivo.

Essa interferência, embora vista também no Poder Executivo, é maior no Legislativo, que pode ter uma lei irregularmente invalidada, como também ter seu espaço de atuação invadido por decisões judiciais.

Oportuno destacar que a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa tanto negativa, como positiva, dependendo do enfoque teórico de quem examina as decisões judiciais.<sup>202</sup>

O ativismo judicial pode ser identificado conforme cinco principais conceituações: I) como sendo aquela prática dedicada a desafiar atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável (*striking down arguably*

---

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010, p. 06.

<sup>201</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial estica limites da Justiça*. Em entrevista concedida a Gláucia Milício. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 16 out. 2009.

<sup>202</sup> Segundo Ramos, “para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea. Para os não interpretativistas, o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas e culturais experimentadas pelos Estados Unidos.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*., p. 133. Para os objetivos deste trabalho, não se toma posição por nenhuma dessas teorias.

*constitutional actions of other branches*); II) a prática envolvendo a estratégia de não aplicação dos precedentes (*ignoring precedent*); III) a imposição de Legislação Judicial na hipótese de omissão do Poder competente (*judicial legislation*); IV) a prática de o julgador afastar-se dos cânones metodológicos de interpretação (*departures from accepted interpretive methodology*) e; V) o julgamento orientado pelos efeitos da decisão (*result-oriented judging*).<sup>203</sup>

Silva relaciona essas cinco conceituações com o direito brasileiro e as sintetiza da seguinte forma:

No primeiro caso a declaração de inconstitucionalidade incidiria sobre normas elaboradas pelos poderes eleitos mesmo aquelas de constitucionalidade defensável. Nesta hipótese, o ativismo judicial seria a medida necessária para o complemento do que fosse imprescindível à concretização da vida digna imposta pela idéia (sic) de Justiça social.

Por sua vez, o traço seguinte versaria sobre a desconsideração da jurisprudência dominante, ou seja, este instrumento permitiria que o juiz ativista-social ousasse pela mutação de posicionamentos edificados durante o modelo positivista formalista.

Em seguida, a imposição de Legislação Judicial seria exigida nas hipóteses de omissão legislativa/normativa pelo Poder competente. Aquelas omissões inconstitucionais poderiam ser plenamente colmatadas pelo Poder Judiciário de matriz social.

Keenan Kmiec também ilustra o ativismo pelo afastamento da metodologia, o que amplia sobremaneira a área discricionária do decisor judicial. Nesta senda, o decisor poderia partir do problema real e encontrar a solução digna aplicável ao caso concreto.

Por fim, o julgamento orientado pelos efeitos da decisão relacionando o ativismo com a visão pragmática da decisão, ao considerar as conseqüências (sic) dos atos judiciais no seio da sociedade.<sup>204</sup>

Na opinião de Ramos, é possível destacar cinco fatores que impulsionaram o ativismo judicial no Brasil. O primeiro elemento destacado pelo autor é o modelo de Estado democrático-social, de perfil intervencionista, o qual tudo provê e em tudo intervém. Nesse modelo, além do Poder Judiciário realizar o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes, deveria também tornar mais célere a consecução dos fins traçados na Constituição e para concretizar seu programa, muitas vezes, os juízes e tribunais relevam, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism" In: *California Law Review*, oct. 2004, p. 1442/1490. Disponível em: <[http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm#Document2zzFN\\_B23](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_B23)>. Acesso em: 05 jun. 2010.

<sup>204</sup> SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. *Ativismo judicial: apenas para a concretização dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=305>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

<sup>205</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, p. 271.

Outro fator importante que ajudou a impulsionar o ativismo judicial brasileiro foi a expansão do controle abstrato de normas. Ramos destaca que esse elemento impulsionou o ativismo judicial em razão da maior proximidade do controle de constitucionalidade com o exercício da função legislativa, pois a decisão judicial que analisa a validade de uma lei é emitida com efeitos *erga omnes* e isso torna menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição.<sup>206</sup>

O terceiro elemento que estimulou o surgimento do ativismo judicial foi o neoconstitucionalismo e sua fragilidade teórica. Ramos assevera que “o neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional.”<sup>207</sup>

Além desses fatores, Ramos destaca que os dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro também auxiliaram no desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil. Isso se vê na ineficiência dos Poderes representativos em adotar providências normativas adequadas à concretização da Constituição.<sup>208</sup>

O último elemento destacado pelo professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo é a atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal, ocorrida por meio do exercício de competências normativas que não decorrem do princípio da Separação dos Poderes. Dessa natureza é a competência para edição de súmulas vinculantes, bem como do novo entendimento adotado em mandados de injunção, após o julgamento das ações constitucionais referentes à mora do Poder Legislativo na regulamentação do direito de greve do servidor público.<sup>209</sup>

Destaca-se que o ativismo judicial pode ocorrer na aplicação de qualquer norma do ordenamento, seja ela constitucional ou não, inclusive pode ocorrer em

---

<sup>206</sup> Ibidem, p. 277.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 279. Cita como exemplo, trecho de um texto de Luís Roberto Barroso considerado um dos mais proeminentes neoconstitucionalistas brasileiros: “Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo ...*, p. 2.

<sup>208</sup> Ramos, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, p. 289.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 293. Sobre o mandado de injunção e os efeitos da procedência da ação ver tópico 2.2.

sede de fiscalização de atos administrativos-normativos, de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.<sup>210</sup>

Tratando-se de normas constitucionais o ativismo se dá de forma singular em razão das peculiaridades (supremacia hierárquica das normas constitucionais e vagueza e ambiguidade da linguagem constitucional) da interpretação e aplicação da Constituição.

Vale lembrar que no âmbito do controle de constitucionalidade, o exercício do ativismo judicial pode acarretar a ocorrência da mutação constitucional que consiste na alteração, pelo órgão judiciário, quando realiza a interpretação do dispositivo constitucional, do seu significado e sentido, não havendo modificação no texto em si, mas na interpretação dada ao texto.<sup>211</sup>

O ativismo judicial ainda pode implicar na deformação do direito infraconstitucional quando ocorrer a indevida declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal.

A fim de evitar uma alteração indevida no direito constitucional (mutação constitucional) ou no direito infraconstitucional, a interpretação e aplicação da Constituição não pode ser realizada por meio de uma discricionária atribuição de efeitos às normas, devendo os órgãos judiciários se ater aos elementos da hermenêutica jurídica.

A doutrina brasileira ainda não possui convergência de opiniões sobre o ativismo judicial, no entanto, muitos são os que o defendem, desde que de forma adequada, como meio de se alcançar a concretização de direitos fundamentais.<sup>212</sup>

Para outros doutrinadores, o ativismo judicial não configura extrapolação por parte de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, “antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque

---

<sup>210</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial.*, p. 140.

<sup>211</sup> Mutação constitucional   o fen meno conhecido como a altera o não da letra ou do texto exposto, mas do seu significado, do sentido e do alcance das disposi es constitucionais. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constitui o: muta es constitucionais e muta es inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 09.

<sup>212</sup> Destaca-se, a título de exemplo, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.”<sup>213</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal tem aceitado o ativismo judicial conforme admitido pelo Ministro Celso de Mello em discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, quando de sua assunção à presidência da Corte,<sup>214</sup> além disso, o exame de sua jurisprudência mais recente também indica a atuação ativista do Supremo Tribunal.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

<sup>214</sup> Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.04.2008, assim se manifestou: “(...) Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.” (com grifos no original). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

<sup>215</sup> Ramos destaca quatro matérias que tiveram grande repercussão e que indicam o avanço do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal: aplicação irrefletida da modulação de efeitos temporais (RE nº 197.917-8/SP); construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604); restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança (ADI nº 1.521-4/RS, MS nº 23.780-5/MA e ADC nº 12-6/DF) e implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada (questão envolvendo o dever do Poder Público de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola, AgReg no RE nº 410-715-5/SP). RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, p. 235/268.

Segundo Häberle, as Repúblicas jovens precisam do ativismo judicial e essa atuação não enfraquece o sistema republicano pelo contrário, o fortalece.<sup>216</sup>

Invocando-se a necessidade de colmatar determinadas lacunas do Legislativo que, por certo, não consegue abarcar todas as situações cotidianas que a sociedade enfrenta, alguns autores tem sustentando ser necessária a existência de um “bom ativismo judicial”.

No entanto, há que se ter cautela para que esse posicionamento não acabe fragilizando a produção democrática do direito, cerne da democracia.<sup>217</sup>

Conforme afirma Streck “o Judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo, uma *questão de princípio*. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem *preferências pessoais* de seus membros ou de uma parcela da sociedade”.<sup>218</sup>

O oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial. Segundo Barroso, a autocontenção é a conduta pela qual o Judiciário tenta reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.<sup>219</sup>

Com base na autocontenção, o Judiciário aguarda a atuação do Legislativo em questões que ainda não foram normatizadas; utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e não interfere em políticas públicas.

Ramos classifica esse fenômeno de passivismo judiciário, o qual ocorre quando o intérprete-aplicador dá primazia absoluta ao texto normativo, reduzindo sua interpretação à mera constatação e aplicação mecânica da norma (positivismo liberal).<sup>220</sup>

Barroso destaca que o “binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou

---

<sup>216</sup> HÄBERLE, Peter. *Cultura e Direito Constitucional*. Entrevista concedida a Raúl Gustavo Ferreyra, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, em 21 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte. In: *Jus Navigandí*, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 15 out. 2009.

<sup>218</sup> Idem.

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização ...*, p. 76.

<sup>220</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial.*, p. 129.

tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.”<sup>221</sup>

O desafio atual dos operadores do Direito é encontrar um equilíbrio entre ativismo e autocontenção ou passivismo judicial, pois decisões excessivamente criativas podem acarretar insegurança jurídica e fragilizar o princípio democrático da separação dos poderes, por outro lado, interpretações atrofiadas do texto normativo podem levar ao engessamento na concretização dos direitos fundamentais.

### **3.2. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para vedar a prisão civil do depositário infiel: ponderação entre princípios e regras, Estado Constitucional Cooperativo e princípio da unidade da Constituição**

O julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP pelo Supremo Tribunal Federal, amplamente examinado no capítulo I, acarretou a mudança de paradigma em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz do disposto na Carta Constitucional Brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Referida decisão, restou assim ementada:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.<sup>222</sup>

A Suprema Corte Brasileira, quando do exame de tal recurso extraordinário, modificou seu entendimento em relação ao nível hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, passando a posicionar-se no sentido de que tais convenções internacionais, quando não forem recepcionadas com o quórum especial previsto no §3º, do artigo 5º da norma constitucional, possuirão natureza de norma supralegal, que os coloca em um nível hierárquico intermediário entre a Constituição Federal e as normas ordinárias.

---

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização ...*, p. 77.

<sup>222</sup> STF, RE nº 466.343-1/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Os Ministros, ao admitirem o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, determinaram a paralisação da eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional com eles conflitante, inclusive com as leis ordinárias editadas posteriormente à internalização do tratado.

Com base nisso, desde a publicação de referida decisão e, diante da adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 7º, item 7) ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, fato este que torna inaplicável o artigo 1.287 do Código Civil de 1916,<sup>223</sup> o Decreto-Lei nº 911/69<sup>224</sup> e o artigo 652 do Novo Código Civil Brasileiro.<sup>225</sup>

Feitas tais considerações, passa-se a examinar os aspectos favoráveis à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ilicitude da prisão civil do depositário infiel.

Um primeiro aspecto que pode ser invocado diz respeito à previsão contida no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Dispõe referido artigo que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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.

Referido parágrafo é conhecido como cláusula de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais,<sup>226</sup> pois aponta para a existência de direitos

---

<sup>223</sup> 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 (artigo 1.273).

<sup>224</sup> Estabelece normas sobre o contrato de alienação fiduciária, autorizando que a ação de busca e apreensão seja convertida em depósito.

<sup>225</sup> 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.

<sup>226</sup> Entende-se por direitos fundamentais “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (...), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91. Registre-se que não se desconhece a problemática da definição



fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, além disso, prevê a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.<sup>227</sup>

Nesse sentido, com base no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, as normas dos tratados internacionais integram a Carta Magna, pois fazem parte do chamado bloco de constitucionalidade, que é entendido como o conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que não sejam materialmente constitucionais, haja vista que não se encontram no texto constitucional. Segundo Lafer, o bloco de constitucionalidade é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.<sup>228</sup>

Sendo assim, embora somente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha havido inovação formal em relação ao *status* jurídico dos tratados internacionais de Direitos Humanos, é de se ver que desde a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, já havia a possibilidade de considerar materialmente constitucionais os tratados internacionais, conforme disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Nesse viés, segundo Maliska, referido dispositivo constitucional “já conferia um *status* jurídico diferenciado aos Tratados de Direitos Humanos.”<sup>229</sup> Isso demonstra que tal parágrafo já elevava os tratados internacionais a um *status* especial.

Assim, para as convenções internacionais ratificadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 e que ainda não foram recepcionadas pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º da Carta Magna, poder-se-ia, invocando o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, incluí-los no bloco de constitucionalidade.

---

terminológica entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, conforme bem examinado por Sarlet. No entanto, para os fins deste trabalho, utilizam-se os termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos como sinônimos, de forma ampla, como sendo os direitos inerentes ao ser humano tanto na seara internacional como nacional. Para se aprofundar sobre o assunto ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia ...*, p. 33-42.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>228</sup> LAFER, Celso. *Op. cit.*, p. 15/18.

<sup>229</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e Cooperação normativa no plano internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008, p. 115.

Vale registrar que a intenção da Suprema Corte foi proteger o princípio da supremacia da Constituição<sup>230</sup> e, criando o *status* supralegal para os tratados internacionais de direitos humanos preservou a supremacia da Carta Constitucional, pois determinou que as convenções internacionais encontram-se, hierarquicamente, em patamar inferior à Carta Magna.

O voto do Ministro Menezes Direito ressalta essa classe especial a que pertence os tratados internacionais, lembrando que tal tese já foi outrora aventada pelo Ministro Orozimbo Nonato em 1951 (AC nº 9.587/DF, 21/08/1951). Em suas palavras:

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

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

Ora, isso quer dizer que os tratados e convenções, nesses casos, estão na ordem legal doméstica, mas produzem efeitos imediatos sobre a legislação doméstica anterior exatamente porque se situam em um plano de incorporação que lhes confere hierarquia especial. Essa hierarquia no plano da legalidade doméstica, isto é, do direito interno, casando assim a idéia central de fortalecimento do plano normativo internacional com a adequação às categorias nacionais de internalização do direito internacional. Na realidade, diria que é um estágio a mais no caminho do aperfeiçoamento da sociedade internacional. (sic) (com grifos no original).<sup>231</sup>

Essa ideia ressaltada pelo Ministro Menezes Direito, em relação ao fortalecimento do plano normativo internacional com a adequação às categorias nacionais de internalização do direito internacional, está diretamente relacionada ao segundo aspecto que se pretende destacar, que diz respeito à cooperação internacional.

O Ministro Gilmar Mendes invoca o conceito de “Estado Constitucional Cooperativo” para fundamentar sua decisão e o faz asseverando que atualmente vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, que é aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de

---

<sup>230</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>231</sup> STF, RE 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.<sup>232</sup>

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência de inserção do Estado Constitucional brasileiro na comunidade internacional, adotou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nas palavras de Mendes: “Não há dúvida de que, no Estado Constitucional Cooperativo, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos,”<sup>233</sup> os quais são considerados normas infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também são dotados de um atributo de supralegalidade.

É possível evidenciar na Constituição Brasileira o conceito de Estado Constitucional Cooperativo. Segundo Maliska, “uma leitura sistemática do art. 4º da Constituição em conjunto com o art. 1º, em especial com o seu inciso I que trata da soberania nacional, irá apontar para um novo conceito de soberania, que deve ser atualizado e compreendido em conjunto com os demais princípios fundamentais da Constituição.”<sup>234</sup>

Sopesando esses artigos,<sup>235</sup> denota-se que a Constituição quer dizer que o Brasil submete a sua soberania à prevalência dos direitos humanos, à solução pacífica dos conflitos, à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, bem como autoriza a integração supranacional com os países latino-americanos.

A efetiva incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno identifica a observância do Estado Constitucional

---

<sup>232</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado ...*, p. 75-77, *apud* MENDES, RE nº 466.343-1, p. 14 e 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2009, p. 14.

<sup>234</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição ...*, p. 119.

<sup>235</sup> Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. 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.

Cooperativo, pois “a realização cooperativa dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado Constitucional (Cooperativo) nas suas relações ‘externas’ de criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para ‘estrangeiros’ e apátridas ‘entre si’. Isso também (...) tem consequências para o Direito Internacional privado.”<sup>236</sup>

Destaca Mendes que, “no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno [a cooperação entre os Estados], por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno.”<sup>237</sup>

Sem dúvida, essa nova concepção sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos vai ao encontro da tendência mundial de reconhecimento de cooperação entre os povos e da premente necessidade de se dar ampla efetividade à proteção dos direitos humanos.

Com tal posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, porém, possuem um lugar especial reservado no ordenamento jurídico pátrio.

Nas palavras do Ministro “equipará-los [os tratados internacionais de direitos humanos] à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”<sup>238</sup>

Além disso, não se pode olvidar do disposto nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>239</sup> os quais preveem que todo o tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé, não podendo uma parte invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Portanto, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de uma cooperação externa, havendo a necessidade de compatibilização do ordenamento

---

<sup>236</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 66.

<sup>237</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado ...*, p. 74, *apud* MENDES, RE nº 466.343-1, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>238</sup> STF, RE nº 466.343-1-SP, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>239</sup> Artigo 26: “*Pacta sunt servanda* - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Artigo 27: *Direito Interno e Observância de Tratados* - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

jurídico interno a esse conceito de Estado Constitucional Cooperativo, que possui como escopo o desenvolvimento do direito comum, onde a realização cooperativa dos direitos humanos é sua principal tarefa.

Nesse sentido foi o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes em relação à prisão civil do depositário infiel, sendo oportuno citar o seguinte excerto de seu voto: “A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.”<sup>240</sup>

Por fim, mas não menos importante, destaca-se como terceiro aspecto caracterizador da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para reconhecer a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, o novo papel da Suprema Corte frente à nova ordem constitucional.

O constitucionalismo moderno pode ser caracterizado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

Nesse viés, a decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP evidencia que o judiciário brasileiro está inclinado a observar o novo modelo de constitucionalismo, respeitando a força normativa da Constituição. No caso em exame observou-se o disposto nos artigos 1º, III, 4º e 5º, §2º, todos da Constituição Federal, por meio da expansão da jurisdição constitucional e da nova interpretação da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto paradigma, analisou a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do exame das normas constitucionais e normas internacionais sobre direitos humanos. Essa análise também poderia ter sido feita sopesando princípios e regras e analisando a questão por meio da filtragem constitucional. Explica-se.

O julgamento da possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel pode ser estudado examinando o princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia da liberdade *versus* a regra constitucional da prisão civil.

---

<sup>240</sup> STF, RE nº 466.343-1-SP, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Ao realizar a interpretação constitucional, a Suprema Corte deu prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo normatividade a tal princípio e, assim, concretizando a Constituição.

Conforme destaca Mendes, “atualmente, a proibição da prisão civil é um princípio adotado em todos os países cujos sistemas constitucionais são construídos em torno do valor da dignidade humana, constando expressamente nos textos constitucionais e em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.”<sup>241</sup>

Segundo Sarlet, dignidade da pessoa humana significa:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.<sup>242</sup>

É o princípio da dignidade da pessoa humana que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais na nossa Constituição, pois estes (direitos fundamentais) são, em verdade, concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Carta Magna.<sup>243</sup>

Segundo o entendimento exposto no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, a Suprema Corte fez prevalecer, no caso concreto, a garantia da liberdade, sob o direito patrimonial que, por meio da prisão civil, tentava-se tutelar.

---

<sup>241</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso ...*, p. 724. Mendes destaca que os textos constitucionais que dispõem sobre o assunto são: na América Latina, o artigo 2º da Constituição do Peru; artigo 13 da Constituição do Paraguai; artigo 52 da Constituição do Uruguai; artigo 28 da Constituição da Colômbia. Em relação aos tratados internacionais ressalta o disposto no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; artigo XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; artigo 7º item 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); artigo 1º do Protocolo nº 4, em que se reconhecem Direitos e Liberdades Fundamentais, Série de Tratados Europeus, Estrasburgo, em 15 de setembro de 1963.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60. Complementando o conceito, Sarlet afirma que: “(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia ...*, p. 122.

<sup>243</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade ...*, p. 83.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana que foi utilizado para proibir a prisão civil do devedor de dívidas, outro princípio que foi invocado pelo Ministro Gilmar Mendes para fundamentar sua decisão foi o da proporcionalidade.

O Ministro afirma que, mesmo antes da ratificação dos tratados internacionais proibitivos da prisão civil por dívida em 1992, já era possível antever a contrariedade à Constituição com violação ao princípio da proporcionalidade em razão de o ordenamento jurídico prever outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor para a garantia do inadimplemento de seu crédito.<sup>244</sup>

A determinação de prisão civil para os casos de inadimplemento de obrigações, salvo em relação às prestações alimentícias, revela-se manifestação do excesso do poder legislativo, violando o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso que se evidencia mediante a contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.<sup>245</sup>

Segundo Mendes, uma lei será inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, sempre que se puder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas. Ademais, pelo subprincípio da adequação, as medidas interventivas adotadas devem se mostrar aptas a atingir os objetivos pretendidos e, pelo subprincípio da necessidade, nenhum meio gravoso para o indivíduo será utilizado se houver outros menos gravosos.<sup>246</sup>

Não há dúvidas que nos casos de inadimplemento de obrigação há outras formas eficazes de seu cumprimento sem ter que se utilizar da privação da liberdade física.

O judiciário realizou a interpretação da lei sopesando o princípio da proporcionalidade *versus* a regra constitucional que determinava a limitação da liberdade pessoal em decorrência de inadimplemento de obrigação civil.

---

<sup>244</sup> STF, RE nº 466.343-1, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010. Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes destaca também que “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, estaria a criar 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 perfaria a violação ao princípio da reserva legal proporcional.”

<sup>245</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 36.

Diante de tal situação, o julgador não pode se olvidar de aplicar os princípios de interpretação constitucional<sup>247</sup> e observar o princípio da unidade da Constituição, que determina que a interpretação da Carta Constitucional seja feita como um todo, podendo ser invocado, no presente feito, o princípio da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade para afastar a restrição da liberdade, garantia individual e fundamental do cidadão brasileiro.

Vale lembrar que cabe ao Poder Judiciário concretizar a Constituição e manter sua força normativa dando efetividade às suas regras e princípios. Sendo assim, ao ser realizada a análise da violação ao princípio da proporcionalidade, ponderando a liberdade individual e o direito de crédito chegar-se-á à conclusão inevitável de que não é proporcional determinar a coerção civil para se buscar o adimplemento de um crédito.

E não foi outro o entendimento exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes:

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante. Tem-se aqui o primado da liberdade individual.<sup>248</sup>

O papel adequado da jurisdição constitucional em uma democracia depende da sua capacidade para encontrar respostas corretas para os desafios interpretativos do texto constitucional<sup>249</sup> e, do exame do voto que serviu como paradigma para declaração da ilicitude da prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade de depósito, denota-se que a Suprema Corte Brasileira exerceu adequadamente seu papel de guardião da Constituição, por meio do amplo exercício da jurisdição constitucional fundado no constitucionalismo moderno, fazendo prevalecer o direito à liberdade ao direito patrimonial.

### **3.3. A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atribuir o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos**

---

<sup>247</sup> Sobre o assunto ver o tópico 2.3.

<sup>248</sup> STF, RE nº 466.343-1, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

<sup>249</sup> MORO, SÉRGIO. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.



A decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP declarou ilícita a prisão civil do depositário infiel em qualquer das hipóteses de modalidade de depósito, além disso, atribuiu o caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos que, por meio do seu efeito paralisante das normas, teria o condão de retirar a eficácia das demais leis infralegais com eles conflitantes.

Da leitura da referida decisão, verifica-se tratar de um claro exemplo de ativismo judicial, pois, o Supremo Tribunal, ao exercer a função jurisdicional ultrapassou os limites impostos pela própria Constituição Federal para sua atuação.

Evidencia-se tal situação em razão de a Suprema Corte haver criado o caráter supralegal, novo nível hierárquico de normas conferido aos tratados internacionais de direitos humanos, sem, contudo, haver fundamento constitucional para tal inovação.

Vale lembrar, como bem leciona Canotilho, que a Constituição é o parâmetro formal e material da ordem jurídica estatal.<sup>250</sup> Nesse contexto, os atos judiciais devem respeitar seus preceitos expressos e implícitos, como o previsto no catálogo de abertura material dos direitos fundamentais.

Segundo o artigo 5º, §2º da Carta Magna Brasileira, o rol dos direitos fundamentais não é taxativo. Da sua leitura constata-se que os direitos podem ser: a) formal e materialmente fundamentais; b) apenas materialmente fundamentais ou; c) apenas formalmente fundamentais.<sup>251</sup>

Os direitos formal e materialmente fundamentais são aqueles que por sua importância foram dispostos pelo legislador constituinte originário no corpo da Constituição. Por sua vez, os direitos apenas materialmente fundamentais são os que em razão de seu conteúdo e relevância são considerados fundamentais, mas não foram elencados na Constituição.<sup>252</sup> Já os direitos apenas formalmente

---

<sup>250</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 113.

<sup>251</sup> Não há consenso entre os doutrinadores sobre essa classificação. Para Sarlet todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais. Com opinião diversa destaca-se Vieira de Andrade e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia ...*, p. 160. Ver também: MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 73.

<sup>252</sup> Alexy conceitua os direitos fundamentais como sendo todos os direitos que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos*

fundamentais são os que estão disciplinados no rol dos direitos fundamentais, porém, não se enquadram em seu conceito material, podendo ser enquadradas aqui as normas de cunho organizatório ou mesmo as normas que poderiam constar em legislação infraconstitucional.<sup>253</sup>

O artigo 5º da Constituição Federal ainda prevê a existência de direitos fundamentais dispostos em tratados internacionais. Assim, sob a mesma lógica, os tratados podem ser: a) formal e materialmente fundamentais, que são os incorporados ao ordenamento jurídico respeitando o disposto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal;<sup>254</sup> b) tratados apenas materialmente fundamentais, que podem ser internalizados com base no disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal; c) tratados comuns, que não se referem a direitos humanos, e que possuem hierarquia de lei ordinária.

Denota-se que a Constituição Federal autoriza que os tratados internacionais de direitos humanos sejam recepcionados, material e formalmente com *status* constitucional, exigindo para isso a atuação do Poder Legislativo, com base em seu artigo 5º, §3º. Também autoriza a recepção de qualquer tratado internacional, em nível constitucional, quando dispuserem, os tratados, sobre direitos materialmente fundamentais, conforme o artigo 5º, §2º do texto constitucional.

Dessa feita, em relação à decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, haveria fundamento constitucional para a Suprema Corte revelar o *status* constitucional do Pacto de São José da Costa Rica invocando, para tanto, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal. Se assim tivesse agido, estaria autorizado a afastar a aplicação da prisão civil do depositário infiel fazendo prevalecer o direito fundamental de liberdade do devedor, disposto na referida convenção internacional, em detrimento do direito patrimonial do credor de ver saldada obrigação civil, consoante norma autorizadora disposta no próprio texto constitucional.

---

*fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 407.

<sup>253</sup> Como exemplo de direitos apenas formalmente fundamentais destaca-se o artigo 5º, XXVIII e XXIX; artigo 7º XI e XXIX; artigo 14, parágrafos 1º a 11; artigo 242, §2º. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia ...* p. 160.

<sup>254</sup> Até o momento, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 foi aprovada conforme o procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição. Ver Decreto nº 6.949 de 25. 08.2009 e Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008.

Além disso, a Carta Magna prevê os instrumentos hábeis e legais para recepcionar um tratado internacional de forma material e formalmente constitucional, com base no §3º do artigo 5º. Nesse caso, bastaria a atuação do Poder Legislativo para que o Pacto de São José da Costa Rica tivesse *status* de emenda constitucional.<sup>255</sup>

Essas duas posições, por si só, indicam que o Supremo Tribunal Federal não poderia ter criado o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, haja vista que não há fundamento constitucional para tal atuação, uma vez que a Constituição Federal prevê duas opções para internalizar um tratado internacional e elevá-lo a *status* constitucional.

Não bastando tais argumentos para afastar a legitimidade do guardião da Constituição para criar o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, há que se recordar o disposto nos artigos 59 e 60, ambos da Carta Fundamental.

Segundo a decisão proferida pela Corte Suprema, o caráter supralegal é um nível hierárquico inferior à Constituição Federal e superior às demais normas, capaz de retirar a eficácia das normas infralegais com eles conflitantes por meio de seu efeito paralisante. No entanto, certo é que a Carta Constitucional de 1988 não prevê tal nível hierárquico legal.

Infere-se da análise do artigo 59 da Constituição Federal que há apenas dois níveis hierárquicos de regras, as constitucionais, criadas pelo poder constituinte originário ou pelo poder constituinte derivado (emendas constitucionais), e as normas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas,

---

<sup>255</sup> Em relação aos tratados internacionais internalizados anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004, Schier sustenta a ideia de que estes assumiriam o *status* de norma constitucional, em razão do *tempus regit actum*, a exemplo do que ocorreu quando do exame da controvérsia existente em razão de o Código Tributário Nacional haver sido criado em 1966 por lei ordinária e, com o advento da Constituição de 1967, determinou-se que apenas lei complementar poderia definir as normas gerais de direito tributário. Nesse caso, a Suprema Corte reconheceu que as normas gerais de direito tributário foram recepcionadas com *status* de lei complementar. Em relação aos tratados, Schier afirma que “a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais.” SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia ...* p. 03.

medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções),<sup>256</sup> não estando elencado em tal rol as de caráter supralegal.<sup>257</sup>

Examinando referida decisão proferida pelo guardião da Constituição, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal, sem fundamento constitucional, “importou” de ordens jurídicas internacionais<sup>258</sup> um nível hierárquico inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, o que somente seria possível com a atuação do Poder Legislativo.

A Constituição Federal dispõe, em dois artigos distintos, os procedimentos legais, ou para recepcionar os tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais (artigo 5º, §3), ou para alterar seu artigo 59, com a possibilidade de se incluir novo nível hierárquico que atribuisse aos tratados internacionais o *status* supralegal (artigo 60).

---

<sup>256</sup> Utiliza-se o termo *infraconstitucional* em sentido amplo correspondendo às normas não constitucionais dispostas no art. 59, II a VII da Constituição Federal e diversas das normas de caráter supralegal. Registre-se que, por muito tempo, doutrinadores brasileiros entendiam que havia hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, sendo esta superior àquela em razão de sua posição topográfica na Constituição Federal. Esse entendimento encontra-se superado, tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre a inexistência de hierarquia entre tais leis, pois tanto a lei complementar como a lei ordinária encontram seu fundamento de validade na Carta Magna de modo que, a lei ordinária somente estaria hierarquicamente abaixo da lei complementar se tivesse seu fundamento de validade nesta última, o que não ocorre. Assim, a diferença entre lei complementar e ordinária reside no âmbito material de abrangência de cada lei, determinado pelo constituinte e no quorum especial para a aprovação da lei complementar que é diferente do quorum exigido para aprovação da lei ordinária. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146-148. Ver também: STF, RE nº 419.629, 377.457 e 381.964.

<sup>257</sup> O artigo 98 do Código Tributário Nacional dispõe que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. Embora possa parecer que há uma hierarquia entre tratados e lei ordinária podendo esta ser revogada ou modificada por aqueles, a doutrina majoritária consolidou entendimento do sentido de que há uma imprecisão terminológica no Código Tributário Nacional, pois os tratados apenas suspendem ou modificam a lei ordinária. O tratado internacional irá prevalecer em razão da regra da especialidade, segundo a qual a regra especial deve ser aplicada com preferência sobre a geral, sem revogá-la. Se houver a denúncia do tratado pelo Brasil (que equivale a revogação) a legislação anterior retoma sua vigência, em razão disso, a doutrina entende que os tratados apenas suspendem ou modificam a legislação anterior com eles incompatível, mas não a revogam. Segundo Machado, “o que a regra legal pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior”, sendo irrelevante a discussão sobre se eles são ou não superior à lei interna, pois, traduzindo preceito especial têm primazia sobre a norma geral. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56-57. Ver também ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009; AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>258</sup> Alemanha, França e Grécia possuem disposição expressa sobre o caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como alguns dos países que compõe o Mercosul (Argentina e Paraguai), conforme notas de rodapé nº 59 a 64.

Ademais, seria possível que o Poder Legislativo alterasse a própria redação dada ao artigo 5º, LXVII da Carta Magna, revogando a parte final do referido dispositivo que prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, na parte em que cria um *status* hierárquico intermediário entre as normas, indica a autuação exacerbada do guardião da Constituição, pois deixa de respeitar as normas constitucionais acima citadas, fato que acarreta a violação do princípio da separação dos poderes<sup>259</sup> em decorrência da inobservância do processo legislativo disposto na Constituição.

Além de violar o princípio da separação dos poderes, tal decisão fere o princípio da segurança jurídica, isso porque, quando afirma que o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos tem o condão de paralisar as normas infraconstitucionais, retira a eficácia de tais normas, eficácia esta atribuída pela própria Constituição Federal que autoriza a prisão civil do depositário infiel.

Assim, a solução encontrada pela Suprema Corte, com a elevada consideração que merecem seus nobres integrantes, acarreta insegurança da ordem jurídica, surpreendendo os operadores do Direito com a possibilidade de invalidação de normas legitimamente constituídas sem a observância do procedimento adequado para tal invalidação, seja pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de tal norma, seja pela sua revogação.

Oportuna a lição de Streck, Barreto e Oliveira quando examinando as decisões em relação à união homoafetiva asseveram que “em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição, aliás, no caso, a Constituição aponta para outro sentido.”<sup>260</sup>

A atuação do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, deve sempre estar pautada na Constituição Federal, pois esta é o parâmetro formal e material da ordem jurídica estatal.

O Judiciário, ao concretizar os direitos fundamentais, deve respeitar os caminhos indicados pela própria Carta Constitucional, não podendo extrapolar os

---

<sup>259</sup> O princípio da separação dos Poderes importa, dentre outras consequências, manter os órgãos judiciários nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para a qual foram estruturados. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial.*, p. 307

<sup>260</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Ulisses* ....

limites objetivos impostos no ordenamento jurídico, sobretudo, os limites do direito constitucional que determinam que os aplicadores do Direito encontram-se vinculados à Constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação dos poderes e ao princípio democrático.<sup>261</sup>

Em relação à decisão em exame, a atuação do Supremo Tribunal poderia ter se limitado a sopesar o princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e o direito fundamental de liberdade *versus* o direito patrimonial. Assim agindo, já teria argumentos suficientes para afastar a possibilidade de prisão civil do depositário infiel em todas as suas modalidades, até porque a lei processual civil prevê outros meios de coerção eficazes para compelir o devedor a cumprir com a obrigação assumida.

Oportuno ressaltar que, com o posicionamento exposto, não se pretende afastar o caráter especial que os tratados internacionais de direitos humanos possuem, o qual se reconhece no presente trabalho, porém, busca-se chamar a atenção para o fato de que a própria Constituição Federal instrumentaliza meios para que tais convenções internacionais possam prevalecer no direito pátrio, quais sejam, pela atuação do Congresso Nacional conforme determina o §3º, do artigo 5º da Carta Magna ou pelo próprio Poder Judiciário, com a aplicação do disposto no §2º do mesmo artigo constitucional.

Mesmo após a decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, é de se admitir que a prisão civil por dívidas ainda possui validade em razão do texto constitucional. No entanto, por força do Pacto de São José da Costa Rica somente permitir tal prisão para os casos de devedores de alimentos, todas as normas infraconstitucionais com ele conflitantes (Decreto-lei nº 911/69, artigo 904 do Código de Processo Civil e artigo 652 do Código Civil de 2002) foram envolvidas pelo efeito paralisante dos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que lhes foi retirada sua eficácia, não havendo mais base legal para aplicação da norma constitucional.

---

<sup>261</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Um%20olhar%20jur%C3%ADdico-constitucional%20sobre%20a%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 01.out. 2010, p. 10.

Registre-se que referida decisão foi contra a própria vontade do legislador ordinário, pois, conquanto o Pacto de São José da Costa Rica tenha sido recepcionado pelo direito brasileiro em 1992,<sup>262</sup> dez anos depois, foi publicado o novo Código Civil que alterou o vetusto Código de 1916, mantendo disciplinada a possibilidade de prisão civil para os casos de depositário infiel conforme se vê em seu artigo 652.<sup>263</sup>

Ou seja, a vontade do legislador, em 2002, foi permitir que a prisão civil do depositário infiel continuasse como medida de coerção jurídico-processual para compelir o depositário a cumprir seu encargo, estando legitimado a assim agir pela própria Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXVII).

Diferentemente seria se o legislador ordinário, utilizando-se da possibilidade prevista no §3º do artigo 5º da Carta Constitucional, tivesse submetido o Pacto de São José da Costa Rica ao quórum privilegiado e o alçado a norma constitucional, situação que revogaria a autorização prevista no inciso LXVII do referido artigo 5º, tornando inconstitucional a legislação ordinária.

Observa Ramos que a atuação do Judiciário por meio do controle de constitucionalidade não é ato que possa ser exercido com total liberdade, pois sua missão, que é a preservação da Constituição, deve ser realizada obedecendo a certos limites, os quais foram determinados pelo Poder Constituinte Originário ou pelo Poder Constituinte Derivado.<sup>264</sup> Assim agindo, o órgão judicial evitará que ocorra o fenômeno da mutação da Constituição, que é a alteração do significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, sem alterar o próprio texto normativo.<sup>265</sup>

A atuação do Supremo Tribunal Federal, ao criar o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos acarretou a alteração da Constituição, pois modificou o artigo 59 da Carta constitucional, inserindo entre o inciso I (Emendas à Constituição) e os demais incisos (leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), os tratados internacionais de direitos humanos.

---

<sup>262</sup> Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

<sup>263</sup> Artigo 652 do Código Civil/ 2002: “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.”

<sup>264</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial.*, p. 25.

<sup>265</sup> Ver nota de rodapé nº 211.

Em outras palavras, por meio de referida decisão, a Suprema Corte introduziu entre as normas de nível hierárquico constitucional e não constitucional, as normas de nível hierárquico supralegal. Pode-se dizer que, com tal posicionamento, gerou o rompimento da ordem constitucional, pois acarretou a alteração da Constituição Federal sem ser pelo legislador.<sup>266</sup>

A função da jurisdição constitucional é concretizar direitos previstos na Lei Maior buscando uma resposta, um fundamento, a partir do Direito. Assim, “não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ (*sic*) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.<sup>267</sup>

A necessidade de se estabelecer limites para a atuação dos órgãos judiciais está diretamente relacionada aos princípios da certeza e da segurança jurídica, os quais estariam comprometidos se os aplicadores do direito pudessem atribuir qualquer significado às normas, sem observar os preceitos ditados pelo ordenamento interno e pela hermenêutica jurídica.<sup>268</sup>

Sobre o assunto, Rawls afirma que “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da Constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável.”<sup>269</sup>

Por certo o Poder Judiciário deve preservar os direitos fundamentais dos cidadãos, porém, sua atuação não pode ultrapassar as barreiras existentes no próprio ordenamento jurídico.

Kelsen, mesmo sendo o maior representante do positivismo jurídico, pode ser aqui lembrado em razão de sua tese da moldura da norma jurídica. O professor de Viena acreditava que o Direito, ao ser aplicado, forma uma moldura dentro da

---

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVERIA, Rafael Tomaz de. *Ulisses....*

<sup>267</sup> *Idem.*

<sup>268</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso ....*, p. 144.

<sup>269</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 288.



qual existem várias possibilidades de aplicação e somente o ato que se mantiver dentro desse quadro ou moldura estará em conformidade com o Direito.<sup>270</sup>

Assim, o ativismo judicial desenfreado, que é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, deve ser evitado. Com isso, não se quer dizer que o Poder Judiciário deve voltar ao período do passivismo judiciário quando, no positivismo clássico, a interpretação se submetia à vontade do legislador, sendo o julgador “não mais que a boca que pronuncia as palavras da lei.”<sup>271</sup> Por outro lado, também não se pode admitir um ativismo subjetivista no qual o intérprete-aplicador da norma dá a ela um significado amplo e irrestrito, muitas vezes, contrário ao que o próprio texto dispõe.

Em razão disso, Ramos sugere a aplicação de um positivismo que denomina de *moderado* ou *renovado*, no qual o que “prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão em que também conta a vontade do intérprete.”<sup>272</sup>

A vontade do intérprete continua existindo, mas a escolha da solução não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo respeitar os limites objetivos que a própria norma examinada estabelece.

Assim, a discricionariedade judicial corresponderá à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas, como por exemplo, na aplicação dos princípios de interpretação constitucional, onde a liberdade do magistrado se verifica na eleição de quais princípios interpretativos irá utilizar para decidir a questão, ou, na aplicação de uma norma para casos não previstos em lei, como ocorreu nos Mandados de Injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA em que, diante da omissão legislativa em relação à possibilidade de greve para os servidores públicos, determinou-se a aplicação da lei de greve vigente no setor privado.

---

<sup>270</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura...*, p. 390. Importante registrar que com tal citação não se pretende defender a volta do positivismo jurídico, apenas destaca-se o posicionamento da moldura jurídica kelseniana por se entender ser perfeitamente aplicável às questões envolvendo o ativismo judicial.

<sup>271</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 172.

<sup>272</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial.*, p. 308.

Tanto em um exemplo, como em outro, o intérprete fica atrelado aos limites objetivos estabelecidos no arcabouço jurídico brasileiro, limites esses verificáveis por meio da análise sistemática do ordenamento. Esse é, portanto, o ativismo judicial aceitável, diferentemente do que se verificou, *data venia*, na decisão do recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, em que o guardião da Constituição criou um nível hierárquico intermediário de normas, sem qualquer fundamento constitucional.

Registra-se que a situação encontrada na referida decisão não se confunde com o resultado obtido, por exemplo, no caso em que o Supremo Tribunal Federal julgou os Mandados de Injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA. Nesses casos, a Suprema Corte, além de declarar a omissão legislativa em relação à possibilidade de greve para os servidores públicos, determinou a aplicação da lei de greve vigente no setor privado, eis que o próprio texto constitucional assim o previa na conjugação do inciso VII do artigo 37 cumulado com o inciso LXXI do artigo 5º.

Nessa situação, embora não existisse uma legislação própria para os servidores públicos, o Supremo Tribunal determinou a aplicação da lei geral de greve também para esta categoria de trabalhadores. Já em relação ao caso da prisão civil do depositário infiel, a Suprema Corte, ao estabelecer um novo nível hierárquico para as normas, parece ter ido além de suas atribuições institucionais, uma vez que não há no ordenamento jurídico pátrio fundamento legal que possa ser invocado para a criação de tal *status* hierárquico pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse viés, a ação dos órgãos judiciais não deve ser excessivamente limitada (passivismo ou auto-contenção judicial), mas tampouco pode acarretar uma atuação ilimitada, devendo agir, portanto, sempre dentro da moldura imposta pela própria norma jurídica e, no caso em exame, pela Constituição Federal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em histórica decisão proferida no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal declarou ilícita a prisão civil do depositário infiel em razão de não mais subsistir previsão constitucional e legal para a coerção civil, haja vista sua vedação pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Esse entendimento reconheceu a supremacia da Constituição e a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infralegais, uma vez que seriam capazes de paralisar-lhes a eficácia quando com eles conflitante.

Constata-se que essa decisão proferida no recurso extraordinária nº 466.343-1/SP é um típico exemplo de ativismo judicial que resultou em uma positiva criação jurisprudencial do direito, pois, com tal posicionamento, os membros da Suprema Corte criaram um nível hierárquico intermediário de normas, enquadrando os tratados internacionais de direitos humanos em um patamar localizado entre a Constituição Federal e as demais normas infralegais.

Por consequência desse entendimento, sempre que uma norma ordinária for contrária ao disposto em um tratado internacional de direitos humanos, devidamente ratificado e internalizado pelo Brasil, este irá prevalecer em razão de sua hierarquia superior, não importado se referida norma ordinária observara o previsto na Carta Magna e nem se fora promulgada antes ou após a internalização do tratado internacional.

A análise da referida decisão demonstra a louvável iniciativa do Supremo Tribunal Federal em acompanhar a tendência internacional em matéria de direitos humanos, que proíbe expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações, exceto para o caso de inadimplemento de obrigação alimentar, onde o que se pretende resguardar é a subsistência do alimentando.

No entanto, denota-se, com todo o respeito que merecem os componentes da Suprema Corte, que não há fundamento constitucional ou legal para que o Poder Judiciário, por meio de seu órgão máximo, altere dispositivo elaborado pelo Poder Constituinte Originário.

Infere-se da análise do artigo 59 da Constituição Federal que o constituinte estipulou apenas dois níveis hierárquicos para as normas, as constitucionais, criadas

pelo poder constituinte originário ou pelo poder constituinte derivado (emendas constitucionais), e as normas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), não estando elencado em tal rol as de caráter supralegal.

Diante disso, ao que parece, somente por meio da atuação do Poder Legislativo poderia haver a criação de novo nível hierárquico de normas, o que acarretaria a alteração do referido artigo 59 da Carta Magna pelos meios nela admitidos (processo legislativo).

Noutro viés, denota-se que a Suprema Corte estaria legitimada a reconhecer a ilicitude da prisão civil do depositário infiel se, simplesmente, invocasse a aplicação de artigo existente desde a promulgação da Carta Constitucional, qual seja, o artigo 5º, §2º, que autoriza o Poder Judiciário a reconhecer outros direitos e garantias que estejam expressos em tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Essa previsão constitucional possibilitaria ao Supremo Tribunal Federal afastar o disposto no artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, frente ao previsto no artigo 7º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica, que possui aplicabilidade no direito brasileiro desde a promulgação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Ademais, a Corte Suprema também estaria legitimada a afastar a prisão civil do depositário infiel com base apenas no princípio da dignidade da pessoa humana, pois, utilizando-se dos princípios de interpretação constitucional, sopesaria os bens postos em conflito (liberdade *versus* patrimônio) e alcançaria a inevitável conclusão de que se mostra excessivamente desproporcional a determinação da prisão civil do devedor quando há outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor a garantir o adimplemento de obrigação civil, sendo desnecessária a atribuição de novo nível hierárquico legal ao tratado internacional.

Registre-se que não restam dúvidas de que a atuação da Suprema Corte brasileira, ao reconhecer a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, deve ser festejada, pois elevou o Brasil ao rol dos países que respeitam as convenções internacionais de direitos humanos às quais ratificaram, não se podendo mais admitir, em pleno século XXI, que o devedor responda com a privação de sua liberdade para o fim de recompor o patrimônio do credor, salvo para os casos de débitos alimentares.

No entanto, *data maxima venia*, o Supremo Tribunal Federal não possui legitimidade para criar um nível hierárquico intermediário entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, haja vista que não há autorização constitucional ou legal para tal inovação, pelo contrário, a Carta de 1988 determina que somente o Poder Legislativo possui legitimidade para alterar a Constituição Federal.

Assim, o papel do Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal, deve ser o de concretizar os direitos fundamentais, respeitando os limites da moldura impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Agindo dessa maneira, a sociedade não será surpreendida por decisões excessivamente criativas e que possam acarretar insegurança jurídica, enfraquecendo, por conseqüência, o princípio democrático da separação dos poderes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Obras e artigos consultados:

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

APPIO, Eduardo. *Ativismo judicial só é admissível para as minorias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. *Revista Forense*, nº 351, p. 3-17, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-46.

\_\_\_\_\_. *No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não é bem assim*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação ...*, p. 335/336.

\_\_\_\_\_. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em: 07 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 out. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

\_\_\_\_\_; BRITTO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra, trad. Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 6. reimp. Almedina: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça.* Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Um%20olhar%20jur%C3%ADdico-constitucional%20sobre%20a%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 01.out. 2010, p. 10.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 2. ed. rev. atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito.* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

CONI, Luis Claudio. *A internacionalização do poder constituinte.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirlei. *Controle das omissões do poder público.* São Paulo: Saraiva, 2004.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.) *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GORDILLO, Augustín. *Derechos Humanos*. São Paulo: Del Rey, [200-].

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *Cultura e Direito Constitucional*. Entrevista concedida a Raúl Gustavo Ferreyra, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, em 21 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIGINO NETO, Vicente. *Hermenêutica Jurídica Cosmopolita*. Curitiba: Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism” In: *California Law Review*, oct. 2004, p. 1442/1490. Disponível em: <[http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm#Document2zzzFN\\_B23](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzzFN_B23)>. Acesso em: 05 jun. 2010.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Trad. Walter Stöner, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Cooperação normativa no plano internacional*. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/415/596>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional de Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso de. *Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil*, em 23.04.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_; VALE, André Rufino do. *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2009.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORO, SÉRGIO. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001\\_FlaviaPiovesan.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2008.

\_\_\_\_\_. Introdução ao sistema interamericano: a Convenção Americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *O espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-americana*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva: São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial estica limites da Justiça*. Em entrevista concedida a Gláucia Milício. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 16 out. 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. 22. tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

\_\_\_\_\_. *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese a favor da incidência do “tempus regit actum”*. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>.

Acesso em: 10 out. 2008.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006. Disponível em: <[http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2010.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. *Ativismo judicial: apenas para a concretização dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=30>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed., rev. e ampl. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*. Magister Editora. Porto Alegre, nº 31, p. 07-18, jul-ago. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des) estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. v. 1, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

### **Legislação Consultada:**

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*: promulgada em 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

ARGENTINA. *Constitución Nacional*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

PARAGUAI. *Constitución de la Republica del Paraguay*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley\\_resultado&id=2865](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley_resultado&id=2865)>. Acesso em: 11 nov. 2008.

BRASIL. *Lei nº 10.406*: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Lei nº 9.882*: promulgada em 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Lei nº 9.868*: promulgada em 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Lei nº 5.869*: promulgada em 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Lei nº 5.172*: promulgada em 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Lei nº 3.071*: promulgada em 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*: promulgado em 04 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 7.030*: promulgado em 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 artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 1.102*: promulgado em 21 de novembro de 1903. Institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 911*: promulgado em 1º de outubro de 1969. Estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 678*: promulgado em 06 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>>. Acesso em: 15 out. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 592*: promulgado em 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

## **Súmulas**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante nº 25*, de 16 de dezembro de 2009. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 619* (cancelada), de 17 de outubro de 1984. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula nº 419*, de 11 de março de 2010. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

## **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 72.131/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio (vencido). Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.383-8/MG*. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 76.591-3/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 27 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 79.785-ED. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 79.870/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 20 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.139/GO. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-5/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 90.450/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.566-9/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 94.695/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 107-DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 232-RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 02 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 670-ES. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 708-DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 712-PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 721-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 206.482/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 04 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 349.703/RS. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento* nº 655.725/RS. Relator: Min. Paulo Furtado (Des. conv. do TJ/BA). Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 25.852/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 28.240/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 102.010/RO. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal conv. do TRF 1ª região). Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 110.344/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 110.770/SP. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 127.385/SP. Relatora: Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon. Brasília, 02 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 130.396/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 06 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 130.920/SP. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 23 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 914.253/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível* nº 791.031-0/7. Relator: Des. José Roberto Furquim Cabella. São Paulo, 28 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível* nº 13.594. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria Mercis Gomes Aniceto. Curitiba, 01 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível* nº 14.609. Relator: Dr. Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. Curitiba, 14 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível* nº 14.955. Relator: Des. Ruy Muggiati. Curitiba, 24 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível* nº 31.831. Relator: Des. Rubens Oliveira Fontoura. Curitiba, 09 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível* nº 33.192. Relator: Des. Lauro Laertes de Oliveira. Curitiba, 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2010.