

**XII Mostra de Iniciação Científica – Pós-graduação, Pesquisa e Extensão –
Universidade de Caxias do Sul.
“Com os olhos voltados à Pesquisa, ao Desenvolvimento e à Inovação”**

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Acadêmico: Willian Bagatini
Instituição de origem: Uniritter – Laureate International Universities
Curso de Direito
Orientador: Prof. Dr. Waldir Alves
Canoas, RS
2012.

Resumo: Direitos humanos e direitos fundamentais são direitos com diferentes âmbitos de atuação, a doutrina procura estabelecer a diferença entre ambos. Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, os direitos humanos são direitos que estão positivados em tratados ou costumes internacionais, enquanto direitos fundamentais são direitos que estão positivados nas Constituições. Ainda, há discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o *status* dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Há quatro principais correntes que visam a esclarecer o *status*, quais sejam, a que atribui caráter supraconstitucional, a que atribui caráter de norma constitucional, aquela que atribui caráter de lei ordinária e a que considera que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem nível supralegal. Essa última corrente é a que prevalece no STF atualmente. Evidentemente, não pode ser esquecido o caráter especial dos direitos humanos, pois garantem a proteção da dignidade da pessoa humana, evitando os abusos e omissões do Estado. A relevância do estudo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais reside no fato de que ambos protegem a pessoa humana. A metodologia empregada é a pesquisa normativa (Constituição, leis, etc.), doutrinária e jurisprudencial. O resultado obtido foi a identificação da distinção teórica e jurisprudencial entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, a identificação das quatro principais correntes que definem o *status* dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, avançando para exposição do princípio internacional *pro homine*.

I – Âmbitos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são considerados direitos com conteúdos diversos, especialmente em razão dos seus âmbitos de incidência.

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, “Os direitos humanos são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público”¹.

¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 750.

Os direitos humanos já ascenderam ao patamar do direito internacional público, e seu âmbito de atuação é externo. Como exemplo de direito humano, podemos citar o Artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 5º - Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Novamente, de acordo com Valerio de Oliveira Mazzuoli, “Direitos fundamentais é expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”².

Ingo Wolfgang Sarlet também refere que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”³.

O âmbito de atuação dos direitos fundamentais é o interno por já estarem positivados nas constituições. Podemos fazer referência ao art. 5º, III, CF, como exemplo de direito fundamental:

Art. 5º -...

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Otfried Höffe defende sua posição no sentido que “os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto”⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que a despeito da discussão doutrinária que procura diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais, não se pode esquecer a “íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais que e regionais que as sucederam”⁵.

Em sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, o professor Ingo Wolfgang Sarlet trabalha com um importante tópico a respeito da eficácia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: “importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo necessário aprofundar, aqui, a ideia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ªed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 750.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

⁴ HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*, especialmente p.166-69. *Apud*: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”⁶.

II – Status que os direitos humanos encontram no ordenamento jurídico pátrio.

Para a compreensão do *status* dos tratados e convenções sobre direitos humanos, é necessário interpretar o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que trouxe uma discussão doutrinária e jurisprudencial:

Art. 5º-...

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

José Afonso da Silva cita Ruy Barbosa, para quem “uma coisa são os direitos, outras as *garantias*, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência aos direitos reconhecidos, e as *disposições assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias”⁷.

Comentando o § 2º do art. 5º, Gilmar Ferreira Mendes defende que “o parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativamente a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição”⁸.

No RE 349.703/RS, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto-vista, trata da questão do *status* dos tratados e convenções sobre direitos humanos expondo que há quatro principais correntes que visam a resolver o problema:

- a) A vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) O posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) A tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e
- d) A interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.⁹

Por aqui, Celso Duvivier de Albuquerque Mello¹⁰ é um defensor da vertente que reconhece caráter supraconstitucional dos tratados e convenções que versem sobre direitos

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33ª edição, São Paulo. Malheiros. 2009, p. 186.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed., 2011, p. 193.

⁹ RE 349.703/RS, voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, DJ 05.06.2009, p.710.

¹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

humanos. No entender desse autor, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é um grande defensor dessa vertente que atribui *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos: “sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior”¹¹.

Ademais, o autor conclui que: “nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, ‘os tratados internacionais (de direitos humanos) em que a República Federativa do Brasil seja parte’ são, a *contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o ‘status de norma constitucional’ e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (‘bloco de constitucionalidade’); já nos termos do § 3º do mesmo art.5º, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’¹².

Antes de julgar o RE 349.703/RS, o STF entendia que os tratados internacionais de direitos humanos teriam o *status* de lei ordinária. Porém, se for atribuído esse *status* aos tratados de direitos humanos, o Estado poderia descumprir-los unilateralmente.

Por fim, o Min. Gilmar Ferreira Mendes entende que os tratados de direitos humanos possuem um caráter de supralegalidade, pois “diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”¹³.

Nas palavras do Min., “os tratados teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”¹⁴. E adiante ele conclui: “Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos direitos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”¹⁵.

III – Previsão legal e constitucional da prisão civil do depositário infiel.

O revogado Código Civil de 1916 previa em seu art. 1287 a possibilidade de prisão do depositário infiel:

Art. 1287 – 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.

Igualmente, o Novo Código Civil de 2002 prevê no art. 652 a prisão do depositário:

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

¹³ RE 349.703/RS, voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, DJ 05.06.2009, p.727.

¹⁴ RE 349.703/RS, voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, DJ 05.06.2009, p.727.

¹⁵ RE 349.703/RS, voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, DJ 05.06.2009, p.733.

Art. 652 – 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.

O Decreto-Lei 911/69 também permite a prisão civil do depositário infiel:

A própria Constituição Federal permite no seu art. 5º, LXVII, a prisão do depositário infiel:

Art. 5º -...

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

Não obstante as previsões legal e constitucional acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969 -, que no seu art. 7º, item 7, prevê que ninguém deve ser detido por dívida, exceto no caso de inadimplemento de obrigação alimentar:

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

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

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1966, também estabelece em seu art. 11:

Art. 11 – Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual.

O STF, no RE 349.703/RS, segundo o voto condutor do Min. Gilmar Ferreira Mendes, entendeu que as normas relativas à prisão civil do depositário infiel não foram revogadas, porém não mantiveram sua aplicabilidade, diante do *efeito paralisante* dos tratados de direitos humanos:

“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 do 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. *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 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).”

Decisão essa que, inclusive, levou o STF a editar a Súmula Vinculante nº 25:

Súmula vinculante 25 – É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Já o Min. Celso de Mello, no julgamento desse RE 349.703/RS, firmou seu entendimento no sentido de atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos superioridade jurídica em face das leis internas brasileiras, reconhecendo o *status constitucional* a tais tratados.

Apesar do voto do Min. Celso de Mello, atualmente, o entendimento que predomina no STF é o que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos, o que significa que os tratados de direitos humanos estariam abaixo da Constituição, porém prevalecendo sobre a legislação interna.

Ou seja, a legislação que conflita com tratado de direitos humanos não é declarada inconstitucional, permanecendo no ordenamento jurídico, porém não pode ser aplicada, perdendo a sua eficácia.

IV - A inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal (EC 45/2004).

A EC 45/2004 procurou solucionar o problema sobre a posição que os tratados de direitos humanos possuem no ordenamento jurídico. Porém, sua pretensão de colocar termo às controvérsias não foi alcançada:

Art. 5º -...

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Da leitura do § 3º do art. 5º pode-se extrair que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos possuem equivalência com as emendas constitucionais, desde que sejam aprovados com o quórum qualificado.

Mas, afinal, qual a hierarquia dos tratados de direitos humanos que não forem aprovados com o quórum qualificado?

Valerio de Oliveira Mazzuoli refere que “todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm nível de normas constitucionais”¹⁶.

Para Mazzuoli, os tratados de direitos humanos que não forem aprovados pelo quórum do § 3º do art. 5º possuem hierarquia somente material. Esses tratados de direitos humanos fariam parte do *bloco de constitucionalidade*. Já os tratados de direitos humanos que forem

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

aprovados com o quórum qualificado possuem hierarquia material e formal (equivalência de emenda constitucional).

V – Diálogo das fontes do Direito: a coordenação entre o Direito Internacional e o Direito Interno em detrimento da exclusão.

Erik Jayme, jurista alemão, foi um dos que procurou resolver o problema do conflito entre as normas do direito internacional e do direito interno dos Estados. De acordo com sua teoria, deveria haver uma coordenação e não uma exclusão entre as fontes do direito.

Valerio de Oliveira Mazzuoli defende que a proposta de Erik Jayme se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos. “Os quais já contêm cláusulas de comunicação (vasos comunicantes) de normas mais protetoras, garantindo a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, em atenção ao princípio internacional *pro homine*”¹⁷. Diante da especial força normativa dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, o Judiciário deve levar em consideração o “diálogo das fontes” quando for julgar um caso concreto.

VI – Considerações Finais.

Essas verificações conduzem à compreensões iniciais, como a de que apesar dos âmbitos distintos, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais têm aplicação interna nos Estados-partes, prevalecendo a norma que mais beneficie a pessoa humana (princípio *pro homine*).

Além disso, tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais protegem e promovem a dignidade da pessoa humana, controlando a atuação excessiva ou omissiva do Estado.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. STF. RE 349.703/RS, voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, DJ 05.06.2009.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*, especialmente p. 166-69. *Apud.*: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo. Malheiros, 2010.